

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL EM
DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS**

MATHEUS AMÉLIO DE SOUZA BAZZI

**CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A
DIRIGENTES EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E
JURISPRUDENCIAL**

Porto Alegre

2025

Matheus Amélio de Souza Bazzi

**CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A
DIRIGENTES EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E
JURISPRUDENCIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a aprovação no Programa de Pós-Graduação em Direito - Nível Mestrado Profissional - da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Francis Rafael Beck

Porto Alegre

2025

B364c

Bazzi, Matheus Amélio de Souza.

Critérios de imputação de crimes omissivos impróprios a dirigentes empresariais : uma análise doutrinária e jurisprudencial / por Matheus Amélio de Souza Bazzi. – 2025.

89 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2025.

“Orientador: Dr. Francis Rafael Beck”.

1. Direito penal econômico. 2. Dirigentes de empresas.
3. Responsabilidade penal. 4. Omissão imprópria. I. Título.

CDU: 343.2.01:658-057.17

Catalogação na Publicação (CIP):
Bibliotecário Alessandro Dietrich - CRB 10/2338

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **“CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A DIRIGENTES EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL”**, elaborado pelo mestrando **Matheus Amélio de Souza Bazzi**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS - Profissional.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2025.



Prof. Dr. **Fabiano Koff Coulon**

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa
e dos Negócios

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Francis Rafael Beck

Membro: Dr. Ederson Garin Porto

Membro: Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Membro: Dr. Giovane Santin

AGRADECIMENTOS

Registro meus agradecimentos, inicialmente, ao meu irmão mais velho, Djeymes Bazzi, responsável pelo início da minha caminhada no programa de Mestrado Profissional de Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos, cujo apoio foi essencial. Sem ele, eu não teria dado início ao curso.

Agradeço também ao Prof. Dr. Francis Rafael Beck pela orientação no programa, porque, sem o seu apoio durante a caminhada, eu não teria terminado o curso.

Aos Professores e às Professoras do programa, rendo meus agradecimentos, em razão de serem pessoas com caminhadas inspiradoras e didáticas invejáveis. Dedicar-me-ei a construir e transferir o conhecimento aos meus alunos da mesma forma como tive a honra de observar em cada lição recebida.

Agradeço ao Prof. Dr. Giovane Santin, por, além de ter contribuído imensamente para a minha formação acadêmica, através de suas aulas, despertar a vontade de me tornar professor.

Agradeço, também, aos meus amigos, Prof. Me. Pedro Henrique Ferreira Marques e Prof. Me. Filipe Maia Broeto, por todas as trocas de experiências e, sobretudo, pelos conselhos e incentivo perenes.

Agradeço a minha mãe, Eva, a meu pai, Amélio, a minha irmã, que, embora distante, se faz presente diariamente em minha vida, e a minha noiva, Cris, por todo o apoio de sempre e por sempre acreditarem em mim, mesmo nas situações em que eu tenha duvidado da minha capacidade.

À Aurora, minha pequenina filha, que ainda não chegou, mas já me enche de alegria, além de marcar início à família que estamos, eu e a Cris, construindo.

Por fim, mas não menos importante, registro meus sinceros agradecimentos à Universidade do Vale do Rio dos Sinos, que pude chamar, honrosamente, de minha casa durante todo o percurso. Ser filho desta casa é fonte de muito orgulho.

RESUMO

A presente dissertação investiga os complexos critérios de imputação de crimes omissivos impróprios a dirigentes empresariais, analisando a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como problema central o questionamento de como e em quais hipóteses o dirigente empresarial pode ser penalmente responsabilizado por delitos cometidos por seus subordinados a título de omissão imprópria. A hipótese aponta para a falta de clareza e segurança jurídica, que pode dificultar a atividade empreendedora. O estudo foca na "comissão por omissão" e na essencial "posição de garante", explorando teorias que fundamentam o dever de agir, formais e materiais, bem como debate a complexidade da imputação subjetiva em estruturas corporativas fragmentadas. Dessa forma, investiga a visão da empresa como "fonte de perigo" e seus dirigentes como garantidores, bem como as implicações da delegação de tarefas. Nesse sentido, a análise parte para a avaliação de programas de compliance criminal efetivos e a sua contribuição frente aos riscos apresentados, apresentando seus pilares fundamentais. Após a investigação teórica, passa-se a uma análise jurisprudencial do STJ e STF, a qual é reveladora para a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: direito penal econômico; dirigentes de empresas; responsabilidade penal; omissão imprópria

ABSTRACT

This dissertation investigates the complex criteria for imputing improper omission crimes to corporate executives, analyzing the doctrine and jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) and the Supreme Federal Court (STF). Its central problem questions how and under what circumstances corporate executives can be held criminally liable for offenses committed by their subordinates through improper omission. The hypothesis points to a lack of clarity and legal certainty, which can hinder entrepreneurial activity. The study focuses on "commission by omission" and the essential "guarantor position," exploring theories that underpin the duty to act, formal and material ones, as well as debating the complexity of subjective imputation in fragmented corporate structures. Thus, it investigates the view of the company as a "source of danger" and its executives as guarantors, as well as the implications of task delegation. In this regard, the analysis proceeds to evaluate effective criminal compliance programs and their contribution in the face of presented risks, outlining their fundamental pillars. Following the theoretical investigation, a jurisprudential analysis of the STJ and STF is conducted, which proves revealing for the research hypothesis.

Keywords: economic criminal law; corporate executives; criminal liability; improper omission

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A BASE DOGMÁTICA DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS	12
2.1 Fundamentos de imputação do resultado por omissão imprópria	21
2.2. A posição ou o dever de garante	27
2.3. A imputação subjetiva nos crimes de omissão imprópria	37
3 RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DE EMPRESAS POR CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....	46
3.1 Empresa como fonte de perigo e dirigentes como seus garantidores.....	46
3.2 Delegação de tarefas e o dever do agente delegante	55
3.3 Estrutura de um programa de compliance criminal efetivo.....	62
4 ANÁLISE DE CASOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	67
4.1 A responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes de omissão imprópria no Superior Tribunal de Justiça	71
4.2 A responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes de omissão imprópria no Supremo Tribunal Federal	74
4.3 Resultados parciais.....	77
5 CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	83
ANEXO I	87

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa procura desenvolver pesquisa no sentido de compreender a forma de manifestação do poder punitivo no âmbito penal-empresarial, especificamente quanto à responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes cometidos por omissão imprópria, cuja análise se dará no âmbito da doutrina existente sobre o assunto e a sua aplicação na prática judicial, através de seleção de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, o tema da presente pesquisa é “critérios de imputação de crimes omissivos impróprios a dirigentes empresariais: uma análise doutrinária e jurisprudencial” e a pesquisa terá enfoque qualitativo, com o intuito de se observar os fundamentos dogmáticos dos crimes omissivos, a responsabilidade penal dos dirigentes empresariais relacionadas a essa espécie de crimes, bem como a forma pela qual o direito penal tem se realizado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Como é sabido, os crimes omissivos podem ser próprios ou impróprios. Na primeira hipótese, o próprio tipo de injusto enuncia a incriminação de um não agir, isto é, a conduta criminalizada é a negativa – calcada na falta de ação pelo agente –, razão pela qual diz-se que a norma emana um mandamento, um agir. Na segunda concepção, a imputação se traduz na prática de omissiva de um delito incriminado por comissão, é dizer: tipifica-se o crime comissivo por omissão, ou de omissão imprópria, quando o “omitente devia ou podia agir para evitar o resultado” (art. 13, §2º, CP). Nesse sentido, a responsabilidade penal não advém de uma norma mandamental, mas de uma norma proibitiva violada, porque, havendo um dever de garante, o agente nada faz para impedir o resultado.

O cenário em que a pesquisa se insere ganha contornos nebulosos, porquanto visa compreender em quais hipóteses o dirigente de empresa poderá responder por omissão imprópria, isto é, quando não pratica, diretamente, a conduta ativa e nem a ordena, mas se omite em impedi-la, quando deveria agir para impedir o resultado.

Assim, a título de delimitação, o tema está situado no Direito Penal Econômico e Empresarial, na medida em que é a partir da incriminação de condutas oriundas da exploração econômica e empresarial que surge um direito penal diferente, sem tanto rigor científico e, avaliando o contexto do tema, projetado para atingir autores mediatos distantes. Isso porque a própria estrutura organizacional de uma empresa acaba por tornar o problema mais complexo, tendo em vista que os novos atores estão

inseridos no contexto delitivo e o Estado, no exercício da pretensão acusatória e punitiva, busca a responsabilização do líder na cadeia de comando, que, no âmbito empresarial, é o gestor ou o dirigente da pessoa jurídica.

Por essa razão, a presente proposição abrangerá os específicos critérios de imputação por omissão imprópria no contexto da empresa, avaliando, especificamente, os critérios de imputação e as justificativas dadas pela literatura penal a ser investigada, além de voltar seus olhos à prática diária das Cortes responsáveis pela interpretação da norma.

O problema da pesquisa se apresenta, para o dirigente, no risco penal-econômico a partir da incapacidade de se definir, com clareza, quem poderá ser responsabilizado por crimes praticados através do uso da estrutura da sociedade empresarial. Nesse sentido, o trabalho buscará identificar os pontos de insegurança nos critérios atuais de imputação do dirigente, apresentando o tema geral da omissão imprópria, descrevendo o problema no contexto empresarial e demonstrando a sua aplicação prática, no âmbito da jurisprudência.

Dessa forma, formula-se o seguinte problema: “como e em quais hipóteses o dirigente empresarial poderá ser penalmente responsabilizado por delitos cometidos por seus subordinados a título de omissão imprópria?”

A hipótese, traçada a partir dos marcos e referenciais teóricos preliminares, indica a falta de clareza e segurança jurídica no âmbito da responsabilização penal econômico, na medida em que é possível identificar certa ausência de exploração dogmática acerca dos critérios para a atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria, especialmente porque no contexto penal-empresarial as investigações sobre as formas de imputação são mais complexas, em razão da estrutura organizacional de uma empresa, o que tem provocado um debate acerca da flexibilização das regras de imputação.

Desse modo, o direito penal, embora pretenda informar à sociedade a sua zona de taxativa incidência, acaba coibindo a atividade empresarial, ante à incerteza decorrente da relativização dos critérios de imputação. Efetivamente, se não é possível antever os riscos criminais que o dirigente de empresa poderá correr, principalmente nos fatos delituosos imputáveis aos seus subordinados, o direito penal empresarial acaba por coibir ou desincentivar a atividade empreendedora.

Por conta dessa falta de clareza, o presente trabalho não apenas trabalhará a discussão teórica sobre o assunto, mas apresentará um levantamento de decisões e

demonstrará como o tema tem se realizado na prática forense, visando esclarecer a zona de incidência da responsabilidade penal-empresarial.

O objetivo geral do trabalho é contribuir com uma orientação descritiva do risco penal econômico que se apresenta ao dirigente empresarial, de modo a contribuir com uma tomada de decisão com o maior grau possível de segurança jurídica, a partir da demonstração do *como e quando* a norma incriminadora poderá incidir em uma situação histórica concreta. Por essa razão, com a finalidade de contribuir materialmente, a questão problemática será desenvolvida também no plano prático, cujo recorte alcançará as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os quais são responsáveis pela unificação da interpretação, com a finalidade de se buscar maior segurança jurídica.

Assim, os objetivos específicos serão os seguintes: a) analisar o tratamento doutrinário sobre os critérios de imputação no âmbito dos crimes omissivos impróprios; b) compreender as situações em que os dirigentes de empresas poderão ser responsabilizados criminalmente; c) sinalizar a postura adotada pelos Tribunais Superiores acerca da temática, a fim de se contribuir para a redução de crises penais no âmbito empresarial.

Como justificativa, o aprofundamento teórico sobre o tema se faz necessário por três motivos fundamentais:

Primeiro, é possível que, com a pouca divulgação científica sobre os fundamentos da omissão imprópria, dirigentes de empresas estejam sofrendo perseguições penais, e até mesmo condenações criminais, sem a obediência concreta dos critérios de realização ou incremento de um risco não permitido, através da comissão por omissão.

Segundo, por falta de profundidade do assunto, o exame do efetivo conhecimento da posição de garantidor e do não impedimento do resultado ficam em segundo plano na análise empírica, promovendo não só uma relação de causalidade ilusória, como uma responsabilidade penal de ordem objetiva, isto é, pela mera ocupação de uma posição.

Terceiro, os critérios apresentados pela dogmática penal muitas vezes não se realizam na jurisprudência pátria, gerando riscos criminais de difícil previsão e, por isso, desestimulando a atividade empresarial, na medida em que o problema determinante não é mais o *se*, mas *quando* virá a citação de uma ação penal para os dirigentes de empresas.

Em razão disso, o tema proposto é atual e relevante, porquanto tem-se visto um atingimento cada vez maior dos dirigentes empresariais, sob a imputação de crimes omissivos impróprios, razão pela qual o levantamento dogmático e jurisprudencial pode esclarecer *como e quando* essas imputações podem ocorrer, de modo que, a partir do conhecimento dos riscos, se possa evitá-los ou mitigá-los.

Vale registrar que a presente pesquisa não visou aprofundar quanto ao nexo de causalidade, mas traçar as premissas necessárias para se compreender o fundamento da imputação de delitos omissivos impróprios, cuja discussão precede ao nexo normativo de causalidade.

Por fim, vale registrar que o tema da pesquisa se liga com a linha de atuação 1 do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, notadamente com relação à disciplina de Direito e Processo Penal Econômico-Empresarial e o Papel dos *Compliance Programs*. Menciona-se, ainda, que o discente foi beneficiado com a Bolsa Unisinos de Apoio à pesquisa: Ciência, Tecnologia, Inovação e Empreendedorismo - CTIE, correspondente a 50% do valor da mensalidade escolar.

Durante a elaboração da dissertação, buscou-se realizar ampla pesquisa bibliográfica de cunho exploratório, no sentido de compreender o que a literatura tem sustentado sobre o tema do trabalho. Além disso, serão analisadas, qualitativamente, decisões judiciais que aplicam os conceitos e critérios dogmáticos levantados pela literatura penal, sem, contudo, ser objeto de investigação quantitativa, por critérios de delimitação da investigação.

Desse modo, se utilizará de uma abordagem eminentemente qualitativa e, como estratégia e base para o desenvolvimento da dissertação, a pesquisa bibliográfica será baseada em buscas realizadas em sólidos trabalhos acadêmicos, a fim de, em um primeiro momento, compreender os critérios de imputação nos crimes omissivos, para, depois, partir para uma pesquisa em casos práticos, mediante acesso a repositórios de jurisprudência, cuja delimitação se dará no âmbito dos Tribunais Superiores, especificamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a sistematização da jurisprudência dos referidos Tribunais Superiores será delimitada aos casos em que se discutiu o mérito, ainda que de ofício, ou seja, a pesquisa abrangerá os julgamentos de recursos extraordinários (especial e extraordinário) conhecidos, providos ou desprovidos, e de *habeas corpus*, cujas ordens sejam conhecidas, independentemente se concedidas ou denegadas, bem

como a concessão de *habeas corpus* de ofício, porquanto são hipóteses em que há uma reflexão meritória sobre o conteúdo jurídico substancial para o deslinde da causa penal.

Inicialmente, estabelece-se como critério de pesquisa no âmbito do direito penal e processual penal, as palavras-chave que se relacionam com o tema pesquisado, sendo elas: ‘omissão imprópria’ ou ‘omissivo impróprio’ ou ‘omissiva imprópria’ ou ‘comissão por omissão’ e ‘dirigente’ ou ‘dirigentes’ ou ‘gestor’ ou ‘gestores’

A referida pesquisa empírica irá contribuir para a compreensão acerca da utilização, de forma adequada ou não, dos critérios propostos pelos teóricos, possibilitando visualizar a forma de aplicação prática de todo o desenvolvimento científico dos critérios de imputação nos casos de crimes comissivos por omissão, imputados aos dirigentes empresariais.

Por fim, todos os dados coletados foram confrontados para se chegar a uma conclusão, respondendo problemas práticos, a partir de uma sólida orientação teórica.

2 A BASE DOGMÁTICA DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Um dos fundamentos que a teoria do delito se ocupa em investigar é a conduta, isto é, a delimitação conceitual do que poderia ser considerado como comportamento humano capaz de atrair a incidência da responsabilidade penal. Sobre o assunto, Juarez Tavares¹ afirma, a partir da contribuição científica de Paul Johann Anselm Von Feuerbach, que o delito passou a se fundar na ação como um de seus elementos mais básicos, porquanto o direito penal deixou de ter por objeto o simples estado ou a qualidade da pessoa, determinando a máxima de que não há crime sem ação, cuja conclusão é obra do pensamento iluminista. Referido autor, parafraseando Ferrajoli, comprehende que “o delito é, antes de tudo, uma ação”².

Pode-se possível dizer, então, que a conduta humana, representada pela ação ou omissão, deve ser o ponto de partida de uma formulação teórico-jurídica acerca do que, de fato, se qualificaria como delito. Ainda, o modo de se pensar a ação produz efeitos, isto é, tem sua influência sobre as conhecidas categorias estratificadas,

¹ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 99.

² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito, p. 99.

representativas do conceito analítico ou, na concepção de Juarez Cirino dos Santos, da “definição operacional” do fato punível³.

Historicamente, a ciência do Direito Penal tem se debatido com a ausência de bases conceituais sólidas para a omissão, persistindo questões fundamentais sem respostas conclusivas⁴. Essa lacuna teórica é particularmente problemática em um contexto em que o legislador tem se inclinado cada vez mais à criminalização do “não-fazer”, impondo deveres de atuação cuja inobservância pode ter severas consequências penais. De acordo com Hassemer⁵, a brevidade com que a omissão imprópria é disciplinada na parte geral dos códigos, relegando à jurisprudência a tarefa de densificar seus pressupostos, demonstra a complexidade e a controvérsia que permeiam o tema.

A omissão, em sua acepção mais ampla, consiste na ausência de uma ação esperada. No entanto, sua relevância penal se desdobra em duas categorias distintas, mas inter-relacionadas: a omissão própria e a omissão imprópria. De um lado, a omissão própria caracteriza-se por descrever no próprio tipo penal uma inatividade ou um “deixar de fazer” como conduta criminosa, independentemente da superveniência de um resultado material. Para essa modalidade, a mera desobediência a uma norma mandamental (um comando de agir) já configura o delito. Exemplos clássicos incluem a omissão de socorro (art. 135, CP), onde a simples não prestação de auxílio, mesmo sem dano direto, é punível.

Em contraste, a omissão imprópria ou “comissão por omissão” não se esgota na mera inatividade. Ela exige que o “deixar de fazer” seja equivalente à produção de um resultado típico que a lei descreve como um crime de ação. Essa modalidade pressupõe um dever especial de agir por parte do omitente, dada sua relação com o bem jurídico ou com uma fonte de perigo. A impropriedade reside, portanto, na extensão de um tipo comissivo (ex: homicídio) para uma conduta omissiva.

A distinção entre essas duas formas de omissão não é trivial e tem gerado considerável dissenso doutrinário. Enquanto a teoria tradicional foca na presença ou ausência de um “resultado material” para diferenciá-las, outras abordagens buscam critérios na natureza da norma violada ou na própria tipificação legal. No entanto, a

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 70.

⁴ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 28-29.

⁵ HASSEMER, Winfried. Prefácio, 2011, in TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 9.

distinção mais adequada para a omissão imprópria reside na sua equivalência com um crime comissivo e na presença de uma "posição de garantia"⁶.

Desse modo, a questão da "equivalência" entre a omissão e a ação típica é um dos pilares da omissão imprópria, mas também uma de suas maiores fontes de controvérsia. Se a omissão, fenomenologicamente, é um "não-agir" e a ação, um "fazer", como podem ser equiparadas? De fato, a equiparação não se dá no plano ontológico, mas sim no "contexto jurídico-conceitual", ou seja, é o Direito que, por meio de valoração, atribui à omissão a mesma relevância que a uma ação para a produção de um resultado, como já visto anteriormente.

Essa valoração jurídica é crucial, pois a omissão não "causa" nada em sentido naturalístico. Como aponta a doutrina, a omissão carece de efeito causal, sendo que a omissão não pode ser causa de resultado no mundo exterior⁷. A relevância da omissão, portanto, só se estabelece a partir de um dever de agir, que, se inobservado, frustra uma expectativa normativa e permite que um resultado (causado por outros fatores) ocorra.

Apesar de suas complexidades, a omissão imprópria tem ganhado destaque na dogmática penal, especialmente no contexto do direito penal econômico, porquanto tem-se visualizado crescente ampliação da zona de incidência da norma penal através da omissão imprópria, notadamente em contexto penal-empresarial, cujo fenômeno também amplia a "probabilidade de casos de erro nesse setor do direito penal"⁸. Isso se deve, em grande parte, à complexidade das estruturas organizacionais e à dificuldade de individualizar condutas em um cenário de responsabilidades compartilhadas.

Ao longo do desenvolvimento do processo de estratificação, diversas foram as formas de se explicar a ação, que é objeto de estudo justamente porque nem todo agir causal possui relevância penal, uma vez que demanda de nexo de causalidade⁹. Então, para que seja possível compreender a relação da omissão para com o resultado, faz-se necessário trazer um panorama sobre as teorias da ação,

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 57.

⁷ WELZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 211-212.

⁸ ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal/>. Acesso em: 19 de jul. de 2025.

⁹ RUIVO, Marcelo. Causalidade da omissão imprópria, p. 45.

verificando-se a adequação ou a inadequação das formulações teóricas para a observação da criminalização de comportamentos desenhados internamente em uma organização hierarquizada

Nesse sentido, a teoria causal-naturalista, alicerçada no positivismo jurídico do Século XIX, buscava a consolidação do direito enquanto ciência a partir das premissas das ciências naturais. Para essa vertente, a ação era concebida de forma puramente objetiva, cujo conteúdo subjetivo ficava ao encargo da culpabilidade, conforme explica Jakobs:

El alejamiento, decisivo hasta la fecha, con respecto a esta concepción sólo tiene lugar a través de v. Liszt, Beling y Radbruch, quienes entienden que en el hacer delictivo han de separarse dos componentes: el proceso causal externo (objetivo), por una parte, y el contenido de voluntad interno (subjetivo), por otra. Acción sería, pues, un proceso causal, siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, *sea cual sea el contenido de ésta*, a un movimiento corporal voluntario. El movimiento corporal, a su vez, se define como «la tensión (contracción) de los músculos dispuesta por la mente, y que tiene lugar por la inervación de los nervios motores». La voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido, y por lo mismo sin consideración a su sentido. «Para la comprobación de que concurre una acción basta la certeza de que el autor ha actuado activamente o ha permanecido inactivo. *Lo que éste haya pretendido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad sólo tiene significado para la cuestión de la culpabilidad*».¹⁰

Desse modo, a teoria causal-naturalista comprehende a ação como um movimento corpóreo, isto é, a tensão ou contração dos músculos, a partir de uma disposição mental, realizada, em tradução direta, pela “inervação dos nervos motores”¹¹, cujo movimento voluntário produzia/causava uma alteração no mundo exterior. A voluntariedade, por sua vez, não estava vinculada a nenhuma finalidade, representada no resultado querido, mas se limitava à contração muscular. Até pela disposição da definição operacional de delito da época, não havia, neste momento de observação, elemento volitivo complexo. Sobre o assunto, Beling registra que:

Para um indivíduo, a punição somente surge em virtude de suas próprias ações. deve entender-se por ação, um *comportamiento corporal* (fase externa, “objetiva” da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular [incitação], “voluntariedade”), (fase interna, “subjetiva” da ação; isto é, um “*comportamiento corporal voluntario*”, consistente em um “fazer” (ação positiva), ou melhor, um movimento corporal, tal como levantar

¹⁰ JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 160.

¹¹ JAKOBS. Derecho penal, p. 160.

a mão, movimentos para falar, e outros mais, já em um “não-fazer” (omissão), ou seja, distensão (afrouxamento) dos músculos.¹²

Como pressuposto dessa concepção, o nexo causal estaria ligado à objetividade da relação existente entre o movimento corporal voluntário do agente e o resultado visível no mundo exterior. A conduta era tida como um fenômeno ôntico e, portanto, anterior ao próprio exame do injusto, constituindo-se, na lição de Tavares, “elemento autônomo do delito”¹³. Os elementos subjetivos, dolo e culpa, se faziam presentes apenas na análise da culpabilidade, cuja concepção reforçava a separação entre o conteúdo objetivo e o conteúdo subjetivo do delito.

A teoria causal-naturalista, no entanto, enfrentou sérios problemas para explicar o conteúdo da omissão, especialmente pela ausência de movimento corpóreo objetivamente visualizável¹⁴. Isso porque, como se sabe, a omissão é, até pela sua própria natureza, um contraponto à atividade, isto é, uma inatividade. Há, nesse sentido, uma completa ausência de movimento corporal voluntário. Toda a problemática, quanto ao problema da omissão, residiria no fato de que uma inação não seria apta a produzir alteração no mundo exterior, já que, para esta concepção, ação apenas se definiria como movimento corpóreo, provocado por um tensionamento muscular voluntário.

Tentando resolver o problema, Beling¹⁵ chegou a afirmar a existência de movimento corpóreo na omissão, compreendido na retração muscular. Jescheck e Weigend compreendem que o conceito de ação causal-naturalista não consegue abranger o conceito de omissão, porque “la cualidad de la omisión consiste precisamente en que falta el impulso esperado de la voluntad y por ello no es puesto en marcha un proceso causal determinado”¹⁶. No Brasil, Tavares preleciona que “essa afirmação, jamais comprovada empiricamente, não foi capaz de fundamentar um movimento corpóreo na omissão”¹⁷.

¹² BELING, Ernst von. Esquema de direito penal: a teoria do delito-tipo. Campinas: Servanda Editora, 2010, p. 30.

¹³ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 120.

¹⁴ TAVARES. Fundamentos de teoria do delito, p. 120.

¹⁵ BELING. Esquema de direito penal: a teoria do delito-tipo, p. 30.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general, vol. 1. Instituto Pacífico, 2014, p. 325.

¹⁷ TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 120.

Tavares problematiza essa concepção de omissão, puramente causal e fundada em elementos de ordem objetiva, formulando a seguinte indagação:

Se, ao contrário da ação, que vale pela simples causalidade, a omissão está sempre subordinada a um dever, como se poderá dispensar esse dado do dever para a sua punibilidade? O fato de uma pessoa haver se omitido nada significa, se esta omissão não estiver vinculada a um dever de agir referente à não realização de uma ação de terminada; um simples omitir-se por omitir-se é irrelevante.¹⁸

Von Liszt, um dos expoentes da teoria em análise, em que pese tenha proposto que o direito “equipara à causação o não impedimento do resultado relativamente às consequências que se produzem”¹⁹, reconhecia a necessidade de um elemento normativo, compreendido pela expectativa de tomada da ação, a fim de justificar a omissão injurídica, isto é, “a omissão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e esperada”²⁰.

Então, a insuficiência da causalidade física para a omissão é um relevante prisma da crítica à teoria causal, porquanto não existe produção de movimento físico que causa alteração no mundo exterior. Na realidade, como já apontava Liszt²¹, a omissão depende de um conteúdo valorativo, consistente na frustração da expectativa de um agir, através da inação. O alicerce da ação causal na provocação de um resultado penalmente relevante expõe a falta de resposta quanto ao fundamento empírico para a repressão da inação.

Em reação à forma mecânica de se compreender a conduta, Hans Welzel construiu a teoria final, reestruturando a visão jurídica sobre o que se comprehende como ação, bem como alterando a concepção da própria estratificação do direito penal, mesclando elementos objetivos e subjetivos, propôs a teoria finalista da ação, reorientando a compreensão da conduta humana no Direito Penal. Para Welzel²² a ação é dirigida pela representação final. A reorganização da teoria do delito, pela teoria finalista, promoveu o acoplamento do dolo e da culpa no tipo subjetivo, cujo conteúdo passou a contemplar a descrição objetiva e a vontade dirigida do

¹⁸ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 83.

¹⁹ LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 207.

²⁰ Idem. p. 208.

²¹ LISZT. Tratado de direito penal alemão, p. 208.

²² WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: O Euros Editores S. R. L., 2004, p. 59.

comportamento, ou seja, na possibilidade de “dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos”²³.

A teoria finalista também comprehende a ação como preexistente ao direito, mas, mesmo representando um avanço significativo ao pensamento jurídico-penal – especificamente por ter incorporado o elemento volitivo do agente na tipicidade –, não esteve imune a críticas. Uma de suas fragilidades estava em explicar os delitos de imprudência, porque, neles, a conduta não é dirigida ao resultado lesivo. Já que, no dolo, há uma direção da vontade para a realização do resultado, o mesmo, a partir da concepção finalista do agir dirigido, não se poderia dizer nos delitos de imprudência.

Entretanto, a concepção da teoria finalista também enfrentou problemas quanto à omissão. Investigando o problema da omissão, Welzel afirmou que “una omisión puede haber acarreado, entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado com una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre”²⁴, de modo que “el resultado haya sido realmente la obra del autor, depende, además, de su posición de garantía y de la conexión dolosa o culposa de la acción”²⁵. Arremata o autor que o problema da omissão não é um problema causal, mas um problema de ação, sustentando que:

En verdad, no se trata de un problema causal, sino de un problema de acción. La voluntad no es solamente una fuerza causal sino un factor de formación consciente del objeto del porvenir. Ella forma el futuro, no solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador consciente del objeto, su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer.²⁶

Diz-se, então, que, mesmo sem um agir positivo, também se pode atribuir o resultado como obra do agente quando se tem uma conduta negativa, nas situações em que havia uma confiança nele depositada de que o resultado não aconteceria, enquanto figura de garantia de impedir o porvir, ou seja, o domínio do fato deveria compreender não apenas o que se faz acontecer, mas aquilo que se deixa acontecer, através de uma inação, ou melhor, de uma omissão.

Para Welzel, o resultado não é, de fato, causado no sentido causal-naturalista,

²³ WELZEL, Hans. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

²⁴ WELZEL, Hans. Derecho penal, p. 210.

²⁵ WELZEL, Hans. Derecho penal, p. 211.

²⁶ WELZEL, Hans. Derecho penal, p. 211.

pero sí há sido un efecto, en el sentido de la formación finalista del porvenir, a través del medio de la omisión (“efecto” quiere decir: ser la obra de alguien). Por eso, únicamente un pensar estrechamente naturalista, que vela voluntad sólo como potencial causal y no como factor finalista, pudo caer aquí en dificultades. Por cierto, la omisión no puede “causar” nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él.²⁷

Destarte, a principal contraposição da ideia de conduta humana ontológica, se relaciona com o conteúdo valorativo que deve nortear a norma incriminadora, situação que se percebe com maior nitidez quando se percebe que o não-agir pode ser objeto de incriminação, vez que não é possível, através da omissão, causar algo de forma físico-naturalista, mas o não agir pode permitir a ocorrência do resultado injusto, razão pela qual, por causa do conteúdo normativo do dever agir para impedir o resultado, é possível encontrar a reprovabilidade da inação.

Assim, a percepção das limitações das teorias causal-naturalista e finalista, especialmente diante da complexidade dos delitos modernos e da natureza da omissão, impulsionou o desenvolvimento das concepções normativas da conduta.

Para essas teorias, a relevância jurídico-penal de uma ação ou omissão não reside em sua essência ôntica ou em sua capacidade de causar um resultado físico, mas na sua valoração pelo ordenamento jurídico, à luz dos objetivos que o direito penal almeja alcançar, isto é, levando-se em consideração os valores político-criminais. Para o funcionalismo, portanto, a responsabilidade penal não mais pode ser tida como causação do resultado, mas deve passar por uma análise de imputação, a partir da criação de um risco e a realização desse risco no resultado.

Dentro das concepções normativas, o funcionalismo desponta como uma das mais influentes, dividindo-se em vertentes que, embora partam da mesma premissa, possuem ênfases distintas. O funcionalismo teleológico, encabeçado por Claus Roxin, defende a integração da política criminal na dogmática. Para Roxin, o Direito Penal não deve ser um sistema abstrato, mas um instrumento para a proteção de bens jurídicos. A imputação penal, sob essa ótica, baseia-se na criação ou incremento de um risco proibido e na realização desse risco no resultado. Sua concepção busca legitimar a intervenção penal com base em critérios de justiça e efetividade, afirmindo que:

²⁷ WELZEL, Hans. Derecho penal, p. 211-212.

Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt.²⁸

Em outra vertente, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs propõe uma radicalização da perspectiva normativa. Para Jakobs, o delito não é primariamente uma lesão a bens jurídicos, mas uma desestabilização da norma, de modo que a pena teria a missão de estabilizá-la, afirmando a sua vigência. Dito de outro modo, o crime, “como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência”²⁹ e a resposta dada pela pena criminal demonstra que “a norma segue vigente sem modificações”³⁰. Nota-se que a importância de se reprimir a conduta injusta passa a residir no fundamento de que a norma penal não pode ser descumprida.

A ideia organizativa de Jakobs introduz o conceito central do âmbito de organização do indivíduo. Cada pessoa, ao exercer sua liberdade e se organizar socialmente, assume deveres de solidariedade para com os demais. A responsabilidade penal, portanto, decorre do papel que o indivíduo ocupa na sociedade e de sua competência organizacional. Essa competência impõe um dever de garante sobre sua própria esfera de organização, que inclui não apenas seu corpo, mas também os objetos e processos sob seu controle.

Especificamente quanto à omissão imprópria, Jakobs categoriza os deveres de garantidor em duas principais formas de deveres de organização: os deveres de asseguramento e os deveres de salvamento³¹. Os deveres de asseguramento dizem respeito à garantia de que a própria esfera de organização do indivíduo não representará riscos proibidos aos demais, ou seja, a obrigação de não introduzir riscos intoleráveis. Já os deveres de salvamento, seja por assunção voluntária (quando alguém assume a responsabilidade de impedir um resultado) ou por ingerência

²⁸ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema de derecho penal. Traducción Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: José Luis Depalma, 2000, p. 49.

²⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas, org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ed., 2. tir. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2015, p. 22.

³⁰ JAKOBS; MELIÁ. Direito Penal do inimigo: noções e críticas, p. 22.

³¹ JAKOBS, Günther. Ação e omissão no direito penal: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 38.

(criação de um risco por comportamento anterior), surgem para evitar que um perigo já existente na esfera alheia se concretize em dano³².

A grande contribuição do funcionalismo, e em particular da teoria organizativa de Jakobs, é sua capacidade de abordar a complexidade da criminalidade contemporânea, especialmente quanto à imputação de delitos no contexto empresarial, onde a causalidade física é difusa e as responsabilidades são compartilhadas. Ao focar no "dever de agir" em razão da posição de garante, essa concepção permite imputar a responsabilidade mesmo quando a atuação direta é de terceiros, desde que se configure uma falha na manutenção das expectativas normativas dentro da esfera de organização do agente. Essa abordagem, que valora o comportamento a partir da sua adequação aos fins do ordenamento, amplia, de forma eficaz, aos anseios da repressão e exige uma maior atenção na prevenção dos riscos na sociedade atual.

Depois desse breve panorama entre as principais teorias da conduta, demonstrando-se a necessidade de aprofundamento teórico sobre o tema da omissão, passa-se, especificamente, aos fundamentos produzidos pela literatura penal especializada sobre a omissão imprópria.

2.1 Fundamentos de imputação do resultado por omissão imprópria

A literatura penal costuma distinguir os crimes omissivos em duas categorias distintas, sendo elas os próprios e os impróprios, cuja distinção pode ser observada pela estrutura do próprio tipo, a partir da estrutura da norma, se incriminadora ou mandamental, porquanto "os crimes de omissão imprópria têm base na violação de uma norma de proibição, enquanto os de omissão própria estariam ligados a uma norma mandamental"³³.

Significa dizer, nesse caminho, que as normas penais que incriminam a omissão própria são aquelas que, nas suas próprias elementares, determinam uma ação. A título de exemplo, pode-se indicar que o direito penal brasileiro criminaliza, propriamente, a omissão através de tipos como omissão de socorro (art. 135, CP) e apropriação indébita tributária (art. 168-A, CP), tendo em vista que, em ambas as tipificações, o legislador demonstrou exigir, dentre as elementares presentes na

³² JAKOBS. Ação e omissão no direito penal, pp. 42-46.

³³ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 54

redação, uma ação ao incriminar as condutas de “deixar de prestar assistência [...]” e “deixar de repassar à previdência [...]”.

Há quem identifique duas metodologias diferentes para a imputação omissiva, sendo que a incriminação, geralmente, é disposta por uma norma que proíbe determinada conduta, porquanto lesiva a valores tutelados pelo direito penal, e, excepcionalmente, a norma penal determina a prática de condutas ativas, com a finalidade de proteger o valor tutelado pelo tipo³⁴. Desse modo, pode-se dizer que, visando incriminação da ação, a lei penal tem como norma a coação do agir e, visando a incriminação da falta de ação (omissão imprópria), a determinação do agir, em ambas as hipóteses com ameaça de pena.

Isso, contudo, não acontece quando se trabalha com a omissão imprópria, na medida em que eles são denominados, na literatura penal, como tipos “cujo estrutura guarda correspondência com outra, comissiva, com a qual se equipara”³⁵, ou seja, “exige-se na omissão imprópria uma afetação do bem jurídico que seja equivalente à afetação na tipicidade ativa (comissiva)”³⁶.

Significa, nesse raciocínio, que as condutas omissivas impróprias, enquanto equivalentes à comissão, são representadas pelas mesmas tipificações dos delitos de ação. Contudo, restringe-se “o círculo de autores às pessoas que se encontrem numa situação particular de relação jurídica que se considera fonte da obrigação a situação típica”³⁷.

De acordo com Jakobs,

[...] según el tenor literal de la ley todos deben responder por las consecuencias dañosas evitables (realizadas dolosa o imprudentemente) de su obrar, pero sólo los obligados a responder (§ 13.1 StGB) tienen que evitar consecuencias dañosas mediante acciones de salvación.³⁸

Efetivamente, tem-se que, na omissão própria, a norma determina o agir protetor de forma explícita no próprio tipo penal, enquanto na omissão imprópria essa ordem de realizar a proteção do valor que norma penal visa resguardar estaria

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral, p. 195-196.

³⁵ ZAFFARONI. Direito penal brasileiro, p. 355.

³⁶ SANTOS. Direito penal, p. 355.

³⁷ SANTOS. Direito penal, p. 355.

³⁸ JAKOBS. Derecho penal, p. 946.

implícita³⁹, ameaçando de responsabilização no caso de o resultado acabar se realizando.

Desse modo, a omissão imprópria como forma de violação de um mandamento legal, estaria vinculada à evitação do resultado de um tipo naturalmente comissivo. É dizer: a punição do não agir somente aconteceria quando o agente, numa situação em que figura como protetor do bem jurídico, deveria tomar alguma atitude positiva para evitar a ocorrência do resultado.

Efetivamente, as omissões próprias são definidas por tipos penais que determinam o agir, isto é, com expressa punição da omissão, ao passo que as omissões impróprias são definidas por tipos penais que não descrevem a omissão em si, ou seja, a imputação do resultado naturalístico advém de dispositivos legais que não apresentam a sua forma de realização por omissão⁴⁰. Então, os delitos de omissão imprópria não possuem tipos específicos, como ocorre na omissão imprópria, mas encontram-se vinculados aos crimes praticados por ação.

Buscando fundamentos para justificar a omissão imprópria, a literatura penal especializada encontra dificuldade em assumir um ponto comum. Isso porque é possível a tentativa de se explicar a omissão de diversas formas, tendo em vista que o conteúdo é definido de forma “bastante distinta, a depender o autor estudado”, como assinala Bottini⁴¹.

Então, por conta dessas questões extremamente controvertidas – especialmente quanto ao tratamento dado pela omissão imprópria –, a legitimidade da punição dessa categoria de conduta é bastante questionada pela literatura penal, inclusive no âmbito de sua nomenclatura⁴², já que, na realidade, a conduta omissiva imprópria se realiza como comissão por omissão.

Juarez Tavares, chegou a propor a nomenclatura de crimes de omissão qualificada, porque se exige, para a sua configuração, condições especiais do sujeito, dado que o sujeito objeto da imputação deve ser portador de uma qualidade não inerente e inexistente nas pessoas em geral, dada a sua especificidade. Nesse sentido, o autor deve ter para com a vítima uma vinculação que o faça ser garantidor de que o resultado naturalístico não lhe ocorra, figurando-se como protetor de seus

³⁹ SANTOS. Direito penal, p. 196.

⁴⁰ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 63.

⁴¹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 52.

⁴² TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 312.

bens jurídicos, cuja inação viola um dever de agir, isto é, há, na omissão imprópria, um dever de proteção, o que não ocorre na omissão própria, pautada pela solidariedade⁴³.

No entanto, o próprio autor traz uma ressalva na adoção da referida terminologia, consistente no fato de existirem tipificações de injustos que, embora exijam uma qualidade especial do agente, se configuram como omissão própria, exemplificando o achado na figura da prevaricação (art. 319, CP), em que se tem uma qualificação especial do agente, porquanto imperativa a figura do servidor público para fins penais, mas as elementares típicas de “retardar ou deixar de praticar ato de ofício”, implica em omissão própria. Assim, no delito examinado, não há, na concepção de Tavares, qualquer dever de solidariedade ou assistência geral, mas de uma forma especial de cumprimento do conteúdo da norma, além de prever elementos subjetivos especiais, de modo que, segundo o autor, razão pela qual compreendeu Tavares por manter a denominação de omissão imprópria⁴⁴.

Desse modo, os delitos de omissão imprópria somente configuram a partir de uma norma mandamental que está inserida na norma proibitiva, cuja violação apenas pode acontecer por pessoas que tenham o dever de impedir a realização do resultado. Para tanto, devem se situar, obrigatoriamente, no horizonte obrigacional de evitação da consequência, isto é, na posição de garantidor, que possui requisitos expressos no Código Penal brasileiro no § 2º do art. 13, em que se determina o agir com base na lei, assunção fática ou ingerência⁴⁵.

Quando aos critérios de imputação objetiva, Bottini aponta que existem dificuldades para se fixar uma compreensão de desvalor sobre a conduta omissiva imprópria, fazendo com que esta categoria de conduta passasse a ser relacionada para com a ausência da prática de uma ação que seria devida ou esperada, configurando-se como uma infração de um dever, especialmente porque não se vê uma nítida relação de controle do agente sobre o curso causal do resultado naturalístico⁴⁶, de modo que é possível afirmar que o resultado, ainda que precedida a omissão de proteção, pode sequer acontecer. Também é possível que, ainda que não ação protetiva tenha acontecido, o resultado aconteça. O curso causal, por esse

⁴³ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, pp. 312-313.

⁴⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 313.

⁴⁵ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 313.

⁴⁶ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 94.

motivo, não pode ser amplamente dominado pelo sujeito obrigado a agir. Por exemplo, um salva-vidas que se omite em evitar que uma criança se afogue não, necessariamente, domina a causação do evento morte. Desse modo, o fundamento da imputação não é o domínio do curso causal, mas a infração do dever de agir para impedir o resultado.

Prosegue Bottini afirmando que “ainda que exista uma relação de domínio ou de proximidade entre o omitente e o perigo ou o bem a ser tutelado, a omissão somente será relevante se a conduta for esperada”⁴⁷, cuja expectativa deva estar “fundada em um dever preexistente”⁴⁸.

Para legitimar a imposição do dever de agir, diversas teorias foram propostas. Uma abordagem de destaque é a do funcionalismo, que, opondo-se às teorias naturalistas, vincula a legitimidade da norma à institucionalização de expectativas de conduta na sociedade. No entanto, essa perspectiva é alvo de críticas por se fundamentar no que Juarez Tavares descreve como um processo de "comunicação idealista", no qual os atores sociais orientam suas condutas apenas pelas expectativas de terceiros, ignorando "as bases materiais da sociedade", de conflitos reais, como fator indispensável para a instituição de deveres⁴⁹. Para o autor, a mera aceitação social ou a construção de um sistema com base em uma hierarquia de prescrições não é suficiente para validar uma norma.

Desenvolvendo sua crítica, Tavares sustenta que uma norma mandamental, para ser legítima, deve ser construída de forma absolutamente imparcial, isenta de "emoções, de ideologia, de filiação religiosa, de concepção filosófica ou política". A norma que impõe deveres não pode depender de simpatias ou programas partidários, pois se dirige a todo o corpo social. Como exemplo, uma norma que impusesse o sacrifício dos pais para salvar os filhos, ainda que correspondesse a um consenso geral, seria inválida por violar direitos fundamentais relativos à autopreservação da pessoa. Com isso, o autor conclui que os dados empíricos e o consenso social não podem servir como parâmetros de legitimação, mas apenas de deslegitimação, pois "a liberdade humana não pode ficar na dependência de juízos estatísticos"⁵⁰.

⁴⁷ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 95.

⁴⁸ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 95.

⁴⁹ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, pp. 205-210.

⁵⁰ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, pp. 212-216

Outra vertente teórica, fundamentada por Herzberg, busca legitimar a imputação por omissão imprópria a partir da ideia de evitabilidade. Nessa abordagem, tanto a ação quanto a omissão são compreendidas como falhas em "evitar o resultado evitável". Assim, a responsabilidade de quem pratica uma ação (por exemplo, puxar um gatilho) não decorreria do ato de causar a morte, mas sim de não ter evitado esse resultado ao controlar seus impulsos⁵¹. A construção de Herzberg, contudo, enfrenta a crítica de gerar uma completa confusão no *iter criminis*. Ao transformar o agente em um garantidor da não ocorrência do resultado desde o início do processo causal, sua falha em evitar os atos primordiais já poderia caracterizar, desde logo, uma tentativa, embaralhando as fronteiras entre atos preparatórios e executórios⁵².

Jakobs, por sua vez, afirma que as condutas de agir e omitir encontram clara distinção, em virtude da própria conceituação das modalidades de comportamento, mas sua diferença é irrelevante, especificamente quanto à imputação, nas hipóteses de concurso das formas de comportamento⁵³. Desse modo, a questão de distinção entre delito de ação e de omissão, para o autor, não se pautaria pela separação dessas formas de comportamento, mas aquela “que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional”⁵⁴. Para o Professor, aliás, o cerne da questão penal em geral é a estabilização da norma pela manutenção da expectativa esperada pelo conteúdo da norma⁵⁵.

Também como em Herzberg, a proposta de Jakobs tem contornos de não evitação de resultado evitável⁵⁶, cuja ideia, como reconhece Bottini, “supera a ideia de evitabilidade de HERZBERG ao tratar da equiparação entre ação e omissão em torno de contextos de imputação”⁵⁷. Isso porque, na formulação de Jakobs, o dever de agir se origina de deveres negativos, de competência organizacional, e positivos, de competência institucional⁵⁸, estes últimos são objeto da crítica mais dura à formulação do Professor da Universidade de Bonn, já que orienta o núcleo do injusto para a

⁵¹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 97

⁵² Idem., p. 98.

⁵³ JAKOBS. Derecho penal, p. 942.

⁵⁴ JAKOBS. Derecho penal, p. 949.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas, org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ed., 2. tir. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2015, p. 22.

⁵⁶ JAKOBS. Derecho penal, p. 940.

⁵⁷ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 103.

⁵⁸ JAKOBS. Ação e omissão, p. 8-26.

violação de instituições basilares para a vida em sociedade, como os deveres oriundos do matrimônio e da família, cuja assunção implicaria, de acordo com Bottini, em um dever de garante para com as instituições, “independentemente da assunção fática da proteção ou criação de um risco anterior”⁵⁹.

Em uma perspectiva distinta, Silva Sánchez, embora também parta de premissas normativas para equiparar a omissão à ação, diverge de Jakobs ao não reconhecer a “competência institucional” como uma fonte autônoma do dever de agir. Para o professor espanhol, o comportamento típico é o verdadeiro núcleo do sistema, o que significa que uma omissão só ganha relevância penal quando analisada a partir de um juízo de tipicidade. A equiparação entre o comportamento ativo e o negativo só se torna possível diante de uma norma com a “mesma estrutura material”, o que ocorre apenas nos casos em que há “um dever de garante que permita a imputação do resultado”. O ponto central, portanto, não é uma lealdade a instituições, mas a assunção voluntária de um compromisso de controle sobre fontes de perigo ou de proteção a bens jurídicos específicos, colocando o agente em uma posição de ação obrigatória⁶⁰.

Como se verifica, essas teorias procuram dar conta da imputação por omissão imprópria, afastando-se da mera constatação ontológica e mergulhando-se em complexas construções normativas, já que, como visto, Herzberg foca na evitabilidade do resultado, Jakobs na violação de expectativas oriundas de competências organizacionais e institucionais, e, finalmente, Silva Sánchez desenvolve o seu estudo a partir da ideia de um comportamento típico qualificado por um dever de garante, o qual voluntariamente fora assumido.

Avançando na investigação, passa-se, então, à análise da posição de garante, a partir dos fundamentos e das hipóteses em que uma pessoa pode ser considerada como detentora do dever de agir para impedir o resultado, sob pena de tê-lo como obra sua.

2.2. A posição ou o dever de garante

Percebe-se que a imputação por omissão imprópria é um tema de especial dificuldade, já que ocupa o desenvolvimento dogmático há décadas, sem qualquer

⁵⁹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 104.

⁶⁰ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, pp. 106-107.

perspectiva de consenso. Como se viu no tópico anterior, a construção da omissão imprópria perpassa pelo dever de agir, que se origina de uma posição assumida, traduzia na figura do garantidor, isto é, aquele que teria o dever de agir para impedir o resultado naturalístico. É essa figura que será trabalhada neste tópico, já que a imputação do resultado se utiliza dela para se equiparar a inatividade à atividade que causa a consequência que o tipo penal comissivo visa evitar.

Bottini, explorando os problemas que a literatura procurou resolver, apresenta que a investigação sobre os crimes omissivos, a partir de 1930, se pautou em resolver as seguintes questões: “qual relação entre alguém e um bem jurídico torna o primeiro garante do segundo? De onde surge essa ligação e esse dever?”⁶¹

Para responder a essas indagações, Bottini apresenta as teorias do dever de garante, as quais se ancoravam em preceitos formais, estabelecidos em lei ou em obrigações decorrentes de contrato. O autor observa que “a teoria do dever formal não é absolutamente contraditória com a ideia do dever de garante”, mas que “seus preceitos têm o escopo de identificar tal dever, mas, ao fazê-lo, limitam-se a critérios formais, previstos em lei ou em contrato”⁶².

Nesse sentido, o ato omissivo se fundamentaria em disposição de lei ou em disposição de contrato⁶³, de cujas fontes “surge de uma obrigação originária do cidadão”, de modo que “o delito omissivo pressupõe sempre um fundamento jurídico, a lei ou o contrato, os quais dão base à obrigatoriedade do agir”⁶⁴.

Destaca-se, em avanço, foram acrescidas às fontes da lei e do contrato uma terceira: a atuação precedente, cuja contribuição permitiu a formação da conhecida “tríade das fontes dos deveres de atuação, presente taxativamente em ordenamentos jurídicos de diversos países”⁶⁵, a qual veio a ser trabalhada como sendo a categoria da ingerência⁶⁶.

Sobre esse assunto, Izquierdo Sánchez, a seu modo, define a ingerência como o “hacer precedente creador de un riesgo”⁶⁷, cujo fundamento repousa na ideia de que

⁶¹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 75.

⁶² BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 75.

⁶³ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 75.

⁶⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 134.

⁶⁵ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 76.

⁶⁶ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 314.

⁶⁷ SÁNCHEZ, Cristóbal Izquierdo. Comisión por Omisión: Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante. Rev. chil. derecho, Santiago, v. 33, n. 2, p. 329-343, agosto 2006. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000200007&lng=es&nrm=iso. Acesso em 05 de set. de 2025.

"quien con su conducta ha creado un riesgo, se constituye en garante de los bienes jurídicos que ha puesto en peligro"⁶⁸. Desse modo, o agente que gerou o risco assume o papel de custodiante do bem, razão pela qual o não agir para afastar os perigos criados por sua conduta anterior ou precedente resulta na imputação do resultado típico a título de omissão imprópria.

Em Liszt também se verifica a ideia de ingerência, tendo em vista que, segundo ele, a obrigação de se comportar ativamente para evitar o resultado derivava de fundamentos diversos, compreendidos pelo autor como um "preceito positivo da ordem jurídica, quer este preceito seja imposto pelo direito penal (...), quer o seja, expressa ou tacitamente, por outro ramo do direito", bem como da "acção anterior que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como contrario a ele o abandono da direcção assumida"⁶⁹.

Referido autor exemplifica essa ação precedente na conduta do bom nadador que provoca uma competição de natação para com um mal nadador, obrigando-se a socorrê-lo, caso necessário, mas não o faz e permite o afogamento por omissão; vale registrar, ainda, que a explicação do autor, por exemplos, também se remete ao agente que prepara uma taça envenenada destinada a uma determinada pessoa, mas outra a bebe em sua presença e ele não impede de fazê-lo⁷⁰.

O primeiro exemplo, contudo, pode nos levar a crer em um risco derivado de outra coisa que não seja a própria ingerência, porquanto houve obrigação de evitação do resultado por assunção, ou seja, ainda que não esteja documentalmente registrado, há uma obrigação de contrato, vez que a promessa do bom nadador se firmou no sentido de evitar o afogamento pelo mal nadador, justamente por esse motivo é que o desafio foi aceito. Embora nebulosa a exemplificação, percebe-se que, desde pelo menos 1899, quando a obra foi traduzida para o português, o tema da ação precedente penalmente relevante é objeto de discussão.

Aliado a essa forma de pensar, Mezger também vinculava os deveres de garante às mesmas fontes, isto é, à obrigação decorrente da lei, do contrato e do prévio agir, chamado de ação precedente que causa o perigo ao bem jurídico tutelado,

⁶⁸ SÁNCHEZ. Comisión por omisión, p. 330.

⁶⁹ LISZT. Tratado de direito penal alemão, p. 208.

⁷⁰ LISZT. Tratado de direito penal alemão, p. 209.

apontando que do agente se esperava a evitação do resultado, cuja responsabilidade criminal se originaria dessa relação de proteção entre o garantidor e o bem jurídico⁷¹.

A doutrina enfrentou desafios significativos para atribuir um resultado à omissão. Bottini destaca que a dificuldade para se imputar resultados como efeitos de condutas omissivas, por conta de problemas vinculados à teoria dos deveres formais, razão pela qual se passou a buscar critérios materiais para o desenvolvimento de um dever de agir, pautado pela posição de garante, de modo que esse critério material estaria presente no dever de salvamento, a partir do qual o resultado poderia ser atribuído ao omitente como forma equiparada ao próprio agir⁷².

O conceito de "garante" representa um marco fundamental nessa evolução. Ele foi cunhado por Binding em 1926, conforme exposto por Gimbernat Ordeig⁷³, na tentativa de compreender a figura do indivíduo que possui um dever especial de proteção ou salvamento. A partir dessa conceituação, a dogmática penal se ocupou em desenvolver uma espécie de vínculo entre o garantidor ou garante para com a proteção do bem jurídico, que estaria sob a sua tutela.

Tavares afirma que o dever de garante "é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada"⁷⁴, evidenciando a necessidade de um elemento adicional para além da mera inação, cuja demanda é suplantada pelo dever de impedir o resultado, a partir da posição de garante. A relevância do conceito reside em sua busca por "marcar a unidade entre ação e omissão"⁷⁵, visando transformar o não agir como um comportamento juridicamente relevante para a produção de um resultado imputável a título de ação.

Então, a imputação de um resultado por omissão imprópria se dá quando o omitente ocupa uma posição especial que o obriga a "agir para evitar o resultado"⁷⁶. Contudo, como se viu, essa obrigação não decorre de um dever genérico de solidariedade, mas de um mandamento específico que produz um laime entre o agente e o bem jurídico em perigo.

Para Marcelo Ruivo, o cerne da discussão sobre a posição de garantidor residiria, em "determinar o conteúdo e as hipóteses de existência"⁷⁷ desse conceito, e

⁷¹ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 314.

⁷² BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 75.

⁷³ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 75.

⁷⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 313.

⁷⁵ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 313.

⁷⁶ ESTELLITA. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p. 79.

⁷⁷ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 287.

"de onde surge esse dever jurídico de agir"⁷⁸. Sobre o assunto, diferentes teorias procuram a resposta para essas questões problemáticas.

De fato, a busca por um fundamento material para o dever de agir teve como um de seus pioneiros Johannes Nagler, que avançou na construção da figura do garantidor como aquele que, por ocupar uma posição social especial e ter um conjunto de expectativas normativas a si direcionadas, teria sua passividade equiparada à ação. Essa abordagem permitiu uma releitura da dogmática, que gradativamente substituiu a teoria das fontes formais de Mezger⁷⁹.

Nessa perspectiva, Armin Kaufmann propôs que a posição de garantidor não derivaria de fontes legais ou contratuais, mas sim das "relações de proteção, assumidas pelas respectivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados". Nessa linha, a ação precedente deixa de ser um mero elemento causal para se transformar na própria fonte do dever de agir, organizando as funções do garante em dois grandes grupos: a proteção de bens jurídicos contra todos os perigos em seu âmbito e o controle sobre fontes de perigo sob sua responsabilidade⁸⁰.

A proposta de Armin Kaufmann, ao buscar a natureza ontológica da omissão, revela a ideia de que, ao lado do tipo penal comissivo (expresso), haveria um tipo penal implícito (oculto). Esse tipo oculto puniria por homicídio, por exemplo, não apenas quem age, mas também "aquele que não impede a morte podendo fazê-lo". O critério para definir quem estaria sujeito a essa norma implícita seria justamente o dever de garante, que se dividiria em duas grandes funções: o dever de proteção de um bem jurídico contra todo e qualquer ataque e o dever de controle sobre focos de perigo⁸¹.

Reforçando a centralidade desse conceito, Mir Puig assinala que nem todo aquele que omite pode ser punido como se tivesse causado o resultado, "sino sólo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante"⁸². Apesar da importância dessa construção, a teoria de Kaufmann foi criticada por sua falta de precisão, sendo apontada como uma mera

⁷⁸ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 288.

⁷⁹ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, pp. 315-316

⁸⁰ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 137

⁸¹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, pp. 77-80.

⁸² MIR PUIG. Derecho penal parte general, p. 320.

descrição de um conjunto de situações — bastante vagas —, em vez de apresentar um verdadeiro elemento material fundador para a posição de garante⁸³.

As teorias sociológicas, por sua vez, buscam fundamentar a posição de garantidor na existência de "relações sociais" prévias e próximas com o bem jurídico. A obrigação de agir surgiria, por exemplo, da relação entre pais e filhos ou em comunidades de perigo, onde a proximidade social impõe um papel de proteção. O exemplo clássico é o da mãe que deixa o filho morrer de inanição, cuja responsabilidade se ancora no "papel social fundamental imposto aos pais". Contudo, tais teorias são criticadas pela imprecisão de seus limites, mostrando-se insuficientes para solucionar casos mais complexos, como a responsabilidade de um diretor de empresa por atos de funcionários. Além disso, ao vincular o dever de agir apenas a relações sociais preexistentes, essa abordagem "amarraria o legislador", impedindo-o de criar novos deveres que a sociedade entenda como necessários⁸⁴.

Outras vertentes buscaram fundamentos no próprio sistema normativo. Rudolphi, com a teoria das instâncias de proteção, vincula a posição de garantidor à assunção da gestão de riscos ou à criação de um perigo por conduta prévia (ingerência). Já Welp se utilizou do conceito de confiança para fundamentar o dever, atestando que a omissão imprópria representaria uma "violação da confiança da vítima na segurança ou no salvamento juridicamente fundada". A crítica a essa última abordagem, no entanto, reside no fato de que a mera confiança subjetiva da vítima não pode ser o fundamento material do dever de agir, que deve se alocar no campo da expectativa jurídico-normativa, e não em um elemento psicológico dispensável para a valoração penal⁸⁵.

Por fim, Schünemann formulou uma proposição pautada pelo domínio, procurando uma aproximação entre as categorias de comportamento ao pressupor que os conceitos jurídico-normativos devam observar a realidade. Nessa visão, o vínculo que equipara a omissão à ação está no domínio sobre a situação, de modo que o tipo "matar alguém" englobaria tanto a conduta positiva quanto a omissiva daquele que "tem o domínio sobre a causa essencial do resultado ou sobre o desamparo da vítima"⁸⁶.

⁸³ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, pp. 81-82

⁸⁴ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, pp. 82-83.

⁸⁵ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, pp. 84-85

⁸⁶ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 85.

É possível verificar na literatura que uma das visões mais influentes para fundamentar a posição de garante é a do domínio sobre o fundamento do resultado. Nessa perspectiva, a responsabilidade pela omissão reside no controle que o agente exerce sobre o desamparo de um bem jurídico (gerando deveres de salvação) ou sobre uma fonte de perigo (gerando deveres de asseguramento). A pessoa obrigada a impedir o resultado é aquela que detém o controle sobre o acontecimento, como no exemplo do pai, que tem o domínio sobre o desamparo da filha e, portanto, o dever de salvá-la. Essa teoria, acolhida por Claus Roxin, é vista como o elemento mais plausível para fornecer clareza conceitual e um fundamento efetivo para a equivalência entre ação e omissão⁸⁷.

Já o Professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs desenvolve uma teoria da posição de garantidor com base normativa, na medida em que propõe duas formas de enxergar os fundamentos materiais da posição de garante, isto é, a partir de “los deberes en virtud de responsabilidad por organización”⁸⁸, alicerçados na ideia de que “el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización interna no tenga efectos externos dañinos”⁸⁹, sustentando a existência de tais deveres até para a produção do resultado por uma ação, dado que sustenta, expressamente, que “él ámbito de organización puede además definirse a través de determinado comportamiento ya llevado a cabo, tanto si se trata de acción como de omisión”⁹⁰. Para a Professora Heloisa Estellita, a construção de Jakobs, pautada na expectativa dos demais integrantes do corpo social, deriva-se do brocardo *neminem laedare*, o qual determina o dever negativo de não ingerir nas esferas jurídicas de outrem⁹¹.

A segunda forma em que Jakobs enxerga os fundamentos materiais reside nos “deberes en virtud de responsabilidade institucional”⁹², em cujos quais “se trata de la conexión de âmbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se há de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruísmo”⁹³. Desse modo, aqueles que se integram numa sociedade possuem o dever e geram o compromisso de garantir as instituições basilares – consistentes no matrimônio, na relação de pais e filhos, ou em cargos

⁸⁷ ESTELLITA. Responsabilidad, pp. 89-90.

⁸⁸ JAKOBS. Derecho penal, p. 972.

⁸⁹ JAKOBS. Derecho penal, p. 973.

⁹⁰ JAKOBS. Derecho penal, p. 973.

⁹¹ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 90.

⁹² JAKOBS. Derecho penal, p. 993.

⁹³ JAKOBS. Derecho penal, p. 994.

públicos etc. –, através das quais as expectativas que se vinculam à manutenção dos bens jurídicos são mantidas⁹⁴.

A vertente de Jakobs, pautada nessas competências, por ter uma "base puramente normativa (...) padece não só de falta de clareza, como pode produzir uma incontrolada amplitude das posições de garantidores", tornando o critério do domínio mais eficiente para fornecer respostas probatórias que legitimem a sanção penal⁹⁵. Independentemente das teorias de fundamentação, uma divisão funcional amplamente aceita, influenciada por Armin Kaufmann, distingue duas grandes categorias de garantidores: os de proteção e os de vigilância⁹⁶.

Os garantidores de proteção têm o dever de resguardar o bem jurídico de perigos externos que possam ameaçá-lo, colocando-se como um escudo contra ameaças. O exemplo clássico é a relação entre pais e filhos, na qual os pais são garantes em relação aos filhos menores por se tratar de "um dado existencial, compondo uma instituição social que exige o cuidado"⁹⁷. Contudo, o dever "não será possível extrair o dever de garantidor da simples relação de parentesco, senão da medida exata dos parâmetros fixados na lei"⁹⁸, dado que o art. 13º, § 2º do Código Penal brasileiro apenas exige a proteção quando existir "obrigação de cuidado, proteção ou vigilância"⁹⁹.

Também como exemplo clássico, a relação entre cônjuges "se estabelece pela lógica das comunidades de vida"¹⁰⁰, isto é, da própria relação decorrem obrigações de deveres e cuidados recíprocos, de modo que, para a Professora Heloisa Estellita, o cônjuge que se omitir em salvar o outro que vem a falecer não responderia por omissão de socorro, mas por homicídio omissivo impróprio¹⁰¹. A base é a "confiança vigente em determinados contextos"¹⁰².

A categoria dos garantes de proteção se estende também aos profissionais que assumem contratualmente o cuidado de terceiros, como médicos, salva-vidas e aos funcionários públicos, que possuem deveres de agir tanto em benefício do Estado quanto dos cidadãos. Em muitos desses casos, a posição de garantidor é adquirida

⁹⁴ JAKOBS. *Derecho penal*, p. 994.

⁹⁵ ESTELLITA. *Responsabilidade*, p. 94

⁹⁶ ESTELLITA. *Responsabilidade*, p. 95.

⁹⁷ ESTELLITA. *Responsabilidade*, p. 96.

⁹⁸ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 319.

⁹⁹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 319.

¹⁰⁰ ESTELLITA. *Responsabilidade*, p. 97.

¹⁰¹ ESTELLITA. *Responsabilidade*, p. 98.

¹⁰² WELP *apud* BOTTINI. *Crimes de omissão imprópria*, p. 77.

por assunção, modalidade prevista no art. 13, § 2º, "b", do Código Penal. A assunção, contudo, não se confunde com a mera existência de um dever legal ou contratual; ela exige a "tomada para si de uma função de contenção de risco ou de proteção de um bem jurídico por ato voluntário", que se concretiza quando a entrada do agente na esfera de responsabilidade é "fática e real"¹⁰³. Exemplos incluem o professor de natação, o médico que aceita tratar um paciente, ou a babá que cuida de uma criança.

Para alguns autores, como assinala Tavares, a mera promessa de assunção ou adesão já compromete a pessoa à posição de garantidor, especialmente em relações de confiança, como é o caso do médico e paciente, cujo fundamento estaria na confiança dos bens jurídicos àqueles que realizam a promessa de proteção, momento em que os anteriormente obrigados deixam de empregar os meios ou instrumentos de proteção que tinham a disposição¹⁰⁴. Para Tavares, a "assunção fática" pode ser expressa de diversas formas, como na "vida comunitária", "prática conjunta de certas atividades", "exercício profissional", "decisão unilateral" ou "função ou serviço público", cuja fundamentação da posição de garantidor por assunção decorre do especial desenvolvimento de uma relação de confiança, em que surge a ideia de mútua proteção¹⁰⁵.

Apesar da diversidade de teorias e classificações, Ruivo, ao trabalhar os fundamentos das fontes do dever de agir, destaca que o "fundamento geral do dever de agir" é a "razão do mandamento para intervir na situação de perigo ao bem jurídico ameaçado pelo desenvolvimento do curso causal perigoso"¹⁰⁶. Para ele, o fundamento do mandamento para agir diz respeito à complexa relação de cuidado entre sujeitos, tendo o bem jurídico como elemento intermediário¹⁰⁷. O que se busca é a capacidade de intervenção do agente no curso causal ofensivo ou perigoso ao bem jurídico que¹⁰⁸.

A Professora Heloisa Estellita salienta que o "conteúdo abstrato do dever de agir de ambos é 'agir para evitar o resultado'"¹⁰⁹, seja protegendo o bem jurídico ou vigiando a fonte de perigo.

De fato, a posição de garantidor é central porque "o interesse político criminal de proteção do valor, fundado em juízo de 'consciência coletiva', somente se

¹⁰³ ESTELLITA. Responsabilidade, pp. 96-103.

¹⁰⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 326.

¹⁰⁵ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 327.

¹⁰⁶ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 288.

¹⁰⁷ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 291.

¹⁰⁸ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 291.

¹⁰⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 105.

concretiza no direito penal, caso observe critérios técnico-dogmáticos¹¹⁰. Seria, portanto, um elemento de legitimação para a aplicação da sanção penal¹¹¹.

É, evidentemente, a delimitação de quem ocupa a posição de garantidor que permitirá levar-nos “à afirmação ou negação da punibilidade”¹¹² de condutas omissivas que deveriam ser reprimidas, ou, até mesmo, à imposição de responsabilidade excessiva, situação demonstrativa de conteúdo altamente volátil que, a partir da premissa adotada, pode promover indevida ampliação do horizonte de contato do direito penal.

Voltando-se para a legislação brasileira, notadamente para a disposição do § 2º do art. 13 do Código Penal brasileiro, é possível perceber que a nossa parte geral acolheu os critérios da lei, contrato e da ingerência para a determinação dos portadores do dever de agir, contendo a seguinte redação:

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

[...]

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

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

Com se percebe, o Código Penal brasileiro não possui uma cláusula de equivalência expressa como o alemão (§ 13 StGB), cuja redação, segundo a tradução espanhola realizada por Cláudia Lopez Dias¹¹³, é assim expressada:

§ 13. Comisión por omisión

(1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produciera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.

(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.

¹¹⁰ RUIVO. Causalidade da omissão imprópria, p. 291.

¹¹¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 83.

¹¹² ESTELLITA. Responsabilidade, p. 77.

¹¹³ Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20alem%C3%A3o%20%28em%20espanhol%29.pdf>. Acesso em: 2 de set. de 2025.

A ausência de uma cláusula de equivalência semelhante à redação do Código Penal alemão é vista como irrelevante, pois, conforme Tavares, uma vez se concebendo a lei penal como verdadeiro ato de “comunicação, que institui os objetos de referência para as respectivas atividades proibidas ou devidas, essa deve acolher todos os elementos não escritos que possibilitam a real compreensão da forma de sua manifestação normativa”¹¹⁴. Para a Professora Heloisa Estellita, essa equivalência é desnecessária, porque a sua exigência já decorre do princípio da igualdade”¹¹⁵.

Diante desse cenário, percebe-se que a posição de garantidor é um conceito multifacetado e dinâmico, que evoluiu de uma interpretação formalista para teorias materiais mais robustas. Ela é o elemento fundamental que permite ao direito penal atribuir um resultado danoso à inação de um sujeito, desde que este possua um dever jurídico especial de intervir.

2.3. A imputação subjetiva nos crimes de omissão imprópria

O tipo subjetivo na omissão imprópria é objeto de quanto à sua identidade com o dolo presente nas estruturas típicas comissivas. Zaffaroni e Batista, ao construírem a obra direito penal brasileiro, afirmaram que a literatura penal das últimas décadas duvida que o dolo na omissão imprópria seja o mesmo exigido para tipos comissivos, isto é, aqueles que proíbem uma conduta ativa¹¹⁶. Aliás, aduzem que há parcela da doutrina que atesta “serem elas completamente diferentes, chegando-se mesmo a afirmar que só impropriamente se pode aqui falar de dolo, tratando-se na verdade de um quase-dolo”¹¹⁷.

No direito brasileiro, o dolo é concebido pelo Código Penal em seu art. 18, com a seguinte redação:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

¹¹⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 348-349.

¹¹⁵ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 86.

¹¹⁶ ZAFFARONI. Direito penal brasileiro, p. 370.

¹¹⁷ ZAFFARONI. Direito penal brasileiro, p. 370.

Trata-se, portanto, de uma previsão geral, dado que não se trabalha com elementos subjetivos específicos quanto à omissão, de modo que o art. 18, CP, informa o modelo de responsabilidade subjetiva penalmente relevante no direito interno. Para a doutrina nacional, “dolo é a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime”, cuja definição é subdivida em dois elementos, o cognitivo e o volitivo, consistentes no “saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal”¹¹⁸.

Essa definição do dolo é encontrada na primeira parte do inciso I do art. 18 do Código Penal brasileiro, quando enuncia que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado”, denominada de dolo direto. Também se afigura a possibilidade de punição por dolo eventual que se opera quando, na disposição legislativa, o autor “assumiu o risco” de produzir o resultado. Essa versão do gênero dolo é fonte representativa de inúmeras discussões, mas, apenas para que o foco do trabalho não seja desviado, enuncia-se como mais coerente a rigorosa vertente que exige para a sua configuração uma dúplice caracterização, isto é, no plano de conhecimento, o agente deve “levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional”, deve “conformar-se com a eventual produção desse resultado”. Vale dizer, atua com dolo eventual o agente que representa como possível a ocorrência do resultado, mas se conforma ou aceita a sua causação.¹¹⁹

Roxin e Greco explicam o dolo em três formas: “o propósito (dolus directus de primeiro grau), o dolo direto (dolus directus de segundo grau) e o dolo eventual (dolus eventualis)”¹²⁰, sumarizando propósito como “aquilo que o autor almeja”, dolo direto de segundo grau, por sua vez, como abrangente de “todas as consequências que o autor não almeja, mas cuja ocorrência segura ele prevê” e, por fim, o dolo eventual se manifesta quando o agente “não almeja um resultado, tampouco o prevê com segurança, senão como meramente possível, mas o inclui em sua vontade, para o caso de que ocorra”¹²¹, em cuja situação há aceitação da causação do resultado, como visto anteriormente¹²².

Ressaltam os autores que a unificação dessas modalidades de dolo é frequentemente delineada pela fórmula de “conhecimento e vontade” em relação aos

¹¹⁸ SANTOS. Juarez Cirino dos. Direito penal parte geral, p. 132.

¹¹⁹ SANTOS. Juarez Cirino dos. Direito penal parte geral, p. 184.

¹²⁰ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 666.

¹²¹ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 666.

¹²² SANTOS. Juarez Cirino dos. Direito penal parte geral, p. 184.

elementos do tipo penal¹²³. Contudo, enunciam que as dimensões intelectual (conhecimento) e volitiva (vontade) apresentam configurações distintas em cada uma das modalidades¹²⁴.

Desse modo, no propósito, o aspecto cognitivo demanda apenas a suposição da mera possibilidade de concretização do resultado. O elemento volitivo, no entanto, é fortemente acentuado, dado que o agente objetiva o resultado. Os autores exemplificam na hipótese de um disparo de arma de fogo a uma distância considerável, onde a incerteza do acerto não descharacteriza o acentuado propósito homicida¹²⁵.

Em contrapartida, no dolo direto de segundo grau, “o conhecimento é tão preciso quanto possível”¹²⁶, englobando a previsão segura de consequências que, embora não sendo o objetivo primário, são intrínsecas à ação principal, cuja hipótese é exemplificada no cenário de um terrorista que instala uma bomba com o intuito de matar pessoa determinada e antevê a morte de outras como uma certeza¹²⁷. Já no dolo eventual, os autores informam que a “relação entre o conhecimento e a vontade é objeto de profunda controvérsia”, dado que o elemento volitivo não é evidente, mas possui certo nível de debilidade, o que se leva a crer que “o conhecimento relativo à produção do resultado é substancialmente menor”. A consequência dessa debilidade se caracteriza, tanto para o elemento cognoscitivo quanto para o volitivo, num “encolhimento da substância do dolo, que, nos casos-limite, aproxima o dolo eventual de forma extrema e quase indistinguível da culpa consciente”¹²⁸.

Diversamente, o dolo, nos crimes omissivos impróprios, não se orienta à realização de uma ação típica, mas sim à decisão sobre a inação, acompanhada da “consciência de que o sujeito poderia e deveria agir para evitar o resultado e sua ação era, pois, necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza”¹²⁹. Queiroz e Santin assumem que, para a configuração da omissão dolosa imprópria, é fundamental que o agente, possuindo capacidade concreta de atuação, omita, “voluntária e conscientemente, a ação que lhe é possível e exigível, permitindo a

¹²³ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁴ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁵ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁶ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁷ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁸ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹²⁹ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 393.

concretização do resultado típico”¹³⁰. Nesse sentido, o dolo abrange a consciência e a vontade de não realizar uma ação que o agente sabe possuir adequação típica, seja possível, também exigível¹³¹.

Efetivamente, o componente volitivo do dolo compreende a percepção quanto à viabilidade de intervenção, à necessidade da conduta e à antecipação de que, caso não haja atuação, o resultado provavelmente ocorrerá¹³². Tavares enfatiza que, para caracterizar o dolo na omissão, não basta o simples conhecimento da situação que gera o dever de agir ou a ciência do poder fático para executar a ação omitida¹³³. Isso porque é fundamental comprovar que o sujeito incorporou em sua decisão a não execução da ação possível e necessária¹³⁴, em conformidade com o disposto no art. 18, I, do Código Penal.

Igualmente, a representação dos pressupostos da posição de garantidor se demonstra como elemento basilar para a análise do tipo objetivo, embora não se demande que o omitente conheça a legislação ou o contrato que lhe impõe a obrigação, entende-se por suficiente que tenha ciência da relação fática que serve de base a esse dever, como laços de parentesco ou vínculos profissionais¹³⁵. Adicionalmente, se o risco de ocorrência do resultado foi gerado pela própria ação anterior do agente, este deve igualmente saber que sua conduta inicial contrariava o dever e, por esse motivo, era perigosa¹³⁶. Tais aspectos cognitivos são essenciais para delinear se a atuação foi dolosa ou, do contrário, meramente culposa.

A Professora Heloisa Estellita detalha que o omitente age com dolo direto de primeiro grau quando, ciente das circunstâncias fáticas da omissão, tem como finalidade permitir a ocorrência do resultado, em razão de sua omissão¹³⁷. A autora explica que a atuação com dolo direto de segundo grau ocorre quando o omitente reconhece que, caso sua intenção se concretize, haverá consequências colaterais inevitáveis, ainda que não as almeje diretamente¹³⁸. Já a produção por dolo eventual se caracterizaria nos casos em que o agente visualiza a possibilidade da ocorrência do resultado, “como consequência da sua não intervenção e, embora não o deseje

¹³⁰ QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹³¹ QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹³² QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹³³ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 393.

¹³⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 393.

¹³⁵ QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹³⁶ QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹³⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 286.

¹³⁸ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 286.

diretamente, conforma-se com ele, isto é, decide-se contra a possível ofensa ao bem jurídico"¹³⁹.

Roxin e Greco ressaltam que que a essência do dolo repousa na "realização do plano". Isto significa que um resultado é produzido dolosamente quando, sob uma ótica valorativa objetiva, ele se alinha ao propósito do autor. Essa compreensão é evidente tanto no dolo direto de primeiro grau quanto no de segundo grau, e serve como guia para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente¹⁴⁰.

Especificamente sobre a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, cuja significância prática é substancial, dado que desloca a vontade e mitiga a responsabilidade, cuja classificação distintiva, para Roxin e Greco, reside como "uma das questões mais difíceis do Direito Penal"¹⁴¹.

Para Queiroz e Santin, o dolo eventual como a situação em que "o agente conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo e segue atuando para atingir o fim perseguido, resignando-se — com boa ou má vontade — com a prática eventual de um crime"¹⁴². Tavares, contudo, argumenta que o dolo eventual não se coaduna com a omissão imprópria, porquanto, nesta modalidade de conduta, onde o processo causal não se desenrola mecanicamente, o dolo deve ser pautado por um juízo normativo "incidente sobre a ação devida e seus elementos típicos. Por outra parte, como o dolo deve ter por objeto a relação entre a ação devida necessária e o resultado provável nos limites da certeza, torna-se inviável admitir-se, aqui, um dolo eventual"¹⁴³.

Em contrapartida, a culpa consciente se caracteriza quando o agente, apesar de ter em mente a possibilidade de produzir o resultado, não a leva a sério e confia que o tipo penal não se concretizará, porquanto "confia descuidadamente na não-realização do tipo penal"¹⁴⁴. Assim, a diferença essencial entre essas categorias subjetivas estaria presente na convicção do agente de que ele é capaz de evitar o resultado, o que impede a formação de uma "decisão contra o bem jurídico protegido"¹⁴⁵. Justamente por conta da ausência de tomada de decisão "contra os

¹³⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 286.

¹⁴⁰ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 667.

¹⁴¹ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 674.

¹⁴² QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹⁴³ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 394.

¹⁴⁴ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 676.

¹⁴⁵ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 675.

valores protegidos pelo tipo [...], aquele reproche é suavizado e merece somente a pena da culpa”¹⁴⁶.

Nesse sentido, a Professora Heloisa Estellita corrobora que, no dolo eventual, o agente se omite de intervir contra a possível lesão ao bem jurídico, aceitando a consequência, destacando que as circunstâncias que devem ser objeto de conhecimento, especificamente na omissão, do omitente garantidor incluem os pressupostos de sua posição de garantidor, a situação de perigo típica, a conduta omissiva típica, a capacidade físico-real de evitar o resultado, e o nexo de causalidade e imputação objetiva¹⁴⁷.

Apesar da consabida existência de inúmeras teorias que procuram diferenciar dolo eventual da culpa consciente, a abertura para essa distinção para além do já exposto desviaria do objeto desta incursão, razão pela qual, deliberadamente, opta-se por não mais avançar nessas categorias, passando para uma análise do pensamento da literatura penal acerca da omissão culposa.

Prosseguindo, então, tem-se que a omissão culposa se configura quando o agente deixa de prestar a assistência que lhe é exigida em razão de imprudência, negligência ou imperícia, na forma do art. 18, II, do Código Penal brasileiro. Queiroz e Santin, avaliando o assunto, informam ser necessário que tenha havido “a criação de um risco proibido e a materialização desse risco no resultado”, precisamente devido à omissão de um dever legal de agir¹⁴⁸.

Estellita aponta que a culpa pode surgir em situações de desconhecimento da situação de perigo, já que “impede a configuração do tipo subjetivo nos crimes dolosos, agindo, então, o garantidor em erro de tipo, podendo ser responsabilizado pela conduta culposa”¹⁴⁹, o que demandaria de previsão legal específica, por imposição do parágrafo único do art. 18, CP, exigindo-se do garante que “lhe fosse objetivamente evitável esse desconhecimento (art. 20, *caput*, CP)”¹⁵⁰.

O *caput* do art. 20 do Código Penal brasileiro, disposição legal citada pela Professora Heloisa Estellita, informa que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”, isto é, em reforço à disposição do parágrafo único do art. 18, CP, este dispositivo

¹⁴⁶ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 675

¹⁴⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 286.

¹⁴⁸ QUEIROZ. Paulo; SANTIN. Giovane. Direito penal parte geral, p. 261.

¹⁴⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 289.

¹⁵⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 290.

realça que se não houver previsão dolosa, a punição por imprudência apenas poderá ser efetivada caso exista previsão legal para tanto.

Por outro lado, Tavares elucida que a culpa se estabelece quando o sujeito, embora ciente da provável ocorrência do resultado nos limites da certeza e da necessidade de sua intervenção, não incorpora essas circunstâncias em sua vontade, deixando o resultado ao acaso e, ao proceder dessa forma, o sujeito “viola uma norma de cuidado, porque deveria tê-la em conta como elemento de orientação de sua conduta”¹⁵¹.

Também é muito relevante registrar que a doutrina enfatiza a relevância da simultaneidade entre o dolo e a conduta típica, dado que o dolo, enquanto elemento fundamentador da realização de um plano, deve estar presente durante a execução da ação¹⁵². O “dolus antecedens”, ou seja, o dolo existente na fase preparatória, não é suficiente, pois não há garantia de que o autor daria início à fase executória. Desse modo, “uma vez que nunca se poderá saber se o autor realmente entraria na fase de execução, querer responsabilizá-lo pelo delito doloso consumado no caso de produção do resultado na fase preparatória seria incompatível com a valoração legal”¹⁵³. Roxin e Greco exemplificam essa linha de pensar a partir da seguinte formulação:

Suponha-se que alguém, durante uma briga, puxa, com dolo de matar, um revólver carregado, mas não quer balear a vítima antes do desfecho de uma longa discussão; entretanto, se acidentalmente antes que o agente se dispusesse a começar a ação de execução, a pistola dispara, há somente um homicídio culposo, pois o dolo na fase preparatória não é punível como tal.¹⁵⁴

Essa exigência de coincidência temporal é designada como o “princípio da simultaneidade” ou “da coincidência”¹⁵⁵. Contudo, não é necessário que o dolo perdure por toda a ação executória; basta que ele esteja presente no momento em que a ação se inicia, quando o autor deixa de controlar do curso causal¹⁵⁶.

Da mesma forma, o dolo subsequente é completamente irrelevante para efeito penal, cuja exemplificação é fornecida pelos professores como sendo o caso de “quem, por desatenção, mata o seu inimigo e alegra-se depois disso, isto é, acolhe

¹⁵¹ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 397.

¹⁵² ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719.

¹⁵³ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719.

¹⁵⁴ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719.

¹⁵⁵ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719.

¹⁵⁶ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719.

conscientemente o fato em sua vontade, ainda assim, evidentemente, é punível por homicídio culposo, e não por homicídio doloso”¹⁵⁷. A importância dessa delimitação temporal do dolo conduz, no âmbito da omissão, à necessária e legítima constatação de que, quando um garante por vigilância acaba, por desatenção, permitindo a ocorrência material do resultado doloso e, depois de o fato restar consumado, adere subjetivamente à consequência de sua inação, não pode ele responder por dolo, apenas por culpa, caso subsista previsão legal para tanto.

No contexto empresarial, a Professora Heloisa Estellita aprofunda como a descentralização e a distribuição de funções em contextos de organizações empresárias influenciam os requisitos subjetivos da responsabilidade penal por omissão imprópria¹⁵⁸. Para a professora, a fragmentação, segmentação, canalização e filtragem da informação são características intrínsecas às organizações modernas que podem inviabilizar a formação do dolo nos “agentes intraneus”, criando uma desconexão entre a conduta objetivamente típica de um indivíduo e a conduta subjetivamente irresponsável de outro¹⁵⁹.

Isso porque, frequentemente, a informação chega aos dirigentes já pré-filtrada, ou seja, passa por um certo número de pessoas antes que chegue a eles, o que impacta o componente cognitivo do dolo¹⁶⁰. Evidentemente, em crimes de omissão imprópria, a impossibilidade de obter conhecimento sobre a situação de perigo, devido a falhas nos canais de informação, pode resultar na responsabilização dos agentes a título de culpa, e não de dolo, já que a falta do dever de cuidado se operaria através da incorreção das fragilidades dos informacionais, na hipótese de essas, por sua vez, serem conhecidas.

Salienta a Professora que “não por outra razão é que se nota com frequência a tentativa de transplante da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness*)”¹⁶¹, figura presente no direito penal estadunidense que se refere a situações em que o agente adota medidas para evitar conscientemente tomar conhecimento de informações relevantes. No Brasil, como demonstra Luchesi, “a cegueira deliberada foi invocada

¹⁵⁷ ROXIN. Claus; GRECO, Luis. Direito penal parte geral, p. 719-720.

¹⁵⁸ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 287.

¹⁵⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 288.

¹⁶⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 288.

¹⁶¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 292.

como solução para problemas decorrentes de supostos vazios de punibilidade deixados por espaços que não poderiam ser alcançados pela dogmática tradicional”¹⁶².

Trata-se, a bem da verdade, de uma busca por equiparação entre cegueira deliberada e dolo eventual, categorias que pertencem a matrizes jurídicas completamente distintas, dado que o direito penal estadunidense obedece ao sistema *common law*, enquanto o direito penal brasileiro detém raízes romano-germânicas ou de matriz *civil law*, o que implica a impossibilidade de se compatibilizar uma categoria jurídica de um para com o outro sistema, por questão da própria natureza do sistema jurídico. Anuncia Luchesi, aliás, que “os conceitos de cegueira deliberada fornecidos pela jurisprudência e pela doutrina não são equivalentes ao dolo eventual”¹⁶³.

De forma similar aos crimes comissivos dolosos, o erro de tipo nos delitos omissivos, que recai sobre elementos fáticos ou sobre a condição de garantidor, exclui o dolo, cuja incidência deve se dar sobre os componentes do tipo omissivo, independentemente de estarem expressos na lei ou não¹⁶⁴. Exemplifica Tavares no cenário de um policial que, sentindo-se incapaz de deter uma agressão, assiste ao espancamento de alguém por acreditar que não poderia intervir, sua conduta deve ser analisada sob a ótica do erro de tipo. Se sua crença na impossibilidade de agir é inevitável, o dolo estará excluído, mas, se evitável, “restará a punição por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, por omissão”¹⁶⁵.

Assim, as diversas teorias sobre o dolo eventual, desde a “realização do plano” de Roxin até as abordagens que priorizam o risco ou a probabilidade, esforçam-se para oferecer critérios que auxiliem na difícil tarefa de inferir a atitude interna do agente. A posição de parte da doutrina, como Juarez Tavares, que questiona a compatibilidade do dolo eventual com a omissão, ressalta a singularidade do processo causal omissivo.

Desse modo, a imputação subjetiva nos crimes omissivos impróprios exige uma análise detalhada dos elementos cognitivos e volitivos do omitente, ainda mais quando se estiver diante de fragmentação da informação em estruturas complexas. A culpa, por sua vez, atua como um mecanismo de responsabilização quando o dolo é excluído, mas a inobservância do dever de cuidado é manifesta, evidenciando a

¹⁶² LUCHESI. Punindo a culpa como dolo, p. 165.

¹⁶³ LUCHESI. Punindo a culpa como dolo, p. 164.

¹⁶⁴ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 398.

¹⁶⁵ TAVARES. Teoria dos crimes omissivos, p. 398.

complexidade de atribuir responsabilidade penal à inação, ou melhor, à omissão de uma ação mandada.

3 RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DE EMPRESAS POR CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Passa-se, então, à análise sobre a especificação da matéria da omissão imprópria no contexto empresarial, avaliando-se, inicialmente, a empresa como fonte de perigo, passando-se pela responsabilidade por delegação de tarefas, a fim de se verificar formas de contenção de riscos penais-empresariais.

3.1 Empresa como fonte de perigo e dirigentes como seus garantidores

Como foi possível observar, a complexidade crescente da sociedade contemporânea, marcada pela emergência de riscos multifacetados e pela atuação de entes coletivos, impôs ao direito penal o desafio de redefinir os contornos da responsabilidade individual. No âmbito empresarial, a base para a responsabilização do gestor por omissão imprópria reside na consideração da empresa como uma fonte de risco permitido¹⁶⁶, resta saber se a simples existência e operação de uma atividade empresarial, embora lícita e muitas vezes incentivada, pode ser interpretada como verdadeira assunção de um compromisso de que os riscos inerentes a essa atividade devam ser controlados, especialmente para que não se materializem em danos penalmente relevantes.

Explica a Professora Heloisa Estellita que "serão garantidores originários aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, que tem de ser confirmada pela assunção fática dessas tarefas"¹⁶⁷. Essa combinação de fundamento jurídico e assunção fática é o que legitima a atribuição do dever de garante aos dirigentes empresariais.

A questão central que permeia essa discussão é a delimitação da posição de garantidor no contexto empresarial, especialmente quando um resultado delitivo ocorre por omissão, cuja indagação principal, como destaca Heloisa Estellita, é "investigar se há uma posição de garantidor do dirigente por crimes praticados por

¹⁶⁶ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 128.

¹⁶⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 132.

membros da empresa contra ‘terceiros’”¹⁶⁸. Para responder a essa questão, a doutrina penal tem explorado diferentes fundamentos, que Estellita organiza em duas perspectivas centrais: a primeira baseia a responsabilidade no poder de controle que o dirigente exerce sobre seus subordinados, enquanto a segunda a fundamenta no controle sobre a empresa, vista como uma fonte de perigo¹⁶⁹.

Ao explorar a primeira vertente, o argumento inicial é que o poder de instruir, dar ordens e organizar o trabalho alheio confere ao dirigente uma maior possibilidade de agir para evitar que os subordinados pratiquem crimes¹⁷⁰. Contudo, essa ideia pode ser aprofundada. Enrique Gimbernat Ordeig, por exemplo, especifica que o titular do estabelecimento responde por não evitar os delitos cometidos por seus empregados quando a conduta do autor imediato se qualifica como um “delito de grupo (Verbandsdelikt)” ou um “fato vinculado ao estabelecimento (betriebsbezogene Tat)”¹⁷¹, ou seja, a obrigação do garantidor surge com mais clareza quando o empregado atua no interesse, real ou suposto, da própria empresa¹⁷².

Essa linha de raciocínio é reforçada pela tese de Schünemann sobre os “delitos de grupo”, na qual a responsabilidade do superior hierárquico emerge do “domínio” que ele possui, com base na organização hierárquica da empresa. Tal domínio não é meramente formal; ele se alicerça tanto no “poder de dar órdenes proporcionado por el derecho de dirección del patrono” quanto no “preponderante acopio de información del superior”¹⁷³. A premissa é que, em função dessa posição privilegiada, o dirigente poderia ter reconduzido o comportamento do subordinado à conformidade com a norma, por meio de uma “direção, controle e coordenação apropriados”¹⁷⁴.

Retomando a análise de Estellita, ela esclarece que esse poder de comando é juridicamente reconhecido e se manifesta em diversas relações hierárquicas, não se limitando ao contrato de trabalho formal¹⁷⁵. Portanto, para essa corrente teórica, a responsabilidade omissiva de dirigentes se encaixa na problemática do domínio sobre coisas perigosas ou sobre pessoas. A posição de garantidor do dirigente pode ser afirmada, assim, “seja em virtude de seu domínio fático sobre meios ou produtos da

¹⁶⁸ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 108.

¹⁶⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 109

¹⁷⁰ ESTELLITA. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p. 109

¹⁷¹ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 8.

¹⁷² ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 9.

¹⁷³ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

¹⁷⁴ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

¹⁷⁵ ESTELLITA. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p. 109.

empresa que sejam perigosos (objetos ou coisas perigosas); seja por seu poder de comando juridicamente fundado sobre os empregados"¹⁷⁶. Desse modo, o "domínio de vigilância sobre coisas e pessoas é o que fundamentaria uma posição de garantidor no sentido do § 13 do StGB"¹⁷⁷.

Então, o titular do estabelecimento responde por não evitar os fatos puníveis cometidos por seus empregados quando o comportamento do autor imediato (empregado) pode ser qualificado como delito de grupo ou de feito vinculado ao estabelecimento, como visto em Ordeig. Aliás, para ele, quando o "autor ha actuado en interés de la empresa", o dono do negócio estaria obrigado, como garantidor, a evitar "negocios ilegales" que "el empleado realiza en el interés supuesto o real del titular de la empresa"¹⁷⁸. O autor ilustra a explicação com o seguinte exemplo:

El propietario del casino debe intervenir contra las manipulaciones de su personal durante el juego, de la misma manera que lo deben hacer el propietario de la discoteca o del bar contra el tratamiento discriminatorio o, incluso, violento de su portero contra, por ejemplo, clientes de color¹⁷⁹

Prossegue o autor, valendo-se do apoio de Schünemann, fundando-se na tese sobre os "delitos de grupo", afirma que

Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas figura la responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados que resulta -independientemente de la responsabilidad del propio subordinado- del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa"¹⁸⁰

Referido "domínio" se basearia tanto no "poder de dar órdenes proporcionado por el derecho de dirección del patrono" quanto no "preponderante acopio de información del superior"¹⁸¹. Consequentemente, o autor por comissão age no interesse da empresa, "habría podido ser reconducido a un comportamiento conforme a la norma mediante una dirección, control y coordinación apropiados [sc. por parte del dueño del negocio]"¹⁸²

¹⁷⁶ ESTELLITA. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p. 110.

¹⁷⁷ ESTELLITA. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p. 110.

¹⁷⁸ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 9.

¹⁷⁹ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 9

¹⁸⁰ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

¹⁸¹ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

¹⁸² ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

Inclusive, Ordeig explica que, nessa linha de raciocínio, alguns autores chegavam a falar de uma "inimputabilidad parcial" do trabalhador¹⁸³. Ainda em paráfrase, Ordeig atesta que Schünemann esclarecia que por "inimputabilidad parcial" não se referia a uma limitação natural, mas sim ao "poder de mando, anclado jurídicamente y fácticamente existente, de una persona sobre otra persona"¹⁸⁴, bem como ao dever de obediência do trabalhador.

Atesta Estellita que Schünemann baseava sua concepção no "domínio sobre pessoas juridicamente incapazes (parcialmente)" e no "conhecimento superior dos dirigentes (domínio do conhecimento)"¹⁸⁵. O domínio do conhecimento englobava tanto o saber sobre processos internos perigosos (v.g., toxicidade de produtos) quanto informações sobre práticas ilegais (v.g., fraude em contratos para cobrança ilegal de consumidor), o que se caracterizaria equivalentemente à autoria mediata por aparatos organizados de poder.

Posteriormente, a ideia de "incapacidade parcial do empregado" foi abandonada pelo referido Professor alemão, fazendo com que a posição de garantidor dos dirigentes passasse a se assentar em três pilares: "o poder de direção, o domínio do conhecimento/informação e a executabilidade fática de suas instruções confirmadas faticamente pela subordinação dos subalternos"¹⁸⁶. A intensidade desses pilares pode variar, permitindo compensações, como um conhecimento acentuado do superior compensando a menor subordinação do empregado, o que é exemplificado por Estellita nas situações de crimes ambientais em que o subordinado não é capaz de reconhecer a toxicidade de determinada substância, vertendo-a sob o curso de um rio, cuja circunstância era de pleno conhecimento do superior¹⁸⁷.

Um ponto crítico dessa corrente é o argumento da autorresponsabilidade do empregado. Contudo, Estellita afirma que Schünemann refuta esse contra-argumento, defendendo que "em estruturas coletivas organizadas, a autonomia do empregado é meramente aparente, sendo apenas uma fachada, já que nelas o comportamento não decorre de uma decisão pessoal, mas, sim, da observância a regras da associação"¹⁸⁸.

¹⁸³ ORDEIG refere-se a Schünemann, Landscheidt e Bottke.

¹⁸⁴ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 10.

¹⁸⁵ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 111.

¹⁸⁶ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 111.

¹⁸⁷ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 111.

¹⁸⁸ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 111.

Ainda nessa perspectiva, a "falta de organização" empresarial é vista como um fator fundamental. Estellita argumenta que a má organização, que impede a empresa de atender razoavelmente aos deveres de cuidado no desempenho de suas atividades, resulta em "uma equivalência da omissão à ação, evitando uma limitação da imputação penal aos escalões inferiores do ente coletivo"¹⁸⁹.

Todavia, essa concepção do poder diretivo como fundamento para a posição de garantidor é objeto de consideráveis críticas. Estellita apresenta diversas "considerações críticas" a essa fundamentação da posição de garantidor baseada no poder diretivo, dado que "da mera capacidade de intervir para evitar um resultado típico colocado em marcha por outrem não pode decorrer uma posição de garantidor"¹⁹⁰, pois, "nem todos que têm a capacidade de intervir para evitar um resultado típico têm também o dever de fazê-lo"¹⁹¹. De fato, a ausência desse dever torna a omissão penalmente irrelevante¹⁹².

A crítica à tese do domínio sobre o empregado é reforçada por Ordeig, que citando Rudolphi, afirma que

ni la facultad directiva del dueño del negocio en referencia a la ejecución de los trabajos encomendados, ni su posiblemente superior acopio de información, pueden suprimir la responsabilidad propia del subordinado. De acuerdo con ello, sólo se podría afirmar una responsabilidad como garante del dueño del negocio por acciones de sus subordinados cuando fuera posible deducir de nuestro ordenamiento jurídico que este imponía también al dueño del negocio la responsabilidad por los hechos antijurídicos de los empleados. Pero no es éste. Por el contrario: contra una posición general de garante del dueño del negocio habla la falta de un precepto que se corresponda con el § 357... Por consiguiente, hay que rechazar una responsabilidad general del dueño del negocio¹⁹³

Apesar de sua aparente lógica, a concepção que fundamenta a posição de garantidor do dirigente em seu poder diretivo sobre os subordinados é alvo de consideráveis críticas na doutrina penal. Um dos principais questionamentos, apresentado por Heloisa Estellita, é que "da mera capacidade de intervir para evitar um resultado típico colocado em marcha por outrem não pode decorrer uma posição de garantidor"¹⁹⁴. Afinal, nem todos que possuem a capacidade fática de intervir para

¹⁸⁹ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 112.

¹⁹⁰ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 114.

¹⁹¹ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 114.

¹⁹² ESTELLITA. Responsabilidad, p. 114.

¹⁹³ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 11.

¹⁹⁴ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 114.

impedir um crime têm, por consequência, o dever jurídico de fazê-lo, e a ausência desse dever específico torna a omissão penalmente irrelevante.

Como visto anteriormente em Ordeig¹⁹⁵, o poder de gestão ou nível informacional do dirigente não poderia suprimir a responsabilidade penal pessoal do empregado. Nesta concepção, a posição de garantidor somente decorreria de expressa determinação do dever de agir, o que não existe como dever geral.

Adicionalmente, a tentativa de traçar um paralelismo com a teoria da autoria mediata por aparatos organizados de poder é contestada, vez que o crime praticado pelo subordinado não decorreria de instrução ou ordem de superior, em verdade revela que as ordens não estão sendo cumpridas. Complementa-se o raciocínio com a ideia de que a omissão não se fundamenta na ideia de domínio, porque, para isso, seria exigido efetivo controle do curso causal, o que só existe nos delitos comissivos. A conclusão é que a posição de garantidor dos dirigentes não pode ser importada da dogmática dos crimes comissivos, devendo encontrar seus fundamentos na própria dogmática dos crimes omissivos¹⁹⁶.

A insistência em fundamentar a responsabilidade no poder diretivo pode levar, ainda, à instituição de uma responsabilidade penal puramente objetiva. Estellita adverte que tal concepção resultaria em uma "responsabilidade de garantia por mera posição do dirigente, altamente questionável na seara penal". Essa abordagem desconsidera a impossibilidade fática de um único dirigente supervisionar e impedir todos os possíveis comportamentos ilícitos de seus subordinados, o que contraria um "direito penal baseado na culpa individual" e, no limite, tornaria a própria atividade empresarial inviável¹⁹⁷.

Por fim, a crítica se estende à inadequação dessa teoria à realidade corporativa contemporânea, pois ela "ignoraria a realidade atual das relações entre empregador e empregado". As complexas estruturas empresariais modernas, especialmente as de médio e grande porte, baseiam-se "muito mais em relações de divisão de funções, de trabalho especializado, confiança e cooperação" do que em uma rígida relação vertical de comando, podendo, inclusive, se organizar em redes. Nesses contextos, a

¹⁹⁵ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 11

¹⁹⁶ ESTELLITA. Responsabilidade, pp. 114-115

¹⁹⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 115.

autonomia do empregado é um fator que não pode ser ignorado, tornando a simples equiparação do poder de mando um fundamento frágil para a posição de garantidor¹⁹⁸.

Em oposição à ideia de controle sobre o subordinado, a segunda grande corrente de fundamentação é o controle sobre a fonte de perigo empresa. Nessa perspectiva, que Heloisa Estellita aponta como majoritária na doutrina, a posição de garantidor dos dirigentes se origina do domínio que exercem sobre a organização empresarial como um todo e o fundamento para essa responsabilidade é que a liberdade de criar uma fonte de risco permitido — a própria atividade empresarial — vem acompanhada do dever de agir para controlar esses riscos, evitando que se materializem em resultados típicos¹⁹⁹.

Essa noção se alinha à teoria do incremento do risco de Enrique Gimbernat Ordeig. Para ele, a omissão imprópria ocorre quando o responsável por vigiar um "foco de perigo" (neste caso, a empresa) deixa de adotar medidas que manteriam esse foco dentro dos limites do risco permitido ou, caso já ultrapassado, que o reconduziriam ao nível de conformidade com o Direito²⁰⁰. Assim, o dever do dirigente não é genérico, mas atrelado à gestão da empresa enquanto fonte de perigos específicos.

De forma complementar, Silva Sánchez fundamenta a posição de garantia do administrador em sua atribuição de organizar e gerir a empresa, o que faria a responsabilidade se vincular a uma falha estrutural responsável por permitir a ocorrência do delito²⁰¹.

Sob essa ótica organizacional, o dever de vigilância do dirigente é "durável" e "permanente", não se esgotando na criação da empresa, mas se estendendo à sua manutenção contínua para que os riscos permaneçam em patamares juridicamente tolerados²⁰². Esse dever abrange os riscos originados tanto de objetos, recursos humanos, bem como a relação entre as pessoas e os objetos, cujo dever de agir "se limita, porém, exclusivamente aos riscos relacionados ao exercício da atividade empresarial, já que é somente nesse âmbito que os dirigentes têm controle"²⁰³. O mecanismo pelo qual esse controle é exercido é, em grande medida, o "direito de

¹⁹⁸ ESTELLITA. Responsabilidad, pp. 115-116.

¹⁹⁹ ESTELLITA. Responsabilidad, p. 117-118

²⁰⁰ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 12.

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 150.

²⁰² ESTELLITA. Responsabilidad, p. 118.

²⁰³ ESTELLITA. Responsabilidad, pp. 118-120.

direção (Weisungsrecht)", que, como destaca Roxin, incumbe ao ápice da administração²⁰⁴.

Nesse ponto, importante ter em mente a “teoría del incremento del riesgo” de Ordeig, segundo a qual há a proposição de que

sólo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien -para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado- lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho²⁰⁵

A aplicação dessa teoria é ilustrada pelo autor através de casos práticos. Um exemplo é a situação em que um cirurgião intervém em uma operação de baixo risco: ele "tiene que proteger el foco de peligro 'paciente' contra cualquier complicación inesperada"²⁰⁶. Se uma enfermeira está prestes a cometer uma imprudência e o médico, contra sua obrigação, não a evita, resultando na morte do paciente, o médico "responderá de un homicidio imprudente en comisión por omisión"²⁰⁷. Isso ocorre porque, se o cirurgião tivesse adotado as medidas de precaução, "el foco se habría seguido manteniendo dentro del riesgo permitido"²⁰⁸. Essa teoria se alinha e expande a discussão sobre a gestão de riscos, especialmente a diferenciação entre riscos permitidos e não permitidos. A essência é que a omissão penalmente relevante ocorre quando há uma falha em manter um "foco de peligro" dentro dos limites de risco permitidos ou em reconduzi-lo a esses limites.

Com efeito, Estellita defende que a posição de garantidor do dirigente é mais bem assentada no controle sobre a empresa como fonte de perigo permitida, pois o domínio sobre essa fonte de perigo é que atrai o dever de controle e ação, levando-se em conta que a pessoa jurídica, embora titular da atividade e destinatária inicial dos deveres, atua por meio de "pessoas naturais" que são os dirigentes²⁰⁹, os quais são os "garantidores originários", pois têm uma "relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, e que tenham assumido faticamente esse controle"²¹⁰.

²⁰⁴ ESTELLITA. Responsabilidade, pp. 120-121

²⁰⁵ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 12.

²⁰⁶ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 19.

²⁰⁷ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 20.

²⁰⁸ ORDEIG. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa, p. 20.

²⁰⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, pp. 128-131.

²¹⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 134.

Vale ressaltar, também, que o "exercício de fato" é mais relevante do que a designação formal em documentos sociais, de modo que um "administrador de fato" é tão responsável quanto o legalmente designado.

O "âmbito de vigilância" restringe-se a "infrações penais relativas à atividade econômica da empresa"²¹¹. Schünemann, como aponta Estellita, limitava a responsabilidade omissiva imprópria a atos praticados no interesse da associação. Estellita indica que, para determinada corrente, os dirigentes estão obrigados a evitar apenas os crimes que representem consequências dos perigos inerentes à empresa e, em conclusão, a Professora sustenta que a orientação mais correta é considerar injustos que tenham relação com a atividade econômica da empresa aqueles que criem perigos por conta dos próprios processos²¹². Crimes como corrupção por integrantes da empresa são incluídos, enquanto assédios sexuais não seriam, por não serem expressão do perigo da empresa.

Aprofundando a análise sobre a responsabilidade do administrador, Jesús-María Silva Sánchez aborda a questão a partir da "omisión del deber de vigilancia", questionando os limites da responsabilização do gestor por delitos cometidos por seus subordinados²¹³. Para o autor, o fundamento da "posición de garantía" do administrador não reside em um dever genérico de evitar qualquer ilícito, mas sim no "compromiso de mantener las condiciones de la correcta y coordinada organización de los diversos ámbitos funcionales de su empresa"²¹⁴.

Dessa forma, a imputação de responsabilidade ao dirigente só seria possível em delitos que revelem um "déficit organizativo básico", ou seja, uma falha estrutural na organização que ele tinha o dever de manter íntegra²¹⁵. A responsabilidade surge, portanto, quando se pode afirmar que o órgão de administração "habría podido conocer y corregir directamente o através de terceros la conducta del subordinado", mas falhou em fazê-lo por conta dessa deficiência organizacional²¹⁶.

Essa perspectiva organizacional lança luz sobre um dilema prático no ambiente de trabalho: o conflito de lealdades. Por um lado, Silva Sánchez reconhece a dinâmica hierárquica natural, na qual "el inferior tiene que confiar en su superior porque es éste

²¹¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 133.

²¹² ESTELLITA. Responsabilidade, p. 137.

²¹³ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 148.

²¹⁴ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 150.

²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 150.

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 150.

quién le imparte órdenes"²¹⁷. Essa lealdade pessoal é, no entanto, hierarquicamente inferior a um dever maior, porquanto "la lealtad al Derecho y a la empresa prima, obviamente, sobre el deber de lealtad al superior"²¹⁸.

É justamente nesse ponto que a teoria se conecta com a prática dos programas de conformidade. A existência de canais seguros de denúncia, por exemplo, surge como um mecanismo fundamental para operacionalizar essa primazia da lealdade à norma. Tais canais permitem que o subordinado cumpra seu dever de lealdade para com a empresa e o Direito, reportando uma ordem ilícita, sem que para isso precise quebrar a estrutura hierárquica de forma insubordinada ou temer retaliações, materializando, assim, o dever de conformidade em detrimento da lealdade pessoal ao superior.

3.2 Delegação de tarefas e o dever do agente delegante

Fator determinante para a atribuição do dever de garante é a forma pela qual as empresas se estruturam, dado que as atividades empresariais se manifestam principalmente de duas formas primordiais, sendo elas através da divisão de funções (estruturas horizontais) e da delegação de funções (estruturas verticais), as quais produzem efeitos distintos sobre o dever de garante e, consequentemente, sobre a individualização da responsabilidade penal.

Aqui, o trabalho irá se pautar pelas segundas, dado que a investigação, como se registrou na introdução, se volta à análise das condutas imputadas por omissão imprópria a dirigentes empresariais por atos delegados, isto é, por conta do agir empregado por pessoas que estão posicionadas em níveis, dentro da estrutura empresarial, medita e imediatamente distantes do topo da cadeia de gestão ou comando.

Vê-se, portanto, que, nas estruturas horizontais, a gestão da empresa é dividida entre diversos órgãos ou indivíduos que ocupam o mesmo nível hierárquico, mas possuem competências especializadas e distintas. Essa departamentalização é uma consequência da crescente especialização²¹⁹ exigida no ambiente corporativo. A posição de garante, nesse cenário, é atribuída ao indivíduo ou órgão responsável por

²¹⁷ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 152.

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 152.

²¹⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 116.

uma determinada parcela da atividade, baseando-se no dever de asseguramento em relação a essa área específica.

O funcionamento das empresas modernas, conforme explica Heloisa Estellita, pressupõe a existência de múltiplos agentes e uma complexa organização dos meios de produção. Com efeito, o contexto empresarial hodierno se caracteriza através de diversos contextos contratuais, cujos elementos condensam uma alta gama de agentes/colaboradores envolvidos no processo, razão pela qual a atribuição de funções por delegação segue certos padrões de hierarquia interna, orientados, mais ou menos intensamente, pela organização do dirigente²²⁰.

Essa divisão de tarefas não é apenas uma característica inerente, mas uma necessidade para a eficiência operacional, haja vista ser plenamente impossível, dentro de um contexto de multitarefas, a mesma pessoa que atua na ponta, seja em atendimentos a clientes ou em outra função necessária, possa se comprometer com a gestão da empresa. Sem delegação, portanto, a atividade econômica deixa de ser explorada com eficiência e a empresa perde suas chances de expandir suas atividades. Também é justamente essa fragmentação e especialização que pode gerar implicações significativas no âmbito da responsabilidade, especialmente quando envolve a imputação de resultados danosos a outras pessoas.

Estellita, contudo, comprehende que essa fragmentação das atividades empresariais deve ser evitada, porque acaba por ampliar o número de agentes que possam sofrer alguma responsabilização penal, especialmente quanto a delitos de omissão imprópria²²¹.

Sobre o tema, tem-se que delegação é um "ato lícito" que permite a alocação de funções a indivíduos com competências específicas, assegurando o desempenho adequado das atividades empresariais de exploração do livre mercado e é através da delegação que se pode promover a "designação de pessoas especializadas para o desempenho adequado de tarefas e funções, o cumprimento satisfatório de deveres que incumbem aos administradores como pessoas que atuam para a pessoa jurídica", bem como "podem atender a razões econômicas de gestão, atribuindo tarefas mais simples a pessoas menos qualificadas, e mais complexas a mais qualificadas"²²².

²²⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 145.

²²¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 145-146.

²²² ESTELLITA. Responsabilidade, p. 149.

Como argumenta a Professora, tem-se, ainda, que a delegação pode se configurar como uma medida apta a entregar maior segurança a bens jurídicos que poderiam ser afetados pela atividade empresarial²²³, o que se percebe até mesmo por conta da demanda de maior qualificação profissional para tarefas mais complexas. Então, se existem tarefas mais sensíveis e arriscadas, a delegação de pessoa qualificada para a tarefa pode promover, de fato, uma redução do risco.

Bottini, também comprehende que o tema da delegação é uma

questão polêmica e atual, em especial na seara dos crimes econômicos e naqueles cometidos dentro de estruturas do Poder Público, âmbitos nos quais a determinação dos contornos da divisão do trabalho é fundamental para definir responsabilidades penais²²⁴

Para Bottini, a atividade de delegação pode ser definida como uma forma de "divisão de trabalho onde o delegante passa atribuições/competências para o delegado para que atue em seu nome, mas com um certo grau de autonomia, sempre nos limites do ato"²²⁵.

Jesús-María Silva Sánchez, em sua abordagem sobre o assunto, adverte para a importante distinção entre a delegação de funções e o mero "encargo de la ejecución de una función"²²⁶. Enquanto a delegação genuína "comporta una transformación de las esferas de responsabilidad"²²⁷, transferindo a posição de garantidor primário ao delegado, o mero encargo não altera a estrutura de responsabilidade. No encargo, o superior (mandante) não cede seu âmbito de competência, mas apenas ordena a execução de uma tarefa, permanecendo, assim, como o "competente y responsable principal"²²⁸. Fazer essa distinção é crucial, pois evita que a responsabilidade penal seja indevidamente pulverizada para subordinados que são meros executores, sem domínio autônomo sobre a fonte de risco. A transferência da posição de garante, portanto, exige mais do que a simples atribuição de uma tarefa, isto é, demanda uma transferência efetiva de poder decisório e de controle sobre um âmbito de competência.

²²³ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 149.

²²⁴ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 272.

²²⁵ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 272.

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 135.

²²⁷ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 133.

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 135.

Nesse sentido, a formalização da delegação é um aspecto que contribui para a clareza e a segurança jurídica. Embora possa ocorrer de maneira informal, a Professora Heloisa Estellita explica que a delegação de tarefas e funções é "feita, normalmente, por meio de contrato ou outro ato formalizado e pode, ainda, constar de documentos de gestão da empresa, como um organograma"²²⁹. É preciso notar, contudo, que nem todas as tarefas podem ser delegadas, seja por "expressa disposição legal, seja por seu caráter altamente pessoal", sendo que uma delegação inválida não produz efeitos exoneratórios para o delegante²³⁰.

Quando lícita e eficaz, um dos efeitos mais relevantes da delegação é a criação de uma nova posição de garantidor na figura do delegado, que se constitui por assunção (art. 13, §2º, "b", CP). Essa efetiva assunção de deveres pelo delegado é o que "fundamenta a constituição de garantidor no delegado, que recebe, assim, os deveres de proteção e/ou vigilância e controle inerentes às atividades e funções assumidas"²³¹, situação que, por consequência, implica em parcial exoneração da pessoa do garantidor de origem, que delegou o papel.

Diz-se que exoneração é parcial, porque a delegação "transforma o delegante em garantidor da vigilância das atividades do delegado"²³². Silva Sánchez, por sua vez, que, em uma delegação válida, o delegado se torna o responsável principal, podendo ser imputado como autor em comissão por omissão. Em contrapartida, o delegante, por não possuir mais a "competencia directa de evitación del hecho"²³³, ao infringir seus deveres de supervisão, "solamente podrá ser estimado partícipe en comisión por omisión"²³⁴.

Não obstante a exoneração das atividades executórias, subsiste o dever de "vigiar a nova organização que criou, mantendo a vigilância sobre os atos do subordinado para garantir que de sua atividade não advenham perigos e lesões a bens jurídicos de terceiros e da coletividade"²³⁵. Essa vigilância, contudo, não pode ser exaustiva a ponto de anular a própria delegação, mas deve se manifestar como uma supervisão periódica.

²²⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 148.

²³⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 149.

²³¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 148.

²³² ESTELLITA. Responsabilidade, p. 150.

²³³ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 140-141.

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 141.

²³⁵ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 150.

Os deveres que o delegante retém são, portanto, cruciais. Silva Sánchez elenca deveres de seleção da pessoa idônea (*in eligendo*), de instrumentalização (fornecer os meios e informações adequadas), de formação, e de vigilância e controle. A falha em qualquer um desses pontos pode configurar uma delegação defeituosa, com consequências jurídicas severas. No caso de delegação a uma pessoa sabidamente inidônea, por exemplo, "la inidoneidad ex ante de su delegado bloquea la transformación de su esfera de competencia"²³⁶, é dizer: a posição de garantidor originária do delegante não se altera e ele mantém a responsabilidade principal sobre aquele âmbito. Similarmente, a delegação sem a disposição de meios financeiros ou autonomia decisória para o delegado também é defeituosa, podendo manter a responsabilidade do delegante como principal, enquanto o delegado que continua a atividade perigosa sem os recursos necessários também assume para si a responsabilidade como autor.

Esse mesmo entendimento é perfilado por Bottini, que o corrobora ao afirmar que o delegante "mantém sua relação com o risco por ele criado, ou do qual é garante por lei ou assunção, mas de forma atenuada e qualitativamente diferenciada"²³⁷. Bottini, valendo-se dos ensinamentos de Silva Sánchez, elucida que a delegação de competências nas empresas é um "mecanismo de transferência e de transformação de posições de garantia"²³⁸. Nesse sentido, transferência refere-se à assunção de deveres pelo delegado, enquanto a transformação indica que o dever do delegante não desaparece, mas se reconfigura como um "dever de vigilância e supervisão"²³⁹.

É crucial notar que essa vigilância regular não exige um acompanhamento exaustivo, "que tomaria inútil o ato de delegação, mas uma supervisão periódica por meio de relatórios, de apontamentos"²⁴⁰.

Além das atividades econômicas e administrativas, as funções de vigilância e controle também podem ser delegadas, como é o caso de um *compliance officer* ou de um encarregado de segurança ambiental²⁴¹. No entanto, "a delegação de atividades de vigilância igualmente não tem efeito exoneratório total"²⁴², apenas alterando o conteúdo do dever do delegante, já que a delegação total "nem sempre será

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 141.

²³⁷ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 277.

²³⁸ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 276.

²³⁹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 276.

²⁴⁰ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 276.

²⁴¹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 151.

²⁴² ESTELLITA. Responsabilidade, p. 151.

legalmente permitida, especialmente ali onde a lei exija o desempenho de certas atividades pelas pessoas indicadas pela empresa", especificamente no "caso do responsável pelas comunicações automáticas e suspeitas no âmbito da lavagem de capitais"²⁴³.

Então, a delegação, embora promova uma redistribuição de tarefas e responsabilidades, não exime o delegante de todos os seus deveres. Isso porque remanescem deveres relacionados ao recebimento periódico de informações, chamados pela autora como deveres reativos²⁴⁴. Em que pese a delegação dos deveres de vigiar crie um novo garante, como no caso do *compliance officer*, não possa exigir o delegante de toda a responsabilidade, é perceptível, com o distanciamento, "uma diminuição na amplitude dos deveres do delegante"²⁴⁵.

Entre os deveres que o delegante retém, Bottini lista o "dever de eleição de um delegado capaz de exercer a garantia", o "dever de instrumentalização", que implica "fornecer os meios, informações e instrumentos adequados para que o delegado cumpra os seus deveres", o "dever de vigilância regular sobre suas atividades", ou, ainda, "da designação de um terceiro que desempenhe tal função (técnico de *compliance* ou similar)"²⁴⁶.

Sobre o assunto, o princípio da confiança possui especial relevância, porquanto a atividade de delegação é, muitas vezes, o que possibilita a continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, porquanto

os cursos causais emanados da empresa contarão, em regra, com a intervenção de diversos agentes, pois o cumprimento do objeto social seria impossível sem a divisão de trabalho e a delegação de funções e tarefas, e seria igualmente impraticável se todos tivessem de vigiar todos²⁴⁷

Originalmente, a ideia de confiança se aplica a relações horizontais, onde há ausência de hierarquia, como em "regras de trânsito e os das intervenções cirúrgicas desenvolvidas em equipe"²⁴⁸. Nesses contextos, os participantes atuam em "um mesmo plano, sem relação de subordinação, ou seja, em uma estrutura de divisão de funções horizontal"²⁴⁹.

²⁴³ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 151.

²⁴⁴ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 160.

²⁴⁵ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 150.

²⁴⁶ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 276.

²⁴⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 152.

²⁴⁸ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 152.

²⁴⁹ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 152.

Todavia, a aplicação do princípio da confiança em estruturas verticais, próprias da delegação, não ocorre da mesma forma, já que a relação hierárquica impõe deveres de controle que modificam a dinâmica. Heloisa Estellita evidencia que parcela da literatura chega a exigir a desconfiança no ambiente de delegação, embora uma desconfiança generalizada pudesse inviabilizar as atividades econômicas²⁵⁰.

Silva Sánchez argumenta que a confiança pode ser aceita, mas de forma limitada e temporal. Após a correta seleção de um delegado idôneo, é razoável operar sob o princípio da confiança "durante un plazo de tiempo más o menos largo"²⁵¹. No entanto, transcorrido este período, "no cabe descartar que incluso el sujeto bien seleccionado haya entrado en la dinámica de grupos [...] o, sencillamente, que no haya actualizado sus conocimientos"²⁵², o que renova a "necesidad de mantener el contexto de vigilancia"²⁵³.

Desse modo, a delegação não é uma mera atribuição de tarefas, mas a transferência de uma esfera de competência de um delegante (superior hierárquico) para um delegado (subordinado). Essa transferência implica na constituição de uma nova posição de garante para o delegado e na "exoneração parcial da responsabilidade do delegante"²⁵⁴.

Assim, Rebouças afirma que a confiança deve ser equilibrada com a ideia da "desconfiança periódica", que servirá "a título de verificação"²⁵⁵, exigindo-se uma supervisão geral, mas não minuciosa, da atividade dos delegados.

Desse modo, caso surjam "irregularidades, não há mais fundamento para confiar e o delegante deve intervir no âmbito das tarefas delegadas para que elas retornem ao patamar do risco permitido"²⁵⁶.

Pode-se concluir, então, que os efeitos do princípio da confiança em estruturas verticais são duplos: "a desoneração parcial da vigilância, de um lado, e, de outro, a manutenção do dever de intervir quando há claros sinais de que não há mais

²⁵⁰ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 153.

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 143.

²⁵² SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 143.

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ. Fundamentos del derecho penal de la empresa, p. 143.

²⁵⁴ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 51.

²⁵⁵ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 60.

²⁵⁶ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 153.

fundamento para confiar"²⁵⁷. Bottini complementa essa visão ao afirmar que a omissão do delegante só será relevante se ele tiver a "capacidade de agir conforme a norma", o que implica "ser cognoscível a violação do dever pelo delegado" e o delegante deve, ainda, ter "condições de retomar o controle do risco"²⁵⁸.

O delegante, em geral, pode confiar que "o delegado agirá nos limites do cuidado devido, exceto se existir algum elemento concreto que aponte para o contrário"²⁵⁹

Em síntese, a delegação, embora indispensável para a organização empresarial, requer um olhar atento e constante do delegante. Este deve cumprir seus deveres de escolha, instrução, instrumentalização, vigilância e, se for o caso, intervenção. A responsabilidade penal, nesse complexo arranjo, não é simplesmente transferida, mas transformada, e a imputação do resultado, conforme entendimento de Bottini, dependerá sempre da capacidade de ação do delegante. A proibição de regresso (*rückschriffsverbot*) é essencial, é dizer: não se pode responsabilizar o delegante, quando cumpridos seus deveres quando da delegação, pela conduta do delegado se este agiu em uma esfera de competência validamente transferida.

3.3 Estrutura de um programa de compliance criminal efetivo

Como visto, a complexidade do cenário empresarial, caracterizada pela descentralização de atividades e pela consequente pulverização de responsabilidades, impõe ao direito penal o desafio de adaptar seus tradicionais critérios de imputação²⁶⁰. A criminalidade moderna, notadamente a de natureza econômica, demanda do Estado uma postura que privilegie a prevenção em detrimento da mera repressão²⁶¹. Nesse contexto, a adoção de programas de conformidade, ou *compliance programs*, surge como uma ferramenta estratégica indispensável, não apenas para a gestão de riscos, mas para a própria sobrevivência e legitimidade das corporações.

²⁵⁷ ESTELLITA. Responsabilidade, p. 153.

²⁵⁸ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 279.

²⁵⁹ BOTTINI. Crimes de omissão imprópria, p. 279.

²⁶⁰ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade, p. 287.

²⁶¹ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades, p. 169.

O termo compliance, oriundo da expressão inglesa *to comply with*, traduz a ideia de agir em conformidade com as normas, sejam elas legais ou éticas²⁶². Para além do simples cumprimento de regras, o conceito evoluiu para abranger a capacidade de autorregulação das organizações, que passam a se dotar de normas próprias, controles, mecanismos de investigação e sanções para assegurar a legalidade de suas operações²⁶³. Em uma acepção mais específica, o termo "alude ao cumprimento da totalidade das medidas de vigilância para assegurar um comportamento lícito de todos os membros da empresa"²⁶⁴.

A importância dos programas de compliance é reconhecida em âmbito internacional, refletida em diplomas como o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) norte-americano e o Bribery Act britânico, além de manuais de integridade como os da OCDE. No Brasil, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), regulamentada pelo Decreto n. 11.129/2022, estabelece parâmetros para a avaliação dos programas de integridade, que podem atenuar as sanções aplicadas às pessoas jurídicas.

Contudo, a mera existência de um programa não é suficiente. Sua eficácia é o critério determinante, e esta depende de sua adequação à realidade da empresa²⁶⁵. Não há um modelo único, sendo imperativo que cada programa "respeite a estrutura, a extensão, a missão e os valores da empresa, bem como o marco legal a que está adstrita"²⁶⁶. Então, sua concepção deve ser customizada, considerando o nível de risco, a natureza da atividade e a jurisdição em que a organização atua.

Para BECK e VECCHIO, a principal proposta ao adotar um programa de compliance criminal é que ele evite a ocorrência de crimes²⁶⁷. Caso exista uma falha que leve a alguma atividade delituosa, o programa, desde que seja efetivo, pode produzir efeitos favoráveis para a mitigação ou à própria exclusão da responsabilidade penal dos dirigentes²⁶⁸.

²⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e Lei anticorrupção, p. 65.

²⁶³ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 2.

²⁶⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, p. 961.

²⁶⁵ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 461.

²⁶⁶ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 461.

²⁶⁷ BECK, Francis Rafael; VECCHIO, Fabrizio von. A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena. *In Revista Ibérica do Direito – RID*. Vol. 3. Número 1. Porto, Portugal. Jan/Jun, 2022. p. 134.

²⁶⁸ BECK, Francis Rafael; VECCHIO, Fabrizio von. A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena. *In Revista Ibérica do Direito – RID*. Vol. 3. Número 1. Porto, Portugal. Jan/Jun, 2022. p. 140.

Através do programa de compliance criminal, pode-se delimitar um novo horizonte de projeção do dever de garante, orientado pela delegação de funções e criação de nova posição de garantidor. Essa situação permite, desde que o sistema de conformidade seja efetivo, "demonstrar que a situação de infração da norma penal escapou da possibilidade razoável de vigilância dos dirigentes da empresa e, portanto, não se verificariam as condições suficientes para a responsabilização penal"²⁶⁹.

Apesar de ser necessário personalizar o programa de compliance criminal, é possível delinear uma estrutura basilar, uma "teoria geral dos elementos essenciais" que compõem um programa de compliance efetivo²⁷⁰. Esses elementos, que se inter-relacionam, podem ser divididos em preventivos, reativos e organizativos, formando um sistema coeso de gestão da conformidade²⁷¹.

O primeiro e mais fundamental elemento, de natureza organizacional, é o comprometimento da alta cúpula (*tone at the top*). O sucesso do programa depende de forma crucial do exemplo e da postura dos líderes da organização²⁷². O apoio da alta administração deve ser "visível e inequívoco", manifestando-se não apenas no discurso, mas em ações concretas que demonstrem uma cultura de tolerância zero com comportamentos desviantes.

Esse comprometimento é um dos critérios expressamente previstos no art. 57, I, Decreto n. 11.129/2022, que exige o "apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados". A liderança deve, portanto, investir em treinamento, aportar recursos financeiros e garantir que as políticas de conformidade sejam aplicadas a todos os níveis hierárquicos, sem exceção, demonstrando que não há tolerância com irregularidades, "ainda que estas venham a trazer benefícios financeiros para a companhia"²⁷³.

O segundo pilar, de caráter preventivo, é a análise de riscos (*risk assessment*). Considerado o "cérebro" do programa²⁷⁴, este processo consiste em identificar, analisar e avaliar os riscos aos quais a empresa está exposta, correlacionando-os com

²⁶⁹ BECK, Francis Rafael; VECCHIO, Fabrizio von. A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena. *In Revista Ibérica do Direito – RID*. Vol. 3. Número 1. Porto, Portugal. Jan/Jun, 2022. p. 135.

²⁷⁰ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 461.

²⁷¹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 11.

²⁷² LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 469.

²⁷³ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 470.

²⁷⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 12.

a atividade exercida²⁷⁵. A gestão de riscos só será eficaz se precedida de uma correta identificação dos riscos potenciais.

Conforme o modelo COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), a análise de riscos deve partir de uma avaliação do ambiente interno, compreendendo a cultura, a filosofia administrativa e os valores éticos da organização²⁷⁶. Para o criminal compliance, o foco recai sobre as normas de Direito Penal Econômico, como as que tipificam a lavagem de capitais, crimes contra o sistema financeiro, corrupção e delitos ambientais²⁷⁷.

A avaliação dos riscos envolve a análise da probabilidade de sua ocorrência e da magnitude de suas consequências. No Brasil, o parágrafo único, art. 54, Decreto n. 11.129/2022 determina que o programa de integridade deve ser "estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica". Este monitoramento contínuo é indispensável para garantir a efetividade do programa ao longo do tempo.

O terceiro elemento preventivo é a elaboração de documentos escritos, como o Código de Conduta e as Políticas de Compliance. O código de conduta é o "coração" do programa²⁷⁸ a "constituição" que estabelece os valores éticos e a missão da empresa. As políticas, por sua vez, são as "leyes que lo desarrollan", detalhando os procedimentos específicos para o cumprimento das normas²⁷⁹.

Esses documentos devem ser redigidos de forma "clara, concisa e acessível a todos os funcionários"²⁸⁰ e as normas de conduta neles contidas devem ser consideradas ordens de trabalho, cuja violação pode ensejar a aplicação de sanções disciplinares.

O quarto pilar preventivo é a realização de treinamentos, sendo *conditio sine qua non* para a eficácia dos controles²⁸¹, pois de nada adianta a existência de códigos e políticas se os colaboradores não forem devidamente instruídos sobre seu conteúdo e aplicação, cujo treinamento deve ser periódico e abranger todos os níveis da

²⁷⁵ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 465.

²⁷⁶ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 462.

²⁷⁷ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, pp. 465-466.

²⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 12.

²⁷⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 12.

²⁸⁰ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 471.

²⁸¹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 12.

organização, com o objetivo de instruir sobre os riscos da empresa e o funcionamento dos controles.

O quinto elemento, de ordem organizacional, é a designação de um responsável pelo compliance (Compliance Officer). Esta figura é crucial para a fiscalização do programa, devendo possuir qualificações adequadas, autonomia e acesso direto à alta administração²⁸², porquanto a autonomia é fundamental para que o *compliance officer* possa reportar irregularidades sem receio de represálias, mesmo que envolvam membros do alto escalão.

A nomeação de um compliance officer também tem implicações na responsabilidade penal individual. Ao assumir deveres específicos de vigilância, ele se coloca em uma posição de garante²⁸³, cuja infração pode, em tese, gerar responsabilidade por comissão por omissão. A doutrina alemã, por exemplo, sustenta que o *compliance officer* tem a missão de evitar danos decorrentes da própria empresa a terceiros, sendo, portanto, caracterizado como garante²⁸⁴.

Os elementos reativos do programa são igualmente essenciais. O sexto pilar são os canais de denúncia (whistleblowing channels), consistentes em mecanismos seguros e confidenciais para que funcionários e terceiros possam reportar irregularidades é vital para a detecção de desconformidades. A proteção aos denunciantes (whistleblowers) é uma extensão desse mecanismo, garantindo que não sofram retaliações²⁸⁵.

O sétimo elemento reativo são as investigações internas. Uma vez recebida uma denúncia, a empresa deve possuir protocolos para apurar as irregularidades²⁸⁶. Tais investigações, contudo, devem ser conduzidas com respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos, como o contraditório, a ampla defesa e o direito à não autoincriminação²⁸⁷.

O oitavo pilar são os procedimentos sancionatórios, vez que a eficácia do programa depende da "aplicação efetiva de sanções para irregularidades constatadas"²⁸⁸. A ausência de um sistema disciplinar robusto e imparcial, que se

²⁸² LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 474.

²⁸³ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, p. 961.

²⁸⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, p. 976.

²⁸⁵ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, pp. 475-477.

²⁸⁶ NIETO MARTÍN apud LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 480.

²⁸⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 13.

²⁸⁸ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 482.

aplique a todos os níveis hierárquicos, esvazia o programa de credibilidade e representa uma "aceitação ou passividade com o incorreto"²⁸⁹.

Por fim, o nono e último elemento é o monitoramento, análise e revisão contínua do programa. Como determina o Decreto n. 11.129/2022, o monitoramento deve ser constante e visar ao aperfeiçoamento do programa, na forma de seu art. 57, XV. Evidentemente que essa avaliação, preferencialmente realizada por auditores independentes/externos, garante que o programa se mantenha atualizado e eficaz frente a novos riscos e mudanças no ambiente regulatório e de negócios.

A importância da padronização desses elementos é reforçada por normas técnicas internacionais, como as da série ISO (International Organization for Standardization). A norma ISO 19600 (agora substituída pela ISO 37301) fornece diretrizes para sistemas de gestão de compliance, enquanto a ISO 37001 foca especificamente em sistemas de gestão antissuborno. Essas normas aprimoraram a autorregulação, ao passo que verificam a eficácia do sistema de gestão²⁹⁰. A obtenção de uma certificação pode, inclusive, servir como meio de prova da idoneidade de um programa em um eventual processo judicial²⁹¹.

Percebe-se, portanto, que a implementação de um programa de compliance criminal efetivo, estruturado sobre esses pilares e adaptado à realidade da empresa, é uma medida indispensável na mitigação de riscos penais. Além disso, o programa não apenas protege a pessoa jurídica, mas também atua como um fator relevante na delimitação da responsabilidade dos dirigentes, ao estabelecer de forma clara os deveres de organização, vigilância e controle, e ao promover uma cultura corporativa de integridade e respeito à lei, podendo, inclusive, exonerar o dirigente ou o gestor das funções de vigilância ao criar um novo garante, o *compliance officer*.

4 ANÁLISE DE CASOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a análise do pensamento da literatura sobre a matéria, é essencial averiguar e compreender o conteúdo a partir da aplicação jurisdicional dos conceitos na prática, saindo da perquirição acerca do dever ser e partindo para a verificação

²⁸⁹ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz, p. 482.

²⁹⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 10.

²⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance programs: uma visão panorâmica, p. 11.

empírica do ser, a fim de constatar o comportamento dos Tribunais brasileiros para com a matéria até então vertida.

O recorte dessa análise se dará no âmbito dos Tribunais Superiores do Brasil, especificamente os que detém competência sobre a matéria, isto é, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Tais Cortes são representadas como sendo de interpretação e uniformização da jurisprudência dos demais Tribunais pátrios, especialmente Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Essa configuração pode ser visualizada a partir da matéria disponível de alegação no âmbito do sistema recursal brasileiro, notadamente o tratamento constitucional acerca da matéria, já que o Supremo Tribunal Federal somente atuará originariamente nas hipóteses das alíneas do inciso I do art. 102, CF/88, que dispõe da seguinte redação:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;
- i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo

Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de constitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

Portanto, em matéria penal, a competência do Supremo Tribunal Federal se restringe às hipóteses de prerrogativa de foro por conta de qualidade ou cargo exercido pela pessoa processada, de julgamento de revisões criminais de casos julgados ela própria Corte Suprema, bem como de manejo de *habeas corpus* contra decisões de Tribunais que estejam, imediatamente, submetidos à sua jurisdição.

Em se tratando de hipóteses recursais sobre matéria penal, o Supremo Tribunal Federal cinge-se a analisar recurso ordinário quando há matéria denegatória das Cortes Superiores julgadas no âmbito de *habeas corpus* e mandados de segurança, na forma do art. 102, II, “a”, CF/88.

Extraordinariamente, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas decididas em única ou última instância, sempre que

Art. 102 [...]

III [...]:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a constitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Abrangência similar de competência é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, visto que, em suma, corresponde como a Corte responsável por interpretar e uniformizar a jurisprudência sobre conteúdo de Lei Federal.

Essa posição é reforçada pelo Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Enunciado n. 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal²⁹², em que há vedação, pela reiterada jurisprudência de ambas as Cortes Superiores, de reexame probatório. Então, as questões passíveis de submissão às Cortes Superiores cingem-se à matéria jurídica, respectivamente quanto à incorreta interpretação da Constituição Federal e de Lei Federal pelos Tribunais que se vejam alocados imediatamente inferiores às Cortes Superior e Suprema.

Como antecipado, a sistematização da jurisprudência dos referidos Tribunais Superiores será delimitada aos casos em que se discutiu o mérito, ainda que de ofício, ou seja, a pesquisa abrange os julgamentos de recursos extraordinários (especial e extraordinário) conhecidos, providos ou desprovidos, e de *habeas corpus*, cujas ordens sejam conhecidas, independentemente se concedidas ou denegadas, bem como a concessão de *habeas corpus* de ofício, porquanto são hipóteses em que há uma reflexão meritória sobre o conteúdo jurídico substancial para o deslinde da causa penal.

Inicialmente, estabeleceu-se como critério de pesquisa no âmbito do direito penal e processual penal, as palavras-chave que se relacionam com o tema pesquisado, sendo elas: ‘omissão imprópria’, ‘omissivo impróprio’, ‘omissiva imprópria’, ‘comissão por omissão’, ‘dirigente’, ‘dirigentes’, ‘gestor’ e ‘gestores’. No entanto, através das ferramentas de pesquisa jurisprudencial disponíveis dos sítios das respectivas Cortes, não se logrou êxito em encontrar jurisprudência dentro dos critérios propostos.

Por conta disso, as opções de palavras-chave foram ampliadas, passando a ser ‘administrador’, ‘conduta omissiva’, ‘omissiva’, ‘dirigente de empresa’, ‘responsabilidade penal’, ‘posição de diretor’, ‘posição de gestão’, ‘posição de garante’, ‘domínio’, ‘delegação de tarefas’, ‘ocupação de posição’ e ‘ocupação de cargo’, cuja ampliação permitiu a obtenção de resultados, consistentes em casos para análise.

²⁹² STJ, Súmula n. 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

²⁹³ STF, Súmula n. 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Os casos selecionados contribuíram para a verificação da perspectiva qualitativa do comportamento do Poder Judiciário, conforme se demonstrará nos próximos tópicos. Antes, contudo, é essencial destacar que não se buscou avaliar, quantitativamente, apenas qualitativamente, de modo que a análise dos casos postos se deu apenas quanto aos fundamentos utilizados para a conclusão do julgamento, razão pela qual não se realizou uma catalogação dos casos, porquanto a obtenção de dados quantitativos não se encontra dentro do escopo da pesquisa.

4.1 A responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes de omissão imprópria no Superior Tribunal de Justiça

O tratamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, dentro dos parâmetros traçados pela pesquisa, será observado a partir dos casos do Recurso Especial n. 1.854.893/SP, oriundo da Sexta Turma, cujo relator fora o Ministro Rogério Schietti Cruz; bem como do caso do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 200.187/PI, oriundo da Quinta Turma, cuja relatora fora a Ministra Daniela Teixeira.

No primeiro caso, a aderência à pesquisa se deu através das palavras-chave ‘domínio’ e ‘administrador’, cujo caso restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DOLO. ESSENCIALIDADE. DESCRIÇÃO DE CULPA EM SENTIDO ESTRITO. INCOMPATIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA ABSOLVER A RECORRENTE.

1. A teoria do domínio do fato funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo.

2. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

3. Na espécie, a acusada assumiu a propriedade da empresa de composição gráfica personalizada, em virtude do súbito falecimento de seu cônjuge. Movida pela pouca experiência para a condução da empresa, delegou as questões tributárias aos gerentes com conhecimento técnico especializado, bem como a empresas de consultoria. Tal constatação, longe de representar incursão no plano fático, é reconhecida, de modo incontroverso, pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela ação equivocada na contratação e na delegação da condução fiscal da empresa.

4. Diante desse quadro, não há como imputar-lhe o delito de sonegação de tributo com base, única e exclusivamente, na teoria do domínio do fato,

máxime porque não houve descrição de nenhuma circunstância que indique o nexo de causalidade, o qual não pode ser presumido.

5. O delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, exige, para sua configuração, que a conduta do agente seja dolosa, consistente na utilização de procedimentos (fraude) que violem de forma direta a lei ou o regulamento fiscal, com objetivo de favorecer a si ou terceiros, por meio da sonegação. Há uma diferença inquestionável entre aquele que não paga tributo por circunstâncias alheias à sua vontade de pagar (dificuldades financeiras, equívocos no preenchimento de guias etc.) e quem, dolosamente, sonega o tributo com a utilização de expedientes espúrios e motivado por interesses pessoais.

6. Na hipótese, o quadro fático descrito na imputação é mais indicativo de conduta negligente ou imprudente. A constatação disso é reforçada pela delegação das operações contábeis sem a necessária fiscalização, situação que não se coaduna com o dolo, mas se aproxima da culpa em sentido estrito, não prevista no tipo penal em questão.

7. Recurso especial provido para absolver a acusada.

Da análise do relatório e do voto do Ministro Relator, foi possível identificar que o caso tratava de imputação decorrente de crime previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990. De acordo com o relatório, a alegação defensiva era a de que a Corte local teria mantido a condenação da recorrente “apenas com base no papel de sócia que ocupava, isto é, com foco apenas em ‘fatores que são próprios à condição de sócio de qualquer empresa’”, além de “ter, em tese, ascendência sobre a máquina empresarial”.

No referido recurso especial, houve a delimitação da matéria pelo relator em dois pontos: *i.* a delimitação da responsabilidade penal e o nexo de causalidade; e *ii.* as figuras subjetivas do dolo e da culpa.

Quanto ao primeiro ponto, o Ministro Relator compreendeu que não se pode presumir a participação, sendo necessário, no plano fático, a existência de circunstância que vincule o dirigente empresarial à prática delituosa, afastando a responsabilidade pela mera ocupação de posição de gestão.

Sobre o segundo ponto, relatou que o magistrado de primeiro grau, que havia condenado a recorrente, teria se pautado no fato de que “a omissão ou imprudência na administração da empresa e na gestão tributária foi reforçada pela delegação das operações contábeis sem a necessidade de fiscalização”. A partir dessa configuração decisória, o Ministro Relator compreendeu que “não há nenhuma descrição dos elementos intelectivo e volitivo, mas, ao contrário, a narrativa apresentada denota, no máximo, a existência de negligência ou imprudência, compatíveis com a culpa” e, por não existir previsão de tipo culposo, concluiu pela atipicidade da conduta.

Vê-se, portanto, que houve, em primeira e segunda instância, a responsabilização penal tributária por conta de uma assunção de que a delegação operada pela recorrente não a desincumbiria da responsabilidade.

No segundo caso (AgRg no RHC n. 200.187/PI), a aderência à pesquisa se deu através das palavras-chave 'omissiva' e 'administrador' e 'posição de sócio', cujo caso restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELACOES DE CONSUMO. ART. 7º, VII, DA LEI Nº 8.137/90. RECURSO MINISTERIAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTAS COMISSIVAS OU OMISSIVAS INDIVIDUAIS. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA CONDIÇÃO DE SÓCIO- ADMINISTRADOR DA EMPRESA. VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado do Piauí contra decisão monocrática que deu provimento a recurso em habeas corpus para trancar a ação penal nº 0828359-14.2023.8.18.0140, reconhecendo a inépcia da denúncia por ausência de descrição de conduta específica atribuível ao agravado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

(i) Verificar se a denúncia preenche os requisitos do art. 41 1º do CPP P, contendo descrição suficiente de condutas comissivas ou omissivas que justifiquem a imputação penal ao agravado;

(ii) Avaliar se a atribuição de responsabilidade penal apenas com base na posição de sócio-administrador da empresa é admissível à luz do princípio do direito penal do fato.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O art. 41 do CPP exige que a denúncia contenha a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, descrevendo condutas comissivas ou omissivas específicas imputadas ao acusado, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

4. A mera condição de sócio-administrador não é suficiente para justificar a imputação de responsabilidade penal, pois o direito penal é orientado pelo princípio do fato, exigindo a demonstração de uma ação ou omissão que tenha contribuído para a prática delitiva (art. 13 do CP).

5. A denúncia apresentada não descreve condutas específicas praticadas pelo agravado, limitando-se a mencionar sua posição de sócio-administrador e a atribuir responsabilidade com base no "domínio da empresa", o que caracteriza responsabilidade penal objetiva, vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

6. Embora o inquérito policial possa conter indícios de condutas praticadas pelo acusado, é a denúncia que delimita a acusação e vincula o julgamento, sendo inaceitável suprir a ausência de descrição fática por meio de elementos constantes no caderno investigativo.

7. A ausência de descrição adequada na denúncia configura inépcia, impedindo o prosseguimento da ação penal, sem prejuízo de nova propositura de ação desde que suprida a irregularidade.

IV. DISPOSITIVO

8. Agravo regimental desprovido.

Em detida análise ao relatório e voto do caso, percebe-se que o Ministério Público interpôs o recurso de Agravo Regimental contra decisão monocrática da Ministra Relatoria, porquanto ela teria trancado a ação penal por inépcia da denúncia, vez que entendeu que não estavam preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP. Ao sustentar suas razões de recurso, cuja transcrição se encontra no próprio relatório da decisão, o Ministério Público assim arguiu:

verifica-se que, os requisitos formais e materiais do art. 41 do CPP foram preenchidos, uma vez que houve exposição de fato criminoso, com suas circunstâncias, o agravado foi qualificado, o crime classificado, bem como, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria defluem não apenas do fato de o agravado figurar como sócio no contrato social, mas também, de todo o contexto da fraude, a denúncia aponta o agravado como sócio-administrador, que, salvo cegueira deliberada, detinha o conhecimento da propaganda publicitária da principal atividade da sociedade empresária, cujo o alegado vínculo com a Caixa Econômica Federal constituiu em elemento central de atração dos consumidores. Tais circunstâncias são aptas a revelar, suficientemente, o nexo de causalidade, permitindo o pleno exercício de defesa quanto à acusação formal de veicular anúncios publicitários fraudulentos, induzindo o consumidor a erro, por afirmação falsa sobre a natureza e qualidade do serviço

Ao examinar o mérito do recurso, a Ministra Relatora consignou que

independentemente deste contexto e da dificuldade dele decorrente, é inegociável a obrigatoriedade da denúncia de descrever a conduta humana comissiva ou omissiva que possibilita a atribuição de responsabilidade ao agente, especificamente nestes casos ao dirigente da empresa.

No caso, trata-se de imputação por crime contra as relações de consumo, consistente em propaganda enganosa e tentou-se vincular o recorrido ao fato delituoso, por conta de ele ser “o responsável legal” da pessoa jurídica que veiculou a propaganda.

Afirmou a relatora que não basta a menção ao fato de o recorrido deter domínio da empresa ou poder de decisão, concluindo pelo trancamento do processo penal.

4.2 A responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes de omissão imprópria no Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, dois casos foram abarcados pela consulta, a partir de pesquisa com base nas palavras-chave “dirigente de empresa”, “posição de direção” e “responsabilidade penal”, um deles, inclusive, foi objeto do

informativo n. 397 de agosto de 2005. Trata-se do Habeas Corpus n. 83.554/PR, Segunda Turma, Ministro Relator Gilmar Mendes, Julgado em 16/08/2005; e Habeas Corpus n. 192.204/RS, Segunda Turma, Ministro Relator Gilmar Mendes, Julgado em 17/05/2022.

Especificamente quanto ao Habeas Corpus n. 83.554/PR, tem-se a seguinte ementa:

Habeas corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmática em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. Habeas Corpus concedido.

No caso em exame, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do injusto descrito no art. 54 da Lei n. 9.605/98, em que se incrimina a causação de poluição, porquanto ocupava a posição de Presidente da Petrobrás.

O Ministro Relator compreendeu pela carência de indicação, na denúncia, de em qual modalidade subjetiva a, em tese, conduta do paciente estaria subsumida, isto é, atestou não haver descrição de conduta dolosa ou culposa, além de não se demonstrar a relação de causalidade. Além disso, decisão chamou atenção para a necessidade de se separar os atos de uma pessoa jurídica dos comportamentos de seus dirigentes, além de destacar toda a cadeia organizacional que existe abaixo da presidência da empresa. Com essas premissas argumentativas, a ordem foi concedida para trancar o processo penal.

Quanto ao segundo caso selecionado (HC 192.204/RS), o julgado foi ementado da seguinte forma:

Habeas corpus. Trancamento de processo penal. Excepcionalidade reconhecida. 2. Denúncia oferecida contra o presidente de sociedade empresária causadora de dano ambiental apenas em razão da posição de direção. Inexistente, no caso concreto, qualquer narrativa fática que especifique conduta comissiva ou omissiva a ser enquadrada nos tipos penais indicados. Vedação à responsabilidade penal objetiva. Precedentes da Corte. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal.

Trata-se de imputação de delito ambiental com fundamento na ocupação da posição de direção, em que o paciente ocupava o cargo de Presidente de grande empresa do ramo alimentício, que teria provocado poluição ambiental. O Ministro Relator reproduziu a denúncia em seu voto e destacou alguns trechos, sendo pertinente transcrever o seguinte – embora se trate de feito público, serão preservados os nomes do paciente e da empresa:

Já em relação a [PACIENTE], Diretor-Presidente da [EMPRESA] (conforme constatado no Contrato Social da empresa, anexo), a autoria está igualmente demonstrada no conjunto probatório, uma vez que, embora o exato funcionamento da empresa possa ser determinado pelo diretor industrial, a atividade exercida ocorre no interesse comercial do representante da empresa, **o que, na ausência de comprovação, por parte destes, de expressa orientação no sentido de não exercício de atos ilegais (lançamento de efluentes no Saco da Mangueira e criação de depósito de cinzas e cascas de arroz), indica sua conivência com seu exercício quando se revelem economicamente rentáveis.** (Grifos no original)

Vê-se, portanto, que a imputação se pautou na ausência de expressa orientação para a abstenção de práticas ilegais, cujos destinatários seriam os agentes imediatos e os emissores deveria, na visão do Ministério Público, ser o dirigente denunciado. Imputou-se, desse modo, a omissão de orientação expressa como fonte de responsabilidade pelo resultado danoso.

Diante do caso, o Ministro Relator compreendeu pela inexistência de vínculo causal, isto é, de possibilidade de se imputar o resultado ao autor, como sendo reproduzido por obra dele, bem como argumentou pela inexistência de vínculo subjetivo do diretor para com o fato, de modo a se concluir pela impossibilidade da responsabilização nesse sentido, dado que revestida de odiosa responsabilidade penal objetiva. Ao final, o julgamento restou por trancar o processo penal.

Acontece, no entanto, que o caso em análise não foi julgado à unanimidade, visto que o Ministro Edson Fachin compreendeu pela existência de justa causa para o processamento do Diretor-Presidente, reputando como suficiente a imputação de omissão, na medida em que a acusação se pautou no fato de ele ser ocupante de alto cargo na administração da empresa, afirmando que ele não tomou providências para evitar a ocorrência dos resultados lesivos ao meio ambiente. Pode-se afirmar que a referida divergência destaca a existência de risco para o desenvolvimento da atividade empresarial.

4.3 Resultados parciais

A análise qualitativa de julgados selecionados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal revelou, embora não tivesse o condão de ser exaustiva, a importância da compreensão doutrinária acerca da matéria vertida nos casos julgados, tendo em vista que, mesmo sem integral correspondência, algumas categorias analisadas nos capítulos anteriores surgiram quando da avaliação da prática.

Isso porque, como visto, no Superior Tribunal de Justiça, os casos enfrentaram questões como a ocupação de uma posição, a posição de garantidor, a delegação de operações ou atribuições no contexto empresarial, o nexo entre a conduta omissiva e o resultado, a imputação subjetiva (dolo e culpa), a tentativa de introdução de conceitos estrangeiros para o sistema de justiça criminal brasileiro (arguição da cegueira deliberada).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, deve-se ter atenção para o fato de que a imputação, no segundo caso analisado, se pautou pela ausência de indicação expressa da necessidade do agir conforme pela alta cúpula da cadeia organizacional da empresa, além de ausência de nexo causal entre conduta omissiva e o resultado danoso, a inexistência de descrição do tipo subjetivo nos casos concretos, bem como a necessidade de se separar a figura da empresa das pessoas dos dirigentes.

Percebe-se, nesse caminho, que a prática do sistema de justiça criminal acaba por imputar os riscos penais-empresariais sem a devida atenção aos critérios de imputação traçados pela literatura penal, o que, em alguns casos, pode se configurar como tentativa de responsabilização puramente objetiva.

A acusação respaldada apenas na ocupação de uma posição, nesse sentido, acabou surgindo nos casos apresentados, situação que, há muito, já está superada até mesmo pelo direito penal clássico, como visto no primeiro capítulo. Além disso, como visto, o Supremo Tribunal Federal teve de lidar com caso em que a imputação se deu por conta de ausência de indicação expressa para os subordinados quanto à necessidade de agir em conformidade com a legislação penal.

Esse último ponto merece especial destaque, porque, a partir do conteúdo revisado, não é possível concluir pela obrigação geral e objetiva de controle do outro, o que, caso existisse no Direito Penal brasileiro, acabaria por inviabilizar o exercício

empresarial, especialmente nos contextos em que a delegação de tarefas é necessária para a exploração de mercado.

Não obstante, trata-se de risco evitável através da adoção de um sistema de compliance criminal, vez que, um dos pilares para a sua efetividade é, justamente, a necessidade de formal e expressa demonstração de conhecimento acerca da obrigatoriedade do agir conforme.

Como antecipado, a jurisdição dos Tribunais Superiores analisados demanda, salvo nas exceções de competência de foro por prerrogativa de função ou de revisão das próprias decisões, da análise pelas Cortes localizadas em patamares hierárquicos inferiores, ainda que se fale de *habeas corpus* impetrado originariamente nos Tribunais Superiores, visto que se demanda de uma decisão anterior para se impugnar o ato decisório na via do *writ*.

Desse modo, nos casos analisados, houve tramitação junto às instâncias inferiores, fato que acentua os riscos penais decorrentes da exploração da atividade econômico-empresarial e das formas delegadas de organização horizontal, o que impõe a tomada de certos cuidados para o pleno exercício da atividade.

Assim, a partir dos resultados parciais, verificou-se a necessidade de compreensão dos conceitos fornecidos pela literatura penal, dado que produzem impactos redutores de riscos no âmbito das Cortes Superiores brasileiras, os quais são, evidentemente, existentes no contexto penal-empresarial, especialmente nas instâncias de 1º e 2º grau de jurisdição.

5 CONCLUSÃO

A presente investigação se propôs a investigar os complexos "critérios de imputação de crimes omissivos impróprios a dirigentes empresariais", realizando uma análise abrangente tanto da doutrina quanto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). O problema central que norteou a pesquisa foi formulado da seguinte forma: "como e em quais hipóteses o dirigente empresarial poderá ser penalmente responsabilizado por delitos cometidos por seus subordinados a título de omissão imprópria?".

Inicialmente, a hipótese, fundamentada em referenciais teóricos preliminares, apontava para falta de clareza e segurança jurídica quanto à responsabilidade penal de dirigentes de empresas. Essa lacuna decorreria da insuficiente exploração

dogmática dos critérios de atribuição de responsabilidade por omissão imprópria em um contexto empresarial cada vez mais complexo e hierarquizado, o que, por sua vez, flexibilizava as regras de imputação e gerava incerteza para a atividade empreendedora.

Os objetivos específicos delineados para o estudo foram: a) analisar o tratamento doutrinário sobre os critérios de imputação no âmbito dos crimes omissivos impróprios; b) compreender as situações em que os dirigentes de empresas poderão ser responsabilizados criminalmente; e c) sinalizar a postura adotada pelos Tribunais Superiores acerca da temática, visando contribuir para a redução de crises penais no ambiente empresarial.

No primeiro capítulo, a pesquisa empreendeu uma jornada histórica e conceitual pelas teorias da ação, desde a causal-naturalista até as concepções normativas funcionalistas. Evidenciou-se que a omissão imprópria, ou "comissão por omissão", distingue-se da omissão própria por equiparar um "deixar de fazer" à produção de um resultado típico que a lei descreve como crime de ação, demandando uma especial "posição de garantidor", enquanto fundamento dessa repressão.

A complexidade da imputação por omissão imprópria foi destacada pela diversidade de fundamentos teóricos para o que se chama de "posição ou o dever de garante". Nesse caminho, foram abordadas as teorias do dever formal (lei, contrato, ingerência) e as construções materiais que buscam na essência e relevância da proteção do bem jurídico a justificação para o dever de agir. Teorias como as de Kaufmann (relações de proteção e controle de fontes de perigo), Herzberg (evitabilidade do resultado) e Jakobs (deveres organizacionais e institucionais) se situaram como objeto de exploração, ressaltando-se o consenso de que a imputação se dá quando o omitente ocupa uma posição especial que o obriga a agir para evitar o resultado.

Por esse caminho, a discussão sobre a imputação subjetiva nos crimes de omissão imprópria demonstrou a controvérsia em torno da identidade ou não do dolo com as estruturas comissivas. Assim, o estudo apontou que o dolo, nesse contexto, orienta-se pela decisão sobre a inação, acompanhada da consciência de que o sujeito poderia e deveria agir para evitar o resultado. Ainda que superficialmente, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente foi examinada, enfatizando a importância do componente volitivo e cognitivo, especialmente em estruturas empresariais

complexas onde a fragmentação da informação pode impactar a caracterização da conduta dolosa.

No segundo capítulo, aprofundou-se a omissão imprópria como inserida no cenário empresarial, concebendo a empresa como uma "fonte de perigo" e os dirigentes como seus garantidores, oportunidade em que a investigação partiu para análise da empresa como fonte de perigo e sobre a responsabilidade por condutas de subordinados, especialmente quando há hipótese de delegação de atribuições/tarefas, em cujos casos se dialoga com o dever de controle/vigilância.

Verificou-se, dessa forma, que a ideia de que a responsabilidade decorreria tão apenas da ocupação de posição ou do poder de dar ordens para o subordinado foi debatida, argumentando-se que essa abordagem poderia levar a uma responsabilidade penal objetiva, incompatível com um direito penal baseado na culpa individual e inadequada para as complexas estruturas empresariais modernas, onde a autonomia do empregado é um fator que deve ser considerado.

Foi possível perceber que a empresa, ao criar riscos inerentes à sua atividade econômica, impõe aos dirigentes o dever de vigilância e contenção desses riscos dentro de certos limites, evitando-se que se concretizem em danos penalmente relevantes, conforme a necessidade de evitar a expansão do risco para além do risco permitido, situação que gera um dever de contenção do risco.

Também se avaliou a delegação de tarefas, assumida como um mecanismo essencial para a operacionalidade das empresas, a qual gera uma nova posição de garantidor para o delegado e uma exonerado "parcial" do delegante. Sublinhou-se que o delegante, embora se desincumba de atividades executórias diretas, retém deveres cruciais de eleição adequada, instrumentalização, vigilância regular e intervenção diante de sinais de irregularidade, aplicando-se o princípio da confiança, com suas devidas limitações em estruturas verticais.

Nesse contexto, a estruturação de um programa de compliance criminal efetivo emergiu como uma ferramenta fundamental para a prevenção de riscos penais e a formalização das expectativas de conformidade. Os pilares de um programa eficaz, como a análise de riscos, o comprometimento da alta cúpula, a elaboração de documentos escritos, a realização de treinamentos, a nomeação de um responsável pelo compliance, os canais de denúncia, a proteção aos *whistleblowers*, as investigações internas e os procedimentos sancionatórios, foram detalhados.

Desse modo, a importância do compliance reside não apenas na detecção e responsabilização de transgressores, mas na promoção de uma cultura de conformidade que mitiga os riscos antecipadamente (*ex ante*), contribuindo para a segurança jurídica dos dirigentes, cujo programa deve ser apoiado pela alta cúpula (*tone at the top*) e ser construído de forma adaptada à realidade de cada empresa, bem como ser objeto de monitoramento contínuo, além de se estabelecer canais de denúncias livres de influências.

No terceiro capítulo, procedeu-se à análise empírica de casos práticos selecionados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de uma pesquisa qualitativa de julgados relevantes para a investigação. Dessa forma, no STJ, os casos (REsp n. 1.854.893/SP e AgRg no RHC n. 200.187/PI) evidenciaram a rejeição da responsabilização penal baseada unicamente na posição de gestor, demandando a descrição de conduta individual e nexo causal, além de se ater à exigência do dolo, afastando a culpa em tipos que não a preveem.

Da mesma forma, no STF, os julgados (HC n. 83.554/PR e HC n. 192.204/RS) reforçaram a necessidade de diferenciar os atos da pessoa jurídica dos comportamentos dos dirigentes e a inadmissibilidade da responsabilidade penal objetiva. Ambos os Tribunais sinalizaram a exigência de uma descrição clara da conduta omissiva ou comissiva individual, bem como do elemento subjetivo, para imputar responsabilidade penal a dirigentes empresariais.

Os resultados parciais da análise jurisprudencial confirmaram que, embora a literatura repute o tema como complexo, os Tribunais Superiores tendem a adotar uma postura que busca a imputação individualizada, repelindo a mera responsabilização por posição. Verificou-se, também, que a ausência de indicação expressa de conduta dolosa ou culposa, bem como de nexo causal, tem sido motivo para o trancamento de ações penais, demonstrando a inobservância, em instâncias inferiores, dos critérios de imputação traçados pela literatura penal – cuja conclusão demanda pesquisa jurisprudencial mais robusta e que não foi o escopo deste trabalho.

Essa discrepância entre a teoria e a prática nas fases iniciais do processo penal corrobora a hipótese de falta de clareza e segurança jurídica. Então, a pesquisa revelou que a acusação baseada apenas na ocupação de um cargo, sem a devida vinculação entre a conduta omissiva do dirigente e o resultado, persiste como um desafio prático que pode levar à inviabilidade do exercício empresarial e a indevidas

persecuções penais, de modo que maiores cuidados devem ser assumidos pelos atores do sistema de justiça criminal.

Assim, tem-se que a presente dissertação atingiu seu objetivo geral de contribuir com uma orientação descritiva do risco penal-empresarial, bem como demonstrou que a compreensão aprofundada dos critérios dogmáticos da omissão imprópria, em especial a "posição de garantidor" e seus fundamentos, é crucial para a tomada de decisões com maior grau de segurança jurídica. Ainda, a análise dos casos dos Tribunais Superiores possibilitou evidenciar a importância de que o processo de imputação exija a conduta individual, separada da coletiva, e o elemento subjetivo descritos de forma a se distanciar da responsabilidade objetiva.

Pode-se dizer que a pesquisa também confirmou a hipótese inicial, porquanto a incerteza decorrente da flexibilização dos critérios de imputação no contexto penal-empresarial é real e tangível, sendo manifestada na prática judiciária, especialmente em instâncias de primeiro e segundo grau. Como visto, no entanto, a análise teórica e jurisprudencial oferece caminhos para mitigar essa incerteza.

Finalmente, a adoção de programas de compliance criminal efetivos se apresenta como uma solução preventiva robusta, visto que tais programas, ao formalizarem deveres, canais de comunicação e mecanismos de controle, não só reduzem a probabilidade de ocorrência de ilícitos, mas também podem fornecer elementos de defesa sólidos para os dirigentes, delineando claramente as esferas de responsabilidade e as expectativas de conformidade.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini (org.). *Compliance e direito penal econômico*. São Paulo: Almedina, 2019.

BECK, Francis Rafael; VECCHIO, Fabrizio von. *A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena*. In Revista Ibérica do Direito – RID. Vol. 3. Número 1. Porto, Portugal. Jan/Jun, 2022.

BELING, Ernst von. *Esquema de direito penal: a teoria do delito-tipo*. Campinas: Servanda Editora, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 200.187/PI*. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. 5ª Turma. Julgado em 12 fev. 2025. Diário da Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), Brasília, DF, 17 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.854.893/SP*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Julgado em 8 set. 2020. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília, DF, 14 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 192.204*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em 17 maio 2022. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), Brasília, DF, n. 184, divulgado em 14 set. 2022, publicado em 15 set. 2022. Processo eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 83.554*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgado em 16 ago. 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 out. 2005, p. 60. Ementa publicada na RTJ, v. 209, n. 1, p. 186; e na LEXSTF, v. 27, n. 324, p. 368-383, 2005.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal*. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal/>. Acesso em: 19 de jul. de 2025.

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*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

HASSEMER, Winfried. *Prefácio*, 2011, in TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*, org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6.ed., 2. tir. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2015.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal: Dois estudos de Günther Jakobs*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2 ed. Marcial Pons: Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*, vol. 1. Instituto Pacífico, 2014.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão. Tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUZ, Ilana Martins. *Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz*. In *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino [ORGs.] – Belo Horizonte: Editora D`Plácido, 2018.

LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: introdução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTÍN, Adán Nieto (org.). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidad penal de persona jurídica*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Nieto Martín, Adan. *Compliance programs: una visión panorámica*. Revista Científica Do CPJM, 1(03), 1–23. 2022. Disponível em:
<https://rcpj.munuvens.com.br/revista/article/view/58>. Acesso em: 05 de set. de 2025.

ORDEIG, Enrique Gimbert. *Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, v. 54, n. 1, p. 5-26, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Traducción Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: José Luis Depalma, 2000.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da omissão imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023.

SÁNCHEZ, Cristóbal Izquierdo. *Comisión por Omisión: Algunas consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante*. Rev. chil. derecho, Santiago, v. 33, n. 2, p. 329-343, agosto 2006. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000200007&lng=es&nrm=iso. Acesso em 05 de set. de 2025.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: O Euros Editores S. R. L., 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (et al.). *Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ANEXO I

PROJETO DE LEI N° _____, DE 2025

Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a fim de instituir novas regras sobre os critérios de oferecimento e recebimento de denúncia para agentes delegantes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei n. nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a fim de instituir novas regras sobre os critérios de oferecimento e recebimento de denúncia para agentes delegantes.

Art. 2º O Decreto-Lei n. nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 41. [...]

Parágrafo único. Em crimes que envolvam imputação na forma do art. 13, §2º, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a denúncia ou queixa deverá indicar as circunstâncias fáticas que superem a mera qualidade da pessoa ou da ocupação de cargo ou posição hierárquica.

Art. 395. [...]

Parágrafo único. Considera-se inepta, na forma do inciso I, a denúncia que deixar de observar o disposto no parágrafo único do art. 41 deste Código.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Esta proposta de lei tem por objetivo o aprimoramento da legislação processual penal brasileira, com foco na garantia de princípios fundamentais, especialmente quanto à necessidade de se garantir que nenhum cidadão será processado objetivamente, sem a observância dos critérios dogmáticos, especialmente nos casos de crimes omissivos impróprios. A proposta surge da necessidade de combater a imputação de responsabilidade penal baseada meramente na ocupação de uma posição ou cargo, sem a devida individualização da conduta.

Isso porque, como se sabe, desde as teorias da ação até as concepções funcionalistas, a literatura penal comprehende que a imputação de um crime por omissão imprópria exige a configuração de uma especial "posição de garante" e a prova de uma conduta omissiva individualizada, um nexo causal e um elemento subjetivo (dolo ou culpa). Nesse sentido, a mera inatividade, por si só, não configura o delito, sendo fundamental a violação de um dever específico de agir para impedir o resultado, conforme o art. 13, § 2º, do Código Penal.

No entanto, verifica-se que no âmbito dos Tribunais Pátrios, casos concretos têm reiteradamente chegado às Cortes Superiores, em hipóteses de odiosa responsabilidade penal objetiva, ou seja, denúncias estão sendo oferecidas e recebidas com base, tão somente, na ocupação de uma posição de hierarquia, especialmente no contexto empresarial.

Portanto, para se afastar a presunção de participação, calcada em juízos objetivos, é exigível que a denúncia descreva a conduta humana omissiva a partir de critérios que possibilitem a atribuição de responsabilidade ao agente, observando o princípio da responsabilidade penal pessoal, o direito penal do fato e da culpabilidade pelo fato e não pela mera ocupação de posição ou qualidade da pessoa.

Então, o presente Projeto de Lei visa reduzir a insegurança jurídica sobre o assunto, remediando a situação para estabelecer critérios objetivos para a descrição da conduta em denúncias, dando maior segurança aos dirigentes empresariais que exploram, licitamente, o mercado, sem prejuízo da necessária responsabilização daqueles que, de fato, incorrem em condutas criminosas, a fim de que o nosso sistema de justiça criminal não desestimule o empreendedorismo e a inovação, ao mesmo tempo em que garante a punição de ilícitos de forma proporcional e fundamentada.

Conto com o apoio de Vossas Excelências para a aprovação deste importante Projeto de Lei.

Sala de sessões, em ____ de _____ de 2025

NOME DO PARLAMENTAR