

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL (UNINTER)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)
MESTRADO EM DIREITO**

CAMILA SALDANHA MARTINS

**A RESPONSABILIDADE OMISSIVA NOS CRIMES EMPRESARIAIS E O USO DA
POSIÇÃO DE GARANTE PARA CRIAÇÃO DO INIMIGO**

**CURITIBA
2020**

CAMILA SALDANHA MARTINS

**A RESPONSABILIDADE OMISSIVA NOS CRIMES EMPRESARIAIS E O USO DA
POSIÇÃO DE GARANTE PARA CRIAÇÃO DO INIMIGO**

Dissertação apresentada como requisito final à
obtenção do título de Mestre, pelo Centro
Universitário Internacional (UNINTER).

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

**CURITIBA
2020**

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
SISTEMA INTEGRADO DE BIBLIOTECAS UNINTER**

M386r Martins, Camila Saldanha

A responsabilidade omissiva nos crimes empresariais e o uso da posição de garante para criação do inimigo / Camila Saldanha Martins. – Curitiba: Intersaberes, 2020.
125 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito Penal – Brasil. 2. Responsabilidade penal. 3. Crime por omissão. 4. Poder judiciário. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

CAMILA SALDANHA MARTINS

**A RESPONSABILIDADE OMISSIVA NOS CRIMES EMPRESARIAIS E O USO DA
POSIÇÃO DE GARANTE PARA CRIAÇÃO DO INIMIGO**

Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2020.

*"When contemplated in its extreme,
almost any power looks dangerous"*
GINSBURG, Ruth Bader
US Supreme Court Justice

Dedico este trabalho à pessoa sem a qual
eu não teria chegado até aqui:
Minha mãe. Obrigada!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Rui Carlo Dissenha, por aceitar essa orientação, por todas as cuidadosas correções e precisos apontamentos que só enriqueceram minha pesquisa. Eu desejo que, durante minha vida acadêmica, possa exercer o ofício da orientação de forma tão magistral quanto o Professor Rui. Desejo, ainda, que todos os futuros Mestres que possam ter um orientador tão atencioso como eu tive a felicidade de encontrar.

Ao Centro Universitário Internacional (Uninter) e ao Professor Doutor Daniel Ferreira, pela bolsa integral concedida, que me possibilitou a oportunidade de cursar o Mestrado e pela brilhante condução deste Programa de Pós-Graduação. Agradeço também a todos os professores que participaram da minha obtenção deste título, em especial às Professoras Doutoras Andreza Cristina Baggio e Estefânia Maria de Queiroz Barbosa. O mundo precisa de mais mulheres pesquisadoras como vocês.

Aos meus pais Gilda, Vinicius, Christiane e Waldir, por me amarem e me apoiarem incondicionalmente e sempre acreditarem em todo o meu potencial, me incentivando a buscar o melhor que eu posso ser. Agradeço, também, a meus sogros Gilana e Antonio, por todo o cuidado e carinho que sempre tiveram comigo.

Aos meus melhores amigos e sócios Juliana Bertholdi e Jonas Freitas, por me apoiarem nessa jornada maluca e por segurarem as pontas tantas vezes em que me ausentei para me dedicar ao Mestrado e à dissertação. Nada disso seria possível sem vocês ao meu lado. Obrigada, do fundo do meu coração!

Não é possível concluir um Mestrado sem formar grandes amigos. Na minha jornada, eu conheci não só colegas, mas queridos amigos que levarei para toda a vida e que espero que continuem os estudos de Pós-Graduação, pois detêm um grande potencial. À Anna Paula, Amanda, Ana Paula, Jessica, Genilma, João Felipe, Maria Fernanda e Wilian, pelos dois anos que passamos juntos e por todas as vezes que vocês tornaram o Mestrado mais leve. Agradeço, especialmente, à querida amiga Maria Eduarda Gropp, que apesar de longe, sempre se fez tão presente em todos os momentos de alegria e desespero.

No entanto, de todos os agradecimentos, um merece uma especial atenção. Grandiosa responsabilidade por esse título atribuo a Antonio Osmar Krelling Neto, meu melhor amigo, meu noivo e futuro marido. Não só por toda a paciência nos momentos de estresse em que fui rabugenta, ou por amar e me apoiar durante todo

o trajeto dessa pesquisa e todas as minhas loucuras acadêmicas ao longo desses cinco anos de relacionamento. Agradeço por todas as vezes que cuidou da nossa casa e da nossa família enquanto me ausentei e por todo o cuidado e preocupação que sempre dedicou a mim. Mas principalmente, agradeço por nunca ter desistido de me fazer sorrir, por celebrar minhas conquistas como se fossem suas e por todo o orgulho que sente de mim.

Entre todos os loucos do mundo, eu escolheria você mil vezes. Obrigada.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
1 O COMPORTAMENTO HUMANO COMO FUNDAMENTO DA TEORIA DO CRIME.....	15
1.1 O DIREITO PENAL CLÁSSICO, A CRIAÇÃO DA TEORIA CAUSAL E A SUPERAÇÃO DO FINALISMO DE WELZEL.....	16
1.2 AS TEÓRIAS SOCIAIS DA AÇÃO E A ASCENSÃO DO FUNCIONALISMO: DA POLÍTICA CRIMINAL DE ROXIN AO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS....	27
2 OS PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS DA OMISSÃO NO BRASIL.....	34
2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À OMISSÃO PENAL NO BRASIL.....	34
2.2 A POSIÇÃO DE GARANTE.....	42
2.3 A RESPONSABILIDADE OMISSIVA NA ESTRUTURA EMPRESARIAL.....	50
2.4 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DENTRO DA EMPRESA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DOLO DO AGENTE.....	55
3 APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA OMISSIVA NA JURISPRUDÊNCIA.....	65
3.1 O PONTO DE PARTIDA: DO DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR À AÇÃO PENAL Nº. 470.....	66
3.2 OS CRITÉRIOS DE PESQUISA UTILIZADOS.....	72
3.3 A RESPONSABILIZAÇÃO OMISSIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	74
3.4 A RESPONSABILIZAÇÃO OMISSIVA NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO.....	79
4 A CRIAÇÃO DO INIMIGO PENAL E A FIGURA DO GARANTE.....	85
4.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	88
4.2 INTERSECÇÃO DOS CONCEITOS: A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO NA JURISPRUDÊNCIA E O USO DA RESPONSABILIDADE OMISSIVA.....	94
4.2.1 A política criminal expansionista e a influência do discurso midiático nos julgamentos criminais: a criação do inimigo contemporâneo.....	94
4.2.2 O novo inimigo: o garantidor na sociedade empresária.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

LISTAS DE SIGLAS

ACR	- Apelação Criminal
ARE	- Agravo em Recurso Extraordinário
AgIn	- Agravo Interno
AgRg	- Agravo Regimental
HC	- Habeas Corpus
RE	- Recurso Extraordinário
REsp	- Recurso Especial
RHC	- Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STF	- Supremo Tribunal Federal
TRF4	- Tribunal Regional Federal da 4ª Região

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a problemática da responsabilização penal omissiva no contexto empresarial, a partir da colocação do sócio ou representante da empresa na posição de garante. Seu problema principal lastreia-se no uso dessa modalidade de forma ampliada pela jurisprudência pátria, sem critérios dogmáticos claros. Para isso, a pesquisa tem como marco o julgamento da ação penal nº. 470, conhecida como “Mensalão”, oportunidade em que tal modalidade de imputação passou a se destacar no cenário jurisprudencial brasileiro, tornando-se, inclusive, um importante julgamento de base para outras decisões judiciais abordando o tema, até os recentes julgados envolvendo a operação “Lava-Jato”. Assim, com base nessa problemática apresentada, a pesquisa pretende analisar se essa tendência de escolha do garante para justificar uma imputação penal desapegada dos rígidos critérios dogmáticos teria relação com a criação de um inimigo penal contemporâneo, o empresário; pautando-se na teoria funcionalista de Jakobs e quais seriam as consequências desse uso ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: responsabilidade omissiva, omissão imprópria, poder judiciário, direito penal do inimigo, posição de garante.

ABSTRACT

This work aims to address the issue of omissive criminal liability in the business context, from the placement of the partner or representative of the company in the position of guarantor. Its main problem is based on the use of this modality in an expansive way by the domestic jurisprudence, without clear dogmatic criteria. For this, the research has as a landmark the judgment of criminal action 470, known as “Mensalão”, an opportunity in which this type of imputation came to stand out in the Brazilian jurisprudential scenario, even becoming an important precedent for other judicial decisions addressing the issue, until the recent judgments involving the “Lava-Jato” operation. Thus, based on this problematic presented, the research intends to analyze if this tendency to choose the guarantor to justify a criminal detachment detached from the rigid dogmatic criteria would be related to the creation of a contemporary criminal enemy, the businessman; based on Jakobs' functionalist theory and what the consequences of this use would be for the Democratic Rule of Law.

Keywords: omissive responsibility, improper omission, judicial power, enemy's criminal law, position of guarantor.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a problemática da responsabilização penal omissiva no contexto empresarial, a partir da colocação do sócio ou representante da empresa na posição de garante. Seu problema lastreia-se no uso dessa modalidade de forma ampliativa pela jurisprudência pátria, sem critérios dogmáticos claros. Nessa senda, o que se pretende discutir aqui é a sensação já descrita por Enrique Gimbernat Ordeig, quando afirmou que a disciplina dos crimes omissivos está atualmente na linha do defendido em 1933 por Mezger no Nazismo, no sentido de que “seriam uma mancha de azeite, a qual vai se alastrando”¹ ao longo do tempo.

Para isso, a pesquisa tem como marco o julgamento da ação penal nº. 470, conhecida como “Mensalão”, oportunidade em que tal modalidade de imputação passou a se destacar no cenário jurisprudencial brasileiro, tornando-se, inclusive, um importante julgado de base para outras decisões judiciais abordando o tema, até os recentes julgados envolvendo a operação “Lava-Jato”.

Com base nessa problemática apresentada, a pesquisa pretende analisar se essa tendência de escolha do garante para justificar uma imputação penal desapegada dos rígidos critérios dogmáticos teria relação com a criação de um inimigo penal contemporâneo, o empresário; pautando-se na teoria funcionalista de Jakobs.

O método adotado no presente trabalho foi o indutivo, fundado basicamente em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Para adentrar no tema da omissão, foi necessário abordar, primeiramente, os aspectos gerais do comportamento humano como fundamento da teoria do crime, posto que a conduta é elemento central no estudo do Direito Penal. Portanto, o primeiro capítulo tratará das diferentes teorias que analisam a ação e omissão no Direito Penal, da teoria causalista à teoria funcionalista.

Ainda nesse capítulo, será dada ênfase especialmente à teoria finalista da ação, adotada pelo Código Penal de 1940, para posteriormente ser possível levantar o debate sobre o uso de critérios funcionalistas em uma legislação essencialmente

¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *La omisión impropia em la dogmática penal alemana*. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, año V, nº. 9, 1999, p. 313.

finalista. Deste modo, também serão apontadas as principais correntes do funcionalismo penal, destacando-se o estudo do funcionalismo teleológico de Roxin e o funcionalismo sistêmico de Jakobs.

O segundo capítulo da presente dissertação está pautado no estudo dos pressupostos dogmáticos da conduta omissiva no Brasil, lastreando-se na premissa da capacidade de ação do sujeito e no critério de evitabilidade do resultado danoso. Ainda nesse ponto, será necessário diferenciar a omissão própria da omissão imprópria, objeto específico do estudo.

Como consequência do estudo da omissão imprópria, o capítulo ainda será dedicado à análise da posição de garante no ordenamento jurídico brasileiro, pautando-se, para tanto, nos critérios legais trazidos pelo Código Penal, ou seja: o garantidor legal, por assunção e, por fim, o garantidor por ingerência – este, portanto, eixo central no estudo temático.

Esse exame é indispensável à presente pesquisa, diante do atual cenário do direito penal empresarial. Nele, a figura do garantidor por ingerência está materializada no responsável pela empresa, tornando-se necessário compreender como se dá a responsabilização penal omissiva desse sujeito, visto que, embora não assuma uma postura ativa em muitos momentos da atividade empresarial, sua omissão acaba sendo relevante à análise do direito penal, por violar bens jurídicos penalmente relevantes.

É a partir desse ponto que se pretende demonstrar a problemática encontrada na responsabilização penal desse sujeito, haja vista a imputação realizada mesmo em casos em que o garante não possui capacidade de agir, o que demonstra essa visão funcionalista e normatizada que paira sobre nosso direito penal de cunho essencialmente finalista, sob uma justificativa de combate à criminalidade.

Nesse viés, o terceiro capítulo do trabalho visa apresentar a realidade dos julgamentos envolvendo a posição de garante no Poder Judiciário brasileiro. Para isso, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no âmbito de três tribunais pátrios: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pautando-se em critérios de busca por palavras-chave que serão descritos em momento oportuno da pesquisa. Foram localizadas, no total, 116 decisões que versam sobre o tema, no contexto dos crimes econômicos-empresariais. Essa pesquisa, conforme será apresentado, serviu para conclusão do último capítulo

do trabalho: o uso da responsabilização omissiva e sua relação com as características do Direito Penal do inimigo, proposta doutrinária do professor alemão Günther Jakobs.

Deste modo, o quarto e último capítulo dessa dissertação pretende mostrar a aproximação entre esses conceitos, a partir do uso de critérios políticos e normatizados da omissão pelos tribunais pátrios. Para mostrar essa íntima relação, é necessário retomar aos conceitos iniciais apresentados sobre a teoria de Jakobs, direcionando agora ao ápice de seu funcionalismo sistêmico: o direito penal do inimigo.

Pretende-se, ainda, mostrar a reconstrução desse inimigo penal, agora no cenário contemporâneo. Isso porque, esse cenário é marcado por uma política penal expansionista e pela influência da mídia, como justificativa em uma suposta preservação da segurança social, refletindo no uso de critérios dogmáticos distorcidos, a exemplo da posição de garante à frente dessa nova figura do inimigo.

Por fim, a presente pesquisa tratará das consequências da justaposição entre essas premissas ao Estado Democrático de Direito, culminando em um direito penal de exceção, pautado no uso de critérios do direito penal do autor e no direito penal simbólico.

1 O COMPORTAMENTO HUMANO COMO FUNDAMENTO DA TEORIA DO CRIME

A teoria do delito como estudo do crime praticado requer necessariamente a existência de uma conduta humana, seja ela praticada por meio de uma ação ou de uma omissão. Necessário, nessa medida, que os comportamentos praticados tenham sido previamente disciplinados pelo legislador penal como dignos de repressão punitiva, elencando-os como tipos penais. Trata-se do corolário princípio da estrita legalidade penal², pois a imposição de normas penais incriminadoras ou mandamentais são consignadas à pré-existência de uma conduta humana³.

Nesse contexto, a conduta humana se perfaz como o primeiro dos elementos constitutivos do crime, pois somente ela é passível de ser objeto de valoração do Direito Penal⁴. Partindo de sua análise, são desenvolvidos os conceitos penais como a tipicidade e os injustos dolosos ou culposos, assim como a relação da imputação penal.

Destarte, a conduta é a base estrutural de toda a ciência penal⁵, especialmente se fundada na visão finalista. No entanto, a compreensão acerca das teorias da ação é necessária não apenas do ponto de vista dos elementos da teoria do crime, mas para todo o direito penal, independente da linha que se adote.

Por isso, para o presente trabalho, sua análise é indispensável, uma vez que a compreensão da dogmática envolvendo a omissão passa necessariamente pelo conceito de ação e pela influência das teorias penais na formação das premissas que fundamentam o Direito Penal contemporâneo. Assim, será apresentada a evolução da dogmática penal ao longo dos anos, que se relaciona intimamente com o desenvolvimento das teorias causal, finalista, neokantiana, social da ação e funcionalista. Não obstante a opção legislativa do Código Penal pela teoria finalista,

² Princípio da legalidade é o que fundamenta e legitima o direito penal, servindo como limites negativo e positivo de ao *jus puniendi*, pois lhe determina critérios que têm por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao mesmo passo que o limita. In: BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade e interpretação do direito penal**. Florianópolis: Revista Sequência, nº. 68, p. 59-89, 2014, p. 76.

Está previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e também no artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

³ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

⁴ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Boch, 1984, p. 256.

⁵ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Luiz Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 10.

todas serão abordadas no presente capítulo, a fim de possibilitar uma compreensão integral.

1.1 O DIREITO PENAL CLÁSSICO, A CRIAÇÃO DA TEORIA CAUSAL E A SUPERAÇÃO PELO FINALISMO DE WELZEL

A história da teoria das condutas humanas se confunde em grande medida com a história da construção do conceito de delito. Enquanto na antiguidade o delito era visto como uma transgressão da ordem natural das coisas, no feudalismo da Idade Média regido sob uma perspectiva teleológica, o crime era compreendido como um atentado contra determinada divindade, de modo que a pena servia como castigo do mal feito, a fim de expiar a culpa⁶. Essa concepção se manteve durante o período do absolutismo, pois o rei era tido como representante da figura divina.

Foi apenas com o período Iluminista que se deu a mudança do conceito de delito, passando para uma noção antropológica fundamentada⁷. O iluminismo, produto do embate entre racionalismo cartesiano e o empirismo inglês encontrou nas teorias do contrato social de Locke e Rousseau o subsídio necessário para defender a secularização do Direito, afastando-o das noções de moral e religião⁸. Percebe-se, nesse contexto, que as escolas penais são responsáveis pelos movimentos humanitários do Século XVIII, no sentido de que o homem deveria conhecer a justiça, garantindo-lhes favorecer os bens jurídicos individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas⁹. No mesmo período, também proliferou a ideia científica acerca da matéria criminal, compreendendo que ao Direito é preciso compreender o homem. Essas ideologias transformaram e influenciaram a evolução da dogmática penal, não só no que concerne à finalidade das penas, mas especialmente no âmbito da teoria do delito¹⁰. Desse modo, o delito inicia sua busca por um sentido material.

⁶ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 23.

⁷ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 24.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28.

¹⁰ RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LAZARI, Rafael Nadim de. Sistema penal funcionalista e o direito penal do inimigo. Porto Alegre: **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Volume XII. Número 1, p. 379-398, 2017, p. 380.

É a partir desse pensamento e da influência de Beccaria que surge a Escola Jurídica Italiana ou Escola Clássica Criminal, que apresentou seus postulados no sentido de que crime será toda infração à lei penal proclamada contrariamente à segurança social, resultante de ato externo do homem, moralmente imputável e politicamente danoso¹¹. Há a separação entre delito e pecado, cabendo os teólogos a tarefa de separar a bondade da maldade e ao legislador a análise do crime, conforme o bem ou o mal que cause à sociedade¹². No entanto, ainda se trata de um Direito Penal medieval.

A Escola Positiva, por sua vez, desenvolveu-se posteriormente, sustentando a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e os do Estado. Portanto, o surgimento do estudo do delito coincide com o aparecimento do Estado de Direito. Nesse momento, os esforços da filosofia política e dos estudiosos está voltado à limitação da atividade do legislador por meio de um conceito pré-jurídico de crime, capaz de impor às leis penais padrões de racionalidade¹³ e legalidade, não mais admitindo que fossem relacionadas ao pecado e impostas ao bel prazer do soberano.

É um sistema que visava a sobreposição da ciência à religião, defendendo a identidade entre ciência e conhecimento, restringindo o mundo da ciência aos fatos e as leis a ele relacionadas, com uma visão empírica do conhecimento, de modo que apenas os conceitos originados da experiência e perceptíveis aos sentidos eram considerados científicos¹⁴. A demonstração de validade científica, na época, consistia na repetição, por inúmeras vezes de um mesmo ato. A partir disso, obtendo uma comunhão de resultados, extraia-se uma norma de validade geral¹⁵.

Nesse sentido, o objetivo do positivismo é o tratamento do crime como algo que é, ausente de valorações transcendentais e separado da ideia de política criminal¹⁶. É nesse contexto que surge a teoria causal-naturalista, desprovida de considerações

¹¹ RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LAZARI, Rafael Nadim de. Sistema penal funcionalista e o direito penal do inimigo. Porto Alegre: **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Volume XII. Número 1, p. 379-398, 2017, p. 381.

¹² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003, p. 18.

¹³ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 26.

¹⁴ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 34.

¹⁵ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

¹⁶ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

valorativas e a primeira que passa a cuidar isoladamente da conduta humana como elemento do crime.

Trata-se de uma corrente doutrinária que regeu a doutrina penal por influência do positivismo naturalista, no final do Século XIX e início do Século XX. Desenvolvida por Franz Von Litz e Ernst Von Beling, suas concepções são derivadas de estruturas e causas naturais¹⁷ e a ação é tratada de uma maneira bipartida, com um processo causal externo de um lado, chamado de objetivo, e um conteúdo de vontade de outro, denominado subjetivo¹⁸.

Segundo Beling, a ação se configura como uma manifestação corporal externa, objetiva, uma inervação muscular, dotada de voluntariedade¹⁹ e produzida pelo domínio sobre o corpo. Ação é a transfiguração do mundo externo causado pelo agir humano, ou seja, mero comportamento humano voluntário responsável pela produção de efeitos e modificação do mundo exterior, necessariamente causa de determinado resultado²⁰. Sob essa perspectiva, não se indaga a respeito do sentido desse acontecimento, bastando a subsunção formal da ação ao tipo de crime, desimportando qualquer referência a juízos valorativos²¹.

O autor do crime então é concebido como mero “agente causador”, de modo que o núcleo essencial desse conceito de ação é a causalidade, ou seja, o impulso volitivo importava apenas para tal conceito enquanto causa do movimento externo, não se conferindo importância ao conteúdo final da ação²². Era imprescindível a verificação do resultado, entendido como mudança no mundo exterior, relacionados com o nexos de causalidade, o que era complementado pelo elemento subjetivo da voluntariedade²³.

¹⁷ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 55.

¹⁸ No sistema causalista, a divisão em aspectos objetivos guardava responsabilidade pela tipicidade e ilicitude, enquanto o aspecto subjetivo era a culpabilidade. A conduta humana, nesse contexto, estava no aspecto objetivo, exterior. Assim, esvaziado tudo que possuísse perfil anímico-subjetivo, exceto o termo voluntário. *In*: GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

¹⁹ A voluntariedade na comissão ou omissão naturalista não quer dizer livre-arbítrio no sentido de vontade, mas sim ausência de coação mecânica ou psicofísica. *In*: GUARAGNI, 2009, p. 77.

²⁰ BELING, Ernest Von. **Esquemas de direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010, p. 30.

²¹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 38.

²² CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 38.

²³ É deste modo que o mecanismo de ação fica evidenciado em Franz Von Litz, quando se refere a esse conceito como um movimento corpóreo voluntário consistente na tensão dos músculos, efetuado pela inervação dos nervos motores. *In*: CALLEGARI, LINHARES, 2017, p. p. 40.

Em relação à omissão, por sua vez, Beling pretendeu equipará-la ao conceito de ação, sendo qualificada como um não fazer, distensão ou afrouxamento dos músculos, de modo que ela não se referiria a realização de determinado movimento desta ou daquela forma²⁴. Tratava-se, portanto, de uma mera conduta humana, consistente em um fazer ou em um omitir. Ainda segundo sua concepção, poderiam as omissões serem de absoluta inatividade – esgotando-se por consequência em um mero não fazer – ou ainda poderiam produzir um resultado positivo, de modo que tratar-se-ia de uma omissão de uma atividade que teria evitado o resultado típico, a omissão imprópria²⁵.

Em sua composição, o tipo penal não continha nenhum juízo valorativo, sendo meramente descritivo. Por isso, a teoria causal não aufere o dolo do agente, esse traduzido como sua intenção em praticar a conduta determinada para a produção do resultado. Importava tão somente conhecer a efetiva produção do resultado, ou seja, a relação de causalidade entre o fato e a vontade, posto que o dolo e a culpa são deslocados para a análise realizada no campo da culpabilidade do sujeito, uma vez que não compatíveis com a tipicidade descritiva²⁶. Destarte, em síntese a ação humana como objeto da teoria do crime era vista como mero processo mecânico, causal, que por inervação dá impulso à vontade, mas não a tem como pressuposto²⁷. No mesmo sentido, a compreensão de Von Lizst, reduzindo a ação humana ao comportamento voluntário, na medida em que voluntário seria o ato “livre de pressão mecânica ou psicológica, motivado por representações”²⁸.

Em território nacional, Nelson Hungria e Aníbal Bruno são as maiores expressões do causalismo, também baseando seus conceitos de ação e omissão em dados naturais. Hungria considerava a ação como “voluntário movimento corpóreo”, enquanto a omissão seria apenas referida como “voluntária abstenção de movimento corpóreo” e a omissão imprópria como “inação contrária ao dever jurídico de agir,

²⁴ BELING, Ernest Von. **Esquemas de direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010, p. 30.

²⁵ BELING, Ernest Von. **Esquemas de direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010, p. 74.

²⁶ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 45

²⁷ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 56.

²⁸ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução José Hygino. Rio de Janeiro: Briguet & C, 1899, p. 198.

constituindo, em si mesma, um crime”²⁹. Bruno, por sua vez, entende que “todo crime é ação”, ou seja, compreende que a omissão imprópria estaria inserida nas espécies de tipo comissivo (comissão por omissão), pois consistiria na produção, por meio de um não-fazer, um resultado definido na lei como crime³⁰.

No entanto, apesar disso, a teoria causal não foi capaz de explicar satisfatoriamente os delitos omissivos. Isso porque desconsidera sua normatividade amparada na inobservância de um dever jurídico imposto por uma norma mandamental³¹, a qual inegavelmente detém um conteúdo valorativo. Na omissão, por ser alheia à função constitutiva da vontade³², fracassa na configuração da tentativa, pois esta não poderia ser concebida como mero processo causal, mas somente como ação direcionada a um resultado previamente almejado³³. Igualmente, não é capaz de explicar o crime culposos, tendo em vista que a concepção destes não está no resultado, mas sim na ação, ou seja, não no desvalor de resultado, mas no desvalor de ação³⁴.

Como sustenta Guaragni, o que se percebe é um problema já no próprio ponto de partida da teoria causal. Ela corresponde ao mundo do ser e, por isso, acabou se apegando à causalidade, que em verdade sequer é aspecto conceitualmente pertencente de fato à conduta humana, mas sim a um elemento racional, à medida que se estabelece ligação entre a conduta e um resultado eventualmente dela derivado³⁵. Assim, a superação desse paradigma naturalista, com a consequente inclusão de valores na teoria do delito ocorreu por força da filosofia neokantiana, a partir da primeira metade do Século XX³⁶. Chamada de “causalismo valorativo”, o neokantianismo foi muito influenciado pelo paradigma dos valores³⁷, criando teorias

²⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 1º volume, 2º tomo. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 10.

³⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 218.

³¹ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 60.

³² A função constitutiva da vontade é um fator determinante do direcionamento da ação no finalismo proposto por Hans Welzel. In: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina de ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

³³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina de ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

³⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina de ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

³⁵ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

³⁶ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 61.

³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 225.

do delito que introduziam elementos valorativos em todas as categorias do crime, atribuindo fins específicos ao Direito Penal.

Leva esse nome pois fundamentada na teoria de Immanuel Kant, que considera que todo o conhecimento começa com a experiência, baseados nos conhecimentos a priori³⁸. Com esse pensamento, Kant acolhia a premissa básica do empirismo, mas deixava a experiência condicionada a certas concepções a priori, introduzindo nesse aspecto a perspectiva racionalista³⁹.

Desse modo, substituindo a lógica da teoria anterior, o neokantismo desenvolvia um conceito de delito de acordo com os fins perseguidos pelo Direito Penal e os juízos de valor que lhe seguem de base, compreendido como uma teoria teleológica do direito⁴⁰ e aproximando-o da política criminal. Com isso, a omissão passa a ser observada do ponto de vista normativo, possibilitando explicá-la diante da referência à ação esperada, pois dependia de conceitos significativos que não eram dados pelo causalismo. Assim, o injusto e configurava como um objeto valorativo e a culpabilidade como um critério subjetivo-valorativo⁴¹, mantendo, no entanto, o dolo e a culpa como análise final do delito, o que tornou a teoria alvo de diversas críticas.

O rompimento do paradigma neokantiano ocorreu com o aparecimento da teoria finalista da ação, uma reação ao normativismo produzido por essa linha de pensamento, que se desenvolvia sobre uma premissa da manutenção do idealismo do sistema clássico, propondo que todas as questões relativas ao direito fossem tratadas pelo âmbito do dever-ser, o que dava ao legislador amplo poder de atuação⁴². Nesse sentido, a teoria finalista implicou no câmbio do paradigma filosófico para a dogmática, a fim de estruturar o conceito analítico de crime e impor os limites necessários a essa atuação legislativa, através de sua perspectiva ontológica⁴³.

Surgido inicialmente entre os anos 1930 e 1931 com os estudos de Hans Welzel, tem uma lógica de aplicação diferente do neokantianismo: enquanto nessa o

³⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 23

³⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 56,

⁴⁰ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 65.

⁴¹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 66.

⁴² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

⁴³ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

objeto era determinado pelo método aplicado, naquela o objeto era responsável por determinar o método. Nessa concepção, o processo de conhecimento somente poderá ser considerado como a compreensão do objeto como ele realmente é, razão pela qual o objeto jamais será variável em razão do método⁴⁴. Com isso, a teoria finalista, de modo geral, não aceita as impressões valorativas opostas aos objetos.

O finalismo surge como uma tentativa de superação da problemática surgida de que o mundo empírico é concebido previamente ao conhecimento humano. Sua principal crença é o ontologismo; ou seja, a ideia de que a dogmática deveria se fundamentar em um sistema atemporal e imperecível, necessitando, para isso, de estruturas lógico-objetivas⁴⁵. Desse pensamento de Welzel decorria o fato de o legislador se encontrar vinculado à “natureza das coisas”, sendo seu trabalho condicionado às realidades ônticas já existentes, no sentido de que ele não estaria apenas vinculado às leis físicas da natureza, mas às estruturas ontológicas do objeto de sua regulamentação⁴⁶. Se funda na crítica à forma dogmática exclusivamente físico-natural e normativista, sugerindo a aplicação de uma metodologia única ao conceito de ação no Direito Penal, a qual a consideraria como centro dos estudos⁴⁷. Nesse diapasão, o finalismo se orienta pela construção de uma dogmática ideologicamente neutra e de validade geral, transferível a qualquer outro ordenamento jurídico, tendo em vista que suas bases são advindas da própria realidade⁴⁸.

É certo afirmarmos, nesse contexto, que o finalismo impõe uma limitação ao Direito Penal, a qual inicia-se pela conduta. A compreensão acerca da conduta humana é de que se trata de um comportamento destinado a um acontecimento final e, portanto, pré-jurídico, de modo que não se submete às alterações pelo Direito ou

⁴⁴ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 73.

⁴⁵ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 75.

⁴⁶ ARIAS EIBE, Manuel José. *Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito*. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y política**. Madrid, nº. 5, p. 36, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

⁴⁷ Segundo Guaragni, o objeto regulável – no fundo o único – objeto do direito penal é a conduta humana, que pertence ao homem que demanda um certo sentido antropológico, o que faz com que a diferença entre esta teoria ou grupo de teorias e o jusnaturalismo frequentemente seja de grau. In: GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

⁴⁸ HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. Tradução: Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 58, p. 10, 2005. Disponível em: <https://dialnet.uniroja.es/>descarga>articulo>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

às valorações⁴⁹. Para o finalismo, finalidade e vontade de realização da ação são conceitos sinônimos e somente os resultados que forem produtos da vontade final podem ser relevantes para o Direito Penal⁵⁰. É nessa medida, em primeiro lugar, que se diferencia do causalismo, pois consideravam a conduta como mero comportamento causal. Corroborar-se o pensamento de Zaffaroni, para o qual a conduta só pode ser considerada para o Direito Penal se voluntária, e não resultado de um mero agir mecânico⁵¹, como pensava a teoria causalista.

Tendo em vista que a conduta humana antecede o juízo de tipicidade, Welzel expõe duas fases do processo de realização da conduta: a esfera do pensamento, composta pela antecipação da finalidade desejada, seleção dos meios necessários para alcance da finalidade e consideração dos possíveis efeitos concomitantes ao desejo ou consequências secundárias; e a realização da conduta no mundo real, ou seja, o processo causal⁵².

Para Welzel, a vontade consistente do fim e reitora do acontecer causal é considerada sua espinha dorsal; ou seja, é elemento intrínseco da ação, representada por um agir final⁵³, decorrente da capacidade do homem de antever as possíveis consequências provenientes de sua conduta e, assim, conduzir conscientemente os

⁴⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 77.

⁵⁰ Welzel assim se expressa: *“Para aclarar esto me remito a diferencia existente entre um asesinato, por um lado, y um rayo el resultado de muerte, por outro; en el asesinato todos los actos están dirigidos em función del fin prefijado: la compra del arma, apuntar, apretar el gatillo, mientras que em el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes.”* WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 25. Relevante ainda mencionar a lição de Jaén Vallejo que afirma, com base no acima citado: *“De aqui se deduce que el legislador no puede prohibir causaciones de resultados, sino acciones finales, esto es, dirigidas por la voluntad (...) aquellas normas sólo pueden referirse a actos los cuales son algo distinto de meros procesos naturales causales, distinguiéndose de éstos por el momento de la dirección consciente hacia un objetivo; es decir, por el momento de la finalidad”*. VALLEJO, Manuel Jaén. **El concepto de acción en la dogmática penal**. Madrid. Colex. 1994. P. 36.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Parte general III. Buenos Aires: Ediar. 1981, p. 60

⁵² WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 42-44

⁵³ Segundo Welzel, essa concepção de agir final não trata de uma inovação. Essa relação entre ação humana e intenção advém da antiguidade, especificamente com Aristóteles: *“Ora, o fundamento da ação (ou seja, da causa eficiente, não a causa final) é a escolha, e a causa da escolha é o desejo e a razão dirigidos a algum fim. [...] O pensamento por si mesmo entretanto, nada move – mas somente o pensamento dirigido a um fim e vinculado à ação. Este é, definitivamente, a causa motora da atividade produtiva, inclusive, posto que quem faz algo tem sempre algum fim adicional em vista: o ato de fazer não é um fim em si mesmo, é apenas um meio e concerne a algo mais [...]”*. In: ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*. 3. Ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipiro, 2009, p. 179.

acontecimentos decorrentes de sua ação ao alcance de um objetivo⁵⁴ Nessa esteira, toda atividade ou ação humana tem como característica a programação da vontade, uma finalidade⁵⁵ proposta pela decisão de vontade da ação. A finalidade, portanto, é o único interesse do Direito Penal, não a causalidade de fatos e ações. Ela é representada por um dever causal que ocorrerá na realidade, mas que sempre é dominado pela vontade inicial dirigida a um fim. Nessa medida, toda conduta é precedida por um momento de pensamento prévio, um momento de conhecimento e, por consequência, se voltará para um objeto de conhecimento.

Esse conceito de finalidade utilizado pela teoria finalista em nada se confunde com aquela concepção trazida pelo causalismo, no qual basta que o agente atue voluntariamente, desimportando seu objetivo. O conteúdo da vontade, para os finalistas, constitui característica do próprio comportamento humano. A ação, portanto, não pode ser compreendida a partir da causalidade, já que essa é caracterizada por uma mera relação de consequência necessária em função de uma sequência de causas, não comportando nenhum tipo de direcionamento finalístico.

Nesse sentido, claras são as palavras de Hans Wezel acerca desse ponto:

[...] La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer 'final' y no solamente 'causal'. La 'finalidad', o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignares, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oridente el suceder causal externos a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, sino que es la resultante causa de la constelación de cusas existente en cada momento. La finalidad es, por ello – dicho em forma gráfica – 'vidente', la causalidade 'ciega'⁵⁶.

Sua intenção era demonstrar que diferentemente do que pretendia a teoria causal, a ação exige mais do que mera reprodução do resultado, isto é, implica em uma vontade que dirige o acontecer causal, ou seja, a finalidade⁵⁷.

⁵⁴ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista.** Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p.41

⁵⁵ Conforme destaca Zaffaroni, o conteúdo dessa finalidade não precisa ser livre, porquanto mesmo sob coação moral, há atuação da vontade. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal. Parte general III.** Buenos Aires: Ediar. 1981, p. 343.

⁵⁶ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista.** Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 25.

⁵⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

Outro ponto importante da teoria de Welzel é que ele concebe que o dolo e outros elementos subjetivos do injusto são deslocados para a tipicidade, pois competiria ao tipo penal a função de caracterizar a ação em todos os seus elementos elementares. Nessa linha, a tipicidade finalista da ação é composta de um aspecto objetivo, descritivo e valorativo – que se refere ao processo causal – e, ainda, por um aspecto subjetivo, relacionado à finalidade⁵⁸. Segundo o autor, o dolo se relaciona com a finalidade, pois dela decorre. Destaca-se, no entanto, que não se confunde, posto que a finalidade é um conceito amplo, geral⁵⁹.

Dessa forma, diferentemente do causalismo, a escola finalista de Direito Penal trouxe a aferição dos mais importantes elementos - dolo e da culpa - ao tipo penal, fazendo nascer uma nova diferenciação: a tipicidade penal objetiva e a tipicidade penal subjetiva. Enquanto a primeira está relacionada com a previsão legal do tipo penal, ou seja, a previsão normativa da conduta a ser punida, a segunda parte é onde será aferido ou não o dolo do agente, é a parte “interna” da tipicidade, caracterizada pela vontade do agente em alcançar o resultado pretendido. Por consequência, a consciência e a intenção do agente, na teoria finalista, são analisada antes mesmo da aferição da culpabilidade.

No entanto, enganam-se aqueles que entendem Welzel como um ontológico rígido. Em seus estudos, admite que a teoria finalista encontrou dificuldades para explicar os delitos culposos e omissivos⁶⁰. No primeiro caso, o resultado não faz parte da ação realizada pelo autor ou sequer é previsto pelo agente. A esse respeito, o autor concluir que tais espécies de crimes não são explicadas por meio da relação entre ação e resultado, mas sim por meio de critérios valorativos⁶¹, excepcionalmente.

Os crimes omissivos, a seu turno, decorrem de um não fazer, onde o resultado também não é planejado pelo agente; ou seja, não há uma sobredeterminação do fim mediante o governo e dirigibilidade do curso causal, pela razão de que esse é fruto de

⁵⁸ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 83.

⁵⁹ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 24.

⁶⁰ É nesse ponto que a teoria finalista sofre diversas críticas. Segundo André Luis Callegari, por mais que Welzel e os autores finalistas destaquem que tais condutas se constituam exceções descuidadas de uma ação final, ele tenta afirmar que o descuido na execução da ação não é propriamente o momento de sua finalidade. Dessa forma, o conceito de ação não deve se limitar ou se exaurir na ação dolosa. In: CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 86.

⁶¹ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 62.

fatores alheios à conduta humana. Desse ponto de vista puramente ontológico, a omissão não é, em si, considerada uma ação. Isso não quer dizer que a omissão não faça referência em uma ação, pois como não se esgota no não fazer, mas sim naquilo que deveria ter sido feito e não foi, o dever de agir é oriundo de normas mandatórias, as quais se verificam por detrás dos tipos omissivos próprios, é impossível de reduzir o conceito de omissão penalmente relevante a um plano pré-normativo, presente apenas no mundo do ser e puramente ontológico e alheio às valorações⁶². Como viria a sugerir posteriormente Claus Roxin, a condução do processo causal mediante impulso da vontade é justamente o que falta nos tipos omissivos.

Welzel entende que a omissão não é própria nem a causalidade e nem à finalidade, já que não se fala em falta de vontade orientada à realização de uma omissa ou dolo como nos delitos de ação. Para ele, o elemento subjetivo, nesse caso, é a consciência do poder de atuar. No entanto, fazendo depender a omissão de uma atividade final possível, na tentativa de conciliar o conteúdo ontológico da ação com os preceitos da omissão, Welzel acaba desnaturando o fundo ontológico da teoria, pois passa a trabalhar com dados eminentemente valorativos, ao afirmar que a omissão é sempre a omissão de uma ação determinada⁶³.

É nessa medida que como a teoria causalista, sofreu inúmeras críticas. Além de não conseguir explicar os delitos culposos, seu ontologismo acaba por criar um refinado conceitualismo, não deixando espaço para as opções jurídico-políticas ou político-criminais do legislador e do aplicador⁶⁴. Esse modelo produziria barreiras entre as construções dogmáticas e as necessidades reais de aplicação do Direito Penal⁶⁵, como se vê no caso das omissões penalmente relevantes, as quais necessariamente dependem de conceitos valorativos. Por esse motivo, a intenção do funcionalismo de desfazer essa barreira e construir um sistema dogmático suscetível a alterações em suas categorias com fundamentos nos objetivos do Direito Penal.

Essa tendência de abertura da dogmática, não obstante, não é inovadora, haja vista podemos tê-la observado de certa forma nas teorias neokantianas. Contudo, o

⁶² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 167.

⁶³ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 66.

⁶⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 203.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación dal derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 68.

finalismo tratou de prejudicar essa abertura inicial e restabelecer o fechamento do Direito Penal. Nesse contexto, destaca-se a lição de Fábio Roberto D'Ávila, para o qual "é certo que, após a marcante experiência do finalismo de Welzel, o Direito Penal retomaria o caminho da normatividade, já assinalada pela teoria neoclássica do crime"⁶⁶. Assim, não obstante a opção legislativa do Código Penal pelo finalismo, o funcionalismo surge tentando solucionar os problemas das demais teorias e, com isso, assume eixo central no estudo da teoria do delito contemporânea, por retomar uma pretensão de reformulação da teoria do delito, recuperando a normatização de conceitos clássicos como dolo, culpa, imputação objetiva e nexos de causalidade.

Por isso, seu estudo assume especial importância no presente trabalho.

1.2 AS TEORIAS SOCIAIS DA AÇÃO E A ASCENSÃO DO FUNCIONALISMO: DA POLÍTICA CRIMINAL DE ROXIN AO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS

A superação do finalismo se dá em razão da criação de conceitos pré-jurídicos por essa teoria, que tolhia a liberdade de criação de preceitos jurídico-penais. Nesse sentido, desenvolveram-se no período conhecido como pós-finalista algumas teorias sociais da ação, as quais compreendiam, em síntese, o conceito de conduta humana a partir da análise de sua relevância social. Assim, ação humana seria toda aquela atitude que afetasse a relação do indivíduo com o mundo que lhe circunda e que seja responsável por causar consequências neste⁶⁷.

No entanto, o método valorativo utilizado para fixação da compreensão acerca da conduta humana pode, ao arbítrio do legislador, levar a um conceito de conduta que chegue a ampliar o poder punitivo do Estado, quebrando a função garantista de elemento limitador que possui originalmente a conduta. Por isso, apesar das falhas do sistema finalista, a concepção de conduta adotada por esta teoria é considerada mais segura do que aquela desenvolvida pelas teorias sociais⁶⁸, razão pela qual ela não

⁶⁶ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 179, 2007, p. 179.

⁶⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 218.

⁶⁸ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 245.

cumpra a missão de basilar a conduta como elemento básico do delito, o que pretende o funcionalismo, por meio do garantismo penal.

A perspectiva trazida pelo funcionalismo sugere uma análise teleológica do Direito Penal⁶⁹, ou seja, entende que os fins do Direito Penal devem ser analisados, não bastando baseá-lo isoladamente apenas em seus fins ontológicos como ação, causalidade e outros pressupostos. Segundo essa concepção, o Direito deve ser analisado segundo o tipo penal, que é abalizado na reserva absoluta da lei, com o último fim de prevenir delitos. O funcionalismo também entende como necessária uma nova metodologia, que pretenda uma maior aproximação entre o direito e as ciências não jurídicas, como Psicologia, Criminologia e a Sociologia, aproximando-o da realidade⁷⁰. Intenta-se, dessa forma, a proteção de bens jurídicos relevantes, a partir de valores político-criminais, caráter positivo da pena, introdução da ideia do princípio da insignificância e da flexibilização da norma penal⁷¹.

Não obstante a existência de diversas correntes funcionalistas, as que se destacaram no plano do Direito Penal foram aquelas desenvolvidas essencialmente por Claus Roxin e Bernd Schünemann. Em uma análise simplificada, ela se subdivide em dois aspectos: por um lado, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e, por outro, o funcionalismo teleológico de Roxin. Este último é decorrente da teoria do consenso desenvolvida inicialmente por Habermas e sua fundamentação parte da proteção de bens jurídicos relevantes através da manutenção do garantismo ao indivíduo.

O funcionalismo teleológico parte da premissa de promover a construção de um sistema aberto, influenciado por valores político-criminais, o que se alcança por meio da ampla normatização dos conceitos tradicionais da dogmática e consequente desvinculação ao ontologismo defendido pelas teorias clássicas. Segundo Roxin, essa necessidade se justifica pelo surgimento de novos problemas sociais, que

⁶⁹ A despeito do funcionalismo se caracterizar inicialmente como uma retomada do neokantianismo, são elencadas diversas diferenciações: o neokantianismo é marcado por uma série de valorações sem qualquer vínculo entre si, desencadeando uma liberdade de criação dogmática que colocou em risco a segurança jurídico-penal, enquanto no funcionalismo, apesar de se adotar um critério valorativo, este serve como finalidade, norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos do direito penal. Assim, os conceitos passam a estar vinculados uns aos outros pelo fato se voltarem à mesma finalidade. In: GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 253.

⁷⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: *Tirant lo Blanch*, 2000, p. 25-26.

⁷¹ ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do direito penal**. 2. ed. Organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 51.

denotam novas respostas⁷², as quais a dogmática tradicional não é mais capaz de fornecer. Trata-se, portanto, de um sistema voltado a proporcionar segurança contra ilegítimas intervenções estatais, reafirmando o Estado de Direito, pois o Direito Penal possui uma tarefa social perante o agente do crime, a qual consiste em possibilitar sempre sua reintegração à sociedade, aplicando-se a prevenção especial socializadora e reintegradora, proveniente do modelo de Estado Social⁷³.

Na perspectiva funcionalista de Roxin, o conceito de ação como manifestação da personalidade⁷⁴ é apto a ser invocado como elemento básico da conduta delitiva⁷⁵. Ademais, não se pode olvidar da importância da valoração, marcando sua incidência na análise da conduta humana e da responsabilização do agente.

Nesse cenário, a omissão se configura como uma manifestação da personalidade por meio de uma expectativa de ação, obrando para reafirmar o conceito de ação como elemento de enlace da teoria do delito. O não fazer é irrelevante no trânsito social, pois o simples ato de fazer nada, para gerar qualquer significado, dependerá das expectativas de ação que recaiam sobre determinada pessoa, o que é separado da valoração jurídica do tipo penal⁷⁶. Não obstante, existem casos, especialmente dentro do que se denomina hoje de Direito Penal econômico, em que a expectativa de ação dos crimes omissivos repousa normativamente, oportunidade na qual o preceito do tipo converte o não fazer em uma omissão dolosa. É nessa medida que se justifica a importância da concepção de valor em sua teoria: o objeto da valoração penderá do ato jurídico de valoração, o que mostrará um enlace entre ser e dever ser⁷⁷.

Contudo, Roxin reconhece que os parâmetros basilares da teoria do delito originalmente instituídos para os crimes de ação não podem ser aproveitados em sua totalidade para os delitos omissivos. Segundo o autor, a causalidade da comissão,

⁷² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 186.

⁷³ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: *Tirant lo Blanch*, 2000, p. 28-29.

⁷⁴ Manifestação da personalidade, nesse sentido, caracteriza-se quando os pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior. *In*: GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

⁷⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I**. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 255.

⁷⁶ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 81.

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I**. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 258.

como no caso de alguém que mata outrem ativamente é absolutamente diversa a de quem se omite em salvá-lo⁷⁸. Somente poderá ser autor de uma omissão quem esteja referido no tipo penal ou quem tenha juridicamente o dever de evitar o resultado, configurando os casos da omissão própria e imprópria, respectivamente. Ambos se referem a delitos de infração de deveres, os quais encontram correspondência com um crime comissivo, no qual o dever de agir nas circunstâncias, cláusula de correspondência a um delito ativo e a capacidade individual de agir são requisitos irrenunciáveis da ação esperada⁷⁹. Assim, as omissões juridicamente fundadas, segundo Guaragni, antecipam o juízo de valor alusivo à punibilidade em tese daquele que desobedece a norma mandamental, próprio do tipo⁸⁰.

Diante desse problema, buscando conferir maior segurança nessa separação e delimitação, Roxin defende a aplicação da teoria do domínio do fato aos delitos de ação e, aos delitos de dever, a aplicação do critério da violação do dever para determinação da autoria⁸¹.

Nessa senda, é possível afirmar que o conceito de omissão dado por Roxin é sobretudo um conceito normativo, um supraconceito. Ele depende do estabelecimento prévio de um dever valorado para a caracterização de uma expectativa de ação penalmente relevante, ou seja, somente a introdução de um dever jurídico poderá converter o não agir em omissão⁸². Diferencia-se, no entanto, do que idealizava Jakobs, pois acolhe os conhecimentos empíricos decorrentes da realidade do mundo de vida. É valorativo no sentido de que considera a manifestação da personalidade como critério jurídico decisivo para o exame da ação⁸³.

Em um resumo final, o sistema proposto por Roxin apresenta-se, nas palavras de Luís Greco, como uma “síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos e casos)”⁸⁴, se esforçando a atender, de

⁷⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 753.

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 754.

⁸⁰ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 277.

⁸¹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Direito penal e funcionalismo*. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 130.

⁸² ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 755.

⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 265.

⁸⁴ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <

forma conjunta, as exigências de segurança e de justiça. Todavia, não recai no normativismo extremo, posto que permanece sempre resistente ao culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema⁸⁵.

Por outro lado, o funcionalismo sistêmico idealizado por Günther Jakobs pretende funcionalizar não só os conceitos, dentro de um sistema jurídico-penal, mas também o próprio Direito⁸⁶. Foi desenvolvido a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhman, a partir da qual compreende-se a sociedade como um sistema no qual o homem não está mais só e interage. E, ao fazê-lo, surge um elemento de perturbação social, ou seja, ele não sabe mais o que esperar do outro, tampouco o que esse outro espera de nós. Por isso, nesse contexto, o crime é visto como uma quebra de confiança no contrato social firmado em sociedade, causando uma anomalia social⁸⁷.

Destarte, o indivíduo responsável pela quebra reiterada das normas penais é considerado inimigo do Estado. É uma teoria marcada pela garantia do equilíbrio social em detrimento das garantias individuais, a qual sustenta que o Direito Penal é vigente para garantir as expectativas normativas da sociedade⁸⁸. Nesse sentido, o direito seria responsável por contradizer a negação das normas que determinam a identidade da sociedade, confirmando-a por meio da pena, ou seja, é assim que se restabelece a vigência da norma perturbada: impondo uma infração⁸⁹, a qual não visaria punir os atos do passado, mas sim prevenir eventuais crimes futuros.

Nesse sentido, o Direito Penal é voltado a evitar os danos sociais, ou seja, ele soluciona conflitos sociais ao confirmar a identidade da norma, pois a sociedade só nelas se traduz. Jakobs entende como objetivo primário do Direito Penal a

<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

⁸⁵ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

⁸⁶ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

⁸⁷ Segundo Luhmann, é a diferenciação funcional decorrente da delimitação do sistema jurídico que possibilita escolhas racionais. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.

⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 9.

⁸⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 12.

estabilização do conteúdo da norma, não mais pretendendo a proteção de bens jurídicos, conforme sustentado por Roxin, mas sim a manutenção e confirmação da vigência da norma⁹⁰. Para o autor, o bem jurídico a ser tutelado é a expectativa normativa essencial à subsistência da configuração social e estatal frente à violação das normas, destacando que a proteção de bens jurídicos na concepção da teoria funcionalista nada mais é do que um mero resultado da função de assecuramento dessa norma⁹¹.

Isso porque o Direito Penal deve atuar a partir de sua função, cabendo a ele a funcionalidade e a eficácia tanto do sistema social quanto de suas normas. Nesse contexto, ação é tudo que possa se atribuir a um ser humano: ações dolosas, imprudentes e também omissões.

No que tange à omissão, Jakobs pretende reduzir as peculiaridades subjetivas, estabelecendo um padrão vinculante que possa representar qualquer um, inclusive propondo uma teoria unitária da posição de garante, tanto para os crimes de ação quanto os de omissão, posto que ambos seriam desencadeados pela realização de um risco comum, advindos de uma competência organizacional no âmbito institucional⁹².

Nesse contexto, não se trata de definir a natureza externa da conduta, mas sim a caracterização normativa da responsabilidade, fundada na teoria da imputação objetiva, que se identifica na posição de garantidor⁹³. Com isso, ele mostra que a teoria da relação específica de imputação e o conceito de ação são o mesmo problema, tendo em vista que a teoria da imputação tem como objeto a ação ou a omissão, em virtude de sua natureza normativa⁹⁴. Isso porque, assim como na ação, a omissão se relaciona à atribuição de uma consequência produzida pelo ser humano. Por fim, na omissão imprópria, equivalente à comissão, a atribuição da responsabilidade se dá apenas à pessoa especialmente implicada, denominada

⁹⁰ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 137.

⁹¹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cansio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 59.

⁹² MELIÁ, Manuel Cansio; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peña-Randa. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2013, p. 99.

⁹³ JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 971.

⁹⁴ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 78.

garante, ao qual será atribuível a omissão se a abstenção do sujeito de evitar o perigo é determinante para a ocorrência do resultado⁹⁵. Isso, evidente, reitera o argumento da teoria da imputação objetiva.

Essa tensão entre funcionalismo e finalismo assume a figura de elemento central no debate sobre a conduta humana em toda a teoria do delito. Enquanto no finalismo a conduta humana é vista sob um ponto de vista ontológico, nas teorias finalistas, temos uma relevância da normatividade dos conceitos, que passam a ser valorados a partir do dever-ser e não mais do ser.

Em síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos⁹⁶. O funcionalista, a seu turno, admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, ou seja, que digam respeito à eficácia e à legitimidade de atuação do Direito Penal.

Tais conceitos serão posteriormente retomados, para demonstrar a implicação do uso de critérios funcionalistas em um Direito Penal que é essencialmente finalista, como é o Direito Penal brasileiro.

Nesse contexto, a partir dessas premissas aqui apresentadas, pretende-se, no decorrer do próximo capítulo, estudar a dogmática da omissão no Brasil, para que posteriormente seja possível analisar se tais pontos estão sendo postos em prática pela jurisprudência pátria. Para isso, será necessário apontar, primeiramente, quais as noções gerais acerca da conduta omissiva, para posteriormente adentrar na análise da posição de garante e, por fim, ocupar o estudo da análise da responsabilização desse indivíduo dentro da estrutura empresarial, foco específico desta pesquisa.

⁹⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AdHoc, 1996, p. 102.

⁹⁶ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

2 OS PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS DA OMISSÃO NO BRASIL

A estrutura normativa da responsabilidade penal tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido por uma norma cuja prática poderia evitar. Esse sujeito individual e autorresponsável é quem executa diretamente o comportamento proibido, estando na posse das informações sobre os elementos da figura típica⁹⁷. Em resumo, temos um sistema penal que é quase totalmente voltado ao estudo dos crimes comissivos.

É possível tecer tal afirmação a partir das constatações formuladas no primeiro capítulo desse trabalho. O desenvolvimento dos estudos teóricos da doutrina penal sempre teve como protagonista o estudo da ação, restando a temática da omissão como um “braço” dos tipos comissivos. Isso porque, como demonstrado, enquanto a ação era vista como um movimento corporal externo e voluntário, a omissão era compreendida no início do século XX como um não agir voluntário⁹⁸, de modo a se distinguir as duas formas de conduta humana apenas com base nessa característica.

Nesse contexto, embora alguns autores como Jakobs apontem a irrelevância da distinção entre ação e omissão em um plano normativo⁹⁹, válida é a lição de Pierpaolo Cruz Bottini, quando afirma que essa diferenciação é sim relevante, pois os critérios de imputação da ingerência podem incidir de forma absolutamente diversa sobre cada forma de comportamento¹⁰⁰.

A partir desse aspecto, pretende-se debater os aspectos dos crimes omissivos em território nacional.

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À OMISSÃO PENAL NO BRASIL

⁹⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 37.

⁹⁸ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução José Hygino. Rio de Janeiro: Briguet & C, 1899, p. 210.

⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal: fundamentos y teoria de la imputación**. 2. ed. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 948.

¹⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 29.

Segundo o dicionário Aurélio, omitir é “deixar de fazer” ou “não agir, quando se esperaria que o fizesse”.¹⁰¹ Pelo vernáculo, omissão não é apenas um não agir, estar parado. Omitir é um verbo transitivo direto, é deixar de fazer algo, ou seja, uma ação determinada, sem que seja necessária a inércia absoluta: basta que se faça algo diferente daquela ação omitida¹⁰².

No Direito Penal, a omissão adquire o que se denomina “relevância penal”, quando se espera do omitente um comportamento positivo e ele não o realiza. Essa concepção é lastreada na teoria da expectativa, para a qual não existe a omissão em si considerada, mas apenas a omissão de algo esperado, tratando-se de um conceito proveniente de valoração¹⁰³. No entanto, em busca de solucionar a imprecisão que essa concepção poderia sugerir, pois fundada em tese na expectativa de alguém a respeito de algo, o ontologismo conduziu à definição da omissão emancipada de qualquer elemento valorativo¹⁰⁴.

Com isso, a omissão era entendida como uma inversão conceitual da ação, pois identificável mediante a formulação de um juízo hipotético por meio do qual se veicule uma expectativa de ação diversa. Dessa forma, a omissão não seria extraída em si mesma, não existiria em um plano fático¹⁰⁵.

Todavia, através dos estudos sobre o tema ao longo dos anos, concluiu-se que o conceito de omissão como um não fazer consciente não seria suficiente para ditar sua relevância ao Direito Penal. Com a disseminação da teoria funcionalista, o normativismo da omissão voltou a ser sua essência¹⁰⁶, retornando à premissa de que a omissão relevante ao direito será aquela atrelada à frustração da expectativa de ação. Isso porque, segundo Roxin, a omissão como forma de manifestação da

¹⁰¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. São Paulo: Positivo, 2018, p. 360.

¹⁰² “En el término omitir reside una negación, referida al actuar. Sin embargo, el concepto omisión no es sinónimo de ‘no suceder’, de ‘no modificar una realidad’, de ‘no obrar en absoluto’, de ‘inactividad’ o de ‘quietud física’. El omitir no niega el actuar como tal, sino sólo un actuar en determinada dirección, una acción concreta. El concepto de la omisión está, pues. Siempre referido a determinada acción ‘en que se piensa’”. In: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 75.

¹⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 25.

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, Bern. **Fundamento y límites de los delitos de omisión imprópria: com una aportación a la metodología del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, p. 409.

¹⁰⁵ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 72.

¹⁰⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.28.

personalidade pode ser um conceito ontológico, mas sua relevância depende de valoração, de uma normatização, vinculada à expectativa de ação e posterior dever de agir¹⁰⁷.

Ainda pautado no funcionalismo, Silva Sánchez compreende a omissão não como uma figura pré-existente ao juízo de imputação típica, mas algo que dele surgiria, por meio da relação à qual se atribuiu à conduta do sujeito o signo de não realizar uma prestação positiva que se reputa necessária à salvaguarda de um bem jurídico¹⁰⁸. Para o autor, as bases da omissão seriam, portanto, a conduta efetiva e a pretensão, estabelecida no tipo, de se assegurar uma proteção positiva ao bem jurídico em questão.

Nesse sentido, resta fixado que diferentemente dos crimes de ação, em que há a prática de uma conduta ativa proibida, nos crimes omissivos há uma expectativa frustrada de ação pelo agente¹⁰⁹, uma vez que não toma nenhuma medida para impedir o evento danoso, quando em verdade deveria fazê-lo. Com efeito, a imputação se configura por meio da omissão da ação, fundada na realização do risco e também no alcance do resultado pretendido.

Todavia, as expectativas supramencionadas apenas serão legítimas quando calcadas em normas jurídicas¹¹⁰, ou seja: a omissão juridicamente relevante é a ausência de um comportamento voluntário e consciente exigido e, por isso esperado pela norma jurídica em questão¹¹¹.

A norma mandamental deverá estar positivada, lastreada no princípio da legalidade. Assim, o costume, a analogia e mesmo as normas extrapenais não possuem o condão de fixar a omissão penalmente relevante. Apenas a lei formal, produzida pelo Poder Legislativo da União poderá impor penas à violação de normas mandamentais, conforme a disposição do artigo 22, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil.

No Direito Penal brasileiro, de cunho essencialmente finalista, o artigo 13, *caput*, do Código Penal é o dispositivo responsável pela previsão da imputação do resultado, atribuindo o encargo penal ao sujeito que lhe der causa, seja de forma ativa

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo II.** Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 780.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **El delito de omisión: concepto y sistema.** 2. ed. Buenos Aires: Editora B de f, 2003, p. 194.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017, p. 106.

¹¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria.** São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 34.

¹¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 39.

ou omissiva, uma vez que ambas são formas de lesão ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal¹¹². Destarte, a omissão é uma das formas de realização da conduta típica.

Sua referência diz respeito à tutela de um bem jurídico com dignidade penal, ou seja, aquele penalmente tutelável¹¹³, considerando-se a aplicação do princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Assim, é apenas diante de um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico penal que a omissão pode ser criminalizada, tornando-se penalmente relevante.

Essa relevância omissiva ainda depende da análise da capacidade de ação do sujeito, aqui compreendida como a expectativa de comportamentos possíveis, uma vez que o impossível não pode ser esperado e, portanto, exigido do agente¹¹⁴. Nesse sentido, funciona como limite último para o legislador e para o magistrado, que não poderá reconhecer a omissão nos casos nos quais o comportamento esperado era impraticável. Por isso, a norma mandamental da omissão é direcionada aos com capacidade de cumpri-la.

Por certo, essa é a compreensão de Juarez Tavares, quando afirma que a ação objeto desse juízo hipotético realizado deverá ser concretamente factível diante de determinada situação em que se encontre o sujeito ativo¹¹⁵. Segundo o autor, é descabida a formulação de qualquer juízo de imputação referente a uma ação impossível, não sendo possível entender que o sujeito omite determinada ação que lhe era, naquela situação em que se encontra, inatingível¹¹⁶.

Nessa mesma toada, compreende Marta Felino Rodrigues:

[...] o impossível de fato não pode ser esperado. Assim como de resto não pode ser prescrito: pelo que no plano normativo a possibilidade de ação constitui pressupostos e limites do dever. Só existe omissão penalmente relevante se confluir uma capacidade de ação ou de impedimento do resultado igualmente integrante da estrutura típica dos delitos comissivos por omissão. [...] O agente tem de ter materialmente uma tal possibilidade determinada pelo conhecimento da situação, pela proximidade espacial,

¹¹² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 77.

¹¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 39.

¹¹⁴ Nesse sentido, aponta Kaufmann que não existe expectativa de comportamentos impossíveis, de modo que a possibilidade de agir como o esperado é pressuposto ontológico da expectativa normativa. In: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 29.

¹¹⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 351.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 351.

pelos necessários conhecimentos técnicos e faculdades intelectuais, pelos meios e instrumentos indispensáveis ao impedimento da produção do resultado desvalioso e pela capacidade física ou destreza manual¹¹⁷.

Delineada a possibilidade factível de capacidade da ação, ela se divide ainda em dois outros critérios dogmáticos: a capacidade física de ação do sujeito e sua cognoscibilidade do contexto fático.

A capacidade física de agir de acordo com a norma diz respeito a um limite derivado da natureza das coisas, ou seja, não é absoluta: não se espera algo de quem é evidentemente incapaz de cumprir com a expectativa¹¹⁸, mas não só sob o ponto de vista ontológico. A capacidade de agir está sempre relacionada a uma conduta esperada, a uma expectativa de ação¹¹⁹.

Assim, só poderão ser exigidas condutas adequadas *ex ante*, não se podendo prescrever a ação que *ex post* se revelará adequada por ser desconhecida e, logicamente, inexecutável.

Nesse sentido, ainda, valiosa é a lição de Bottini sobre o assunto:

A identificação da capacidade física se faz sobre as características concretas do omitente. Aqui não há referência ao homem médio ou à capacidade geral, uma vez que a expectativa se dirige aquele que é obrigado a agir naquele momento e a ausência de possibilidade física de atuar não pode ser graduada. Ou existe ou não existe para aquela pessoa concreta, levando-se em consideração as suas habilidades específicas, maiores ou menores que a média¹²⁰.

Também deverá ser avaliado o critério da evitabilidade ou não do resultado. Não fosse assim, a punição seria fundada exclusivamente na personalidade do omitente, revelada pelo desejo de fazer mal – mas um desejo que não se caracteriza sequer dolo, pois o curso do salvamento era indisponível aquele que descumpriu a norma¹²¹.

O segundo requisito é o conhecimento ou a capacidade de conhecer que o omitente possui em relação ao contexto fático diante do qual a norma exige atuação,

¹¹⁷ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 40.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 95.

¹¹⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 85.

¹²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 44.

¹²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 45.

bem como a possibilidade de agir de acordo com ela, controlando o perigo ou empreendendo o salvamento do bem jurídico de maneira eficaz. Dessa forma, apenas resultados previsíveis e domináveis pela ação salvadora podem ser imputados ao omitente¹²². Ausente a cognoscibilidade do contexto fático do qual decorre o dever de salvamento ou dos meios disponíveis para cumprir o dever, inexistente omissão e no plano penal, a tipicidade do comportamento dela derivado¹²³.

Nesse contexto, a dialética da previsão omissiva no Direito Penal brasileiro se apresenta através do fracionamento em duas modalidades distintas, as quais nada mais apresentam em comum senão a omissão da ação¹²⁴. Essa separação, na opinião de Bottini, é relevante para facilitar o manejo dos diferentes institutos e indicar categorias de delitos que devem ser tratadas de diferentes formas, em razão do seu conteúdo material e grau de reprovabilidade da conduta¹²⁵.

Os primeiros são denominados tipos omissivos próprios e se perfazem formalmente apenas com a conduta negativa, independente da efetivação de qualquer resultado posterior¹²⁶, de modo que o omitente responde tão somente pelo comportamento, não por seus desdobramentos ou consequências¹²⁷. Nessas hipóteses, a norma mandamental esperada pelo autor é violada, inaugurando o dever jurídico de agir através de uma descrição fática prevista na norma penal¹²⁸.

¹²² KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 29.

¹²³ Segundo Bottini: “De um diretor-presidente de uma fábrica de medicamentos, que tem o dever de impedir a distribuição de produtos defeituosos, não se espera que impeça a comercialização de remédios com má fabricação decorrente da imprudência ou falta de cuidado de funcionário que não observou as regras ou diligências inerentes à função. Da mesma forma, não se espera que o presidente de uma empresa multinacional interrompa atos de cartelização realizados por seus gerentes regionais, que buscam com isso controlar o mercado e ampliar seu bônus por metas alcançadas, se tais fatos não são de seu conhecimento e nem se encontram entre aqueles que deveria conhecer dentro de seu âmbito de atuação. Tampouco se espera de um prefeito o impedimento de pequenas fraudes a licitações, levadas a cabo por funcionários em setores isolados, se não as conhece e nem tem como se certificar de sua existência”. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 49.

¹²⁴ É de se salientar a extensa apuração de critérios utilizados para diferenciar crimes omissivos próprios e impróprios. Os mais conhecidos são: critério do sujeito (crime comum x crime especial, na qual se vislumbra a presença do sujeito), critério tipológico (crimes omissivos próprios estariam dispostos na lei enquanto os omissivos impróprios decorreriam de interpretação jurisprudencial ou doutrinária), critério do resultado (crimes omissivos próprios seriam de mera conduta enquanto os omissivos impróprios seriam de resultado) e por fim, o critério adotado pela maioria da doutrina, referente à natureza penal violada pela omissão, critério adotado nesse trabalho. In: RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 19.

¹²⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 51.

¹²⁶ SOUZA, Carmo Antônio dos. **Fundamentos dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.

¹²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 52.

¹²⁸ SOUZA, Carmo Antônio dos. **Fundamentos dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65. O mesmo critério, da violação da norma mandamental esperada pelos delitos omissivos próprios

É o que vemos no caso dos crimes de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal),¹²⁹ deixar de prover assistência (art. 244 do Código Penal)¹³⁰ ou deixar o médico de denunciar doença (art. 269 do Código Penal)¹³¹, todos dispostos na parte especial do *Codex*.

Objeto extenso desse trabalho, no outro vértice da omissão estão dispostos os chamados tipos omissivos impróprios ou comissivos por omissão, preconizados no parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro¹³². Diferentemente dos crimes omissivos próprios, segundo Jorge Figueiredo Dias, aqui estaríamos diante de uma espécie de delito de resultado, nos quais embora haja genericamente a disposição da obrigação de agir, não estão taxativamente previstos em nenhuma norma penal, sendo presumidos a partir dos tipos penais de ação, dos quais se obtém um resultado¹³³, daí porque recebe o nome de tipo comissivo por omissão.

Com base nesse critério, sua imputação se fundamenta na formulação de um juízo hipotético, uma operação que exige a adição mental e esperada e sua projeção sobre o resultado típico. Com efeito, é preciso constatar que a existência do

também está em BOTTINI, 2018; TAVARES, 2012; COSTA, 2017; RODRIGUES, 2000; ZAFFARONI, 1981.

¹²⁹ Art. 135 do Código Penal. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

¹³⁰ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

¹³¹ Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

¹³² 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.

¹³³ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 913.

comportamento exigido pela norma teria impedido o resultado¹³⁴: caso se verifique posteriormente que a conduta exigida não impediria a lesão, não existirá imputação ou omissão imprópria, de modo que sua conduta será irrelevante ao Direito Penal¹³⁵.

O nexos causal da omissão, portanto, terá de se estabelecer entre a ação omitida e o não impedimento do resultado lesivo. Só ele, no entanto, não é suficiente.

Do ponto de vista do critério da natureza da norma violada, será imprópria a omissão consistente na violação de uma norma mandamental referida a uma norma proibitiva, em um contexto no qual haja uma especial relação de proximidade entre o sujeito e o bem jurídico a ser protegido ou a fonte de perigo a ser controlada, hipótese que o direito reconhece o mesmo desvalor da conduta e do resultado (normativo), seja ele advindo de uma ação – nesse caso violadora da norma proibitiva – ou da omissão que não o impeça – e assim violadora da norma mandamental¹³⁶.

Nesse sentido, Juarez Tavares sintetiza o que diferencia os crimes omissivos impróprios dos demais:

Os crimes omissivos impróprios têm duas características essenciais, não presentes nos delitos omissivos próprios: estão referenciados a uma norma proibitiva e mandamental, ao mesmo tempo, e se condicionam à qualidades específicas do sujeito, em face da posição de garantidor. Como estão referenciados em uma norma proibitiva, o dever imposto pela norma mandamental só pode ser objetivado no sentido de impedir o resultado lesivo ao bem jurídico. Não se trata, assim, de um dever geral de assistência: é indispensável que esse dever de atuar se vincule a um resultado proibido¹³⁷.

Além disso, mesmo nos crimes omissivos por omissão, é preciso que se identifique o dolo, que se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para impedir o resultado e sua ação era necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza¹³⁸. Assim, o dolo é compreendido aqui como a totalidade dos elementos essenciais do fato ilícito. São

¹³⁴ Segundo Heloísa Estellita, o termo “resultado” deve ser interpretado como ofensa (perigo ou lesão) ao bem jurídico, ou seja, acontecimento típico ou a situação de perigo abstrata na qual e encontra o bem jurídico. *In*: ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 238.

¹³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 235.

¹³⁶ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 84.

¹³⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 310.

¹³⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 393.

eles: a situação típica, a omissão da ação devida, o resultado típico, nexo de causalidade, capacidade individual de ação e as circunstâncias fundamentadoras da posição de garante¹³⁹.

Essa posição é compreendida como a elementar dos tipos penais omissivos impróprios, tornando-os ainda delitos próprios: com sujeito específico determinado¹⁴⁰.

Com efeito, é necessário que o agente ocupe a posição de garantidor¹⁴¹, ou seja, tenha uma relação especial com o bem jurídico protegido, um dever especial de proteção, obrigando-o a agir em determinados casos ali dispostos. Por meio dessa posição, são responsabilizados os indivíduos que detêm a obrigação de evitar o resultado e, embora pudessem fazê-lo, não o fazem, tornando a conduta omissiva pertinente à imputação penal.

Assim, como demonstrar-se-á a seguir, posicionar alguém como garante é também afirmar que ao praticar um crime omissivo impróprio, este alguém responderá por um resultado proibido pela lei penal, normalmente cometido por meio de ação. Isso porque quando tinha o dever de agir para evitar o resultado e podia fazê-lo de forma idônea para tal fim, não o fez¹⁴².

2.2 A POSIÇÃO DE GARANTE

No Direito Penal brasileiro, a posição de garantidor está disposta no art. 13, §2º do Código Penal¹⁴³. Nada mais é do que a figura do sujeito ativo do crime omissivo impróprio, ou seja, aquele sujeito a que a norma relaciona ao dever de salvamento ou

¹³⁹ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43.

¹⁴⁰ MUNHOZ NETO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

¹⁴¹ Segundo disposto por Estellita, o StGB alemão exige uma relação de correspondência entre ação e omissão para a previsão punitiva da omissão imprópria. *In*: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 79.

¹⁴² PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 39.

¹⁴³ Diferentemente da previsão legislativa brasileira, que é genérica, existem ordenamentos jurídicos que preveem expressamente quem será garantidor e em quais situações. É o caso da Argentina (art. 11), Alemanha (Art. 13), Áustria (Art. 2), Portugal (Art. 10), Grécia (Art. 15) e Itália (Art. 40). *In*: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 44.

proteção do bem jurídico, capaz de imputar ao omitente o resultado típico de forma equiparada à ação¹⁴⁴ pelo descumprimento de um dever formal e pela especial relação que com ele detém.

Embora a regulamentação jurídica anteposta ao Direito Penal não fundamente de forma autônoma a posição de garante, ela desempenha um papel fundamental no estabelecimento dos contornos do dever concreto de agir, ou seja, de que o ordenamento jurídico espera do agente apenas as condutas que lhe eram juridicamente exigíveis e relevantes¹⁴⁵. Por isso, como visto anteriormente, a busca pela justificação penal da posição de garantidor deve encontrar azo no princípio da legalidade.

Tendo em vista que ao autor da omissão imprópria é imputada a mesma pena que é imputada ao autor da ação, torna-se imperiosa a equivalência das condutas¹⁴⁶. Assim, o garante responde pelo resultado lesivo ao bem jurídico por não o ter impedido, com a mesma intensidade com que se dá a produção do resultado mediante condutas comissivas¹⁴⁷. Em síntese, como se tivesse efetivamente o praticado¹⁴⁸.

Dáí porque o §2º artigo 13 do Código Penal acresce o dever de evitar o resultado e a possibilidade de sua evitação¹⁴⁹. Observe-se a lição de Bottini nesse sentido:

Por isso, parece-nos indispensável interpretar o dispositivo de forma ajustada à realidade: a regra do caput, em verdade, tem o escopo de indicar que uma omissão será condição do resultado se constatado que sua existência – ou

¹⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. Buenos Aires: Editora B de F, 2013, p. 132.

¹⁴⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87.

¹⁴⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. (questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 914.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 201.

¹⁴⁸ Imperioso destacar a opinião de Jakobs, que divide os deveres de garantia em deveres em virtude da responsabilidade por organização e deveres em virtude da responsabilidade institucional. Os primeiros consistiriam em deveres de contenção sobre uma fonte de perigo submetida ao âmbito de organização do sujeito, justificando-se pelo fato de que se se excluem os demais do poder de organização sobre essa fonte, aquele que o exerce com exclusividade deve se responsabilizar para que dela não se advenham efeitos externos danosos. Os segundos, a seu turno, adviriam da conexão de âmbitos vitais, decorrentes de relações institucionais de importância básica para a existência da sociedade, no mesmo nível que a liberdade de organização própria e a responsabilidade pelas consequências pelos atos próprios. In: JAKOBS, Günther. *A ação e omissão no direito penal*. Coleção estudos de direito penal. Volume 2. Barueri: Manole, 2003, p. 17.

¹⁴⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 126.

seja, se presente a conduta esperada – evitaria o resultado. Aqui a lei exige uma espécie de *conditio sine qua non* invertida, na qual se constate que a ação exigida evitaria o resultado típico, com probabilidade de certeza. A essa relação de imputação – que não é causal, mas hipotética – será agregado um limite ontológico (possibilidade de ação) e um limite normativo (existência do dever de garante)¹⁵⁰.

Assim, os delitos omissivos impróprios têm como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pesa sobre o sujeito, configurado pela obrigação de evitar o resultado proibido pela lei penal. Cria-se uma situação na qual o sujeito está obrigado a prestar uma conduta positiva no sentido de evitar a lesão do bem jurídico¹⁵¹.

Estellita agrega, ainda, o nexos causal e a imputação objetiva do resultado, além da verificação do dolo relativo à omissão imprópria¹⁵². Por certo, como se trata da imputação de uma comissão por ação, para a responsabilização do garante na forma adequada, é preciso que ele se omita dolosamente¹⁵³, deixando de impedir o resultado lesivo.

Nesse sentido, é insuficiente a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou do conhecimento de seu poder para realizar a ação omitida. Será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária¹⁵⁴.

Diante das circunstâncias fáticas apresentadas, o omitente deve saber que o resultado típico irá ocorrer. Em se tratando de omissão, o processo causal não se desenvolve mecanicamente, daí porque toda argumentação ao redor do dolo e de seus elementos devem ter por base um juízo normativo sobre a ação devida e seus elementos típicos¹⁵⁵. Assim, como já visto, para que lhe seja exigida a atuação, deve conhecer qual conduta deva realizar dentro das ações possíveis e representar que

¹⁵⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 126.

¹⁵¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 314.

¹⁵² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121.

¹⁵³ “(...) é uma condição que vem acompanhada da ciência do contexto fático na qual ocorre e de um elemento volitivo consistente na vontade de omitir e contribuir – comum à condição negativa – para a produção do resultado”. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 246.

¹⁵⁴ MUNHOZ NETO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalenedred.com>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

¹⁵⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 394.

com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, com probabilidade nos limites da certeza¹⁵⁶.

Não basta, portanto, que as chances de ocorrência do resultado sejam diminuídas, uma vez que o dolo deve estar vinculado ao resultado de perigo ou de dano ao bem jurídico e não simplesmente à circunstância de perigo que fundamenta a ação típica¹⁵⁷.

Ademais, como bem sustenta Juarez Tavares, em razão da exigência de que o dolo deve ter por objeto a relação entre a conduta necessária e o resultado provável nos limites da certeza, torna-se inviável admitir o dolo eventual¹⁵⁸.

Em síntese, o simples fato de o omitente ter deixado de cumprir seu dever de agir para evitar o resultado não significa que haverá de responder pelo advento do resultado. Não é possível sustentar a configuração do dolo com a simples consciência da posição de garantidor¹⁵⁹ e de sua capacidade de intervir para evitar o resultado¹⁶⁰. Só se pode falar em crime comissivo por omissão quando há omissão, resultado, um garantidor com capacidade e possibilidade de agir e a certeza de que a ação teria evitado o resultado, devendo-se obviamente investigar o elemento subjetivo que norteou o comportamento¹⁶¹.

Com efeito, perante a representação da situação típica e consciente da sua própria possibilidade de atuar, o agente por omissão toma a decisão de permanecer inativo¹⁶², não lhe sendo exigido qualquer tipo de heroísmo pela lei¹⁶³.

Segundo a disposição legislativa do parágrafo segundo do art. 14 do Código Penal brasileiro, as fontes de obrigação para impedir o resultado são três: (i) daquele que tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) por quem de outra

¹⁵⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 394.

¹⁵⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 394.

¹⁵⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 394.

¹⁵⁹ Nesse contexto, destaca-se a lição de Bottini, o qual afirma que a mera constatação da existência do dever de garante não é suficiente para a imputação do resultado, pois do contrário cairíamos na armadilha do dever formal. É necessário identificar que o resultado tem uma relação de imputação com o dever do garante não exercido, com a omissão. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 136.

¹⁶⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 74

¹⁶¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 43.

¹⁶² RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43.

¹⁶³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 43.

forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou, ainda, (iii) por quem, por comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.¹⁶⁴

Nesse sentido, Heloisa Estellita explica que a redação da alínea “a” do dispositivo, que se refere àquele que tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância poderia sugerir, inicialmente, uma vinculação à teoria das fontes formais¹⁶⁵ do dever do garantidor, sob a premissa de que o dever de agir para evitar o resultado teria como fundamento suficiente uma norma extrapenal, ou seja: qualquer dever extrapenal de salvamento ou vigilância estaria apto a fundamentar uma posição de garantidor¹⁶⁶. No entanto, podemos afirmar que esse pensamento já foi superado diante das premissas básicas de garantias individuais de um Direito Penal essencialmente democrático.

Noutro lado, segundo a concepção trazida por Bottini, as alíneas “a” e “b” fixam um dever de garante diante de riscos alheios¹⁶⁷, ou seja, o garante, nesse contexto, deverá agir para proteger ou salvar bens jurídicos estranhos ao seu âmbito de organização pessoal, de riscos alheios, criados por terceiros ou pela natureza¹⁶⁸, pois se trata de um dever positivo, de colaborar com a coletividade, de suprir o bem-estar dos demais¹⁶⁹. Desse modo, ambos os autores concordam que o que justifica penalmente a posição de garantidor na forma das duas primeiras alíneas do §2º do artigo 13 é a assunção fática de uma fonte de perigo¹⁷⁰, seja por lei, como disposto na alínea “a”, seja por assunção, no que tange à alínea “b”. Assim, essas duas

¹⁶⁴ SAHIONE, Yuri. **Garante sem garantias**. A responsabilidade criminal do compliance officer e a inversão de papéis na prevenção do crime. In LOPES, Anderson Bezerra. FONSECA, Eduardo Samoel. Et. All (organizadores). **Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 498.

¹⁶⁵ “O acolhimento da teoria dos deveres formais se coaduna com as exigências da concepção causalista do Direito Penal, segundo a qual os verbos típicos da Parte Especial descreveriam processos físicos de causação, o que importava excluir, de saída, a prática omissiva”. In: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 81.

¹⁶⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 81.

¹⁶⁷ O critério do risco, nesse caso, é admitido como a criação de um risco não permitido de afetação do bem jurídico, ou quando transforma o risco permitido em não permitido. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 139.

¹⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 119.

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bern. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria: com una aportación a la metodología del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, p. 199.

¹⁷⁰ MUNHOZ NETO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalenlared.com>>. Acesso em: 23 de março de 2020.

modalidades de garantidores são denominadas “garantidores de proteção”¹⁷¹ e “garantidores por assunção”, respectivamente.

A garantia de proteção é traduzida na especial posição de defesa de certos bens jurídicos, que alguém se encontre incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos e, por isso, outra pessoa seja deles encarregada¹⁷². Essa relação de proximidade, segundo Tavares, é de suma importância para a limitação material da responsabilização do garante, a qual não pode ser estendida de forma indistinta¹⁷³.

A garantia de assunção, a seu turno, trata-se da aceitação material de um dever, que pode ser de proteção ou vigilância. É limitado pelo próprio ato de tê-lo assumido, mantendo-se enquanto existente o contexto de proteção do bem jurídico ou do controle do foco do perigo¹⁷⁴.

Em ambos os casos, o desvalor da omissão é reduzido em relação à disposição da alínea “c”. Isso porque, nas duas primeiras, o que ocorre é que ao sujeito detentor da posição de garante é imposta a responsabilidade pelo bem jurídico ou pela lei ou pela assunção, mas a conduta em si geradora do resultado é tomada por outro agente.

Nesse sentido, a responsabilidade do garante disposta na alínea “c” é a denominada responsabilidade por ingerência¹⁷⁵, da qual decorre a posição de “garantidor por vigilância”. Trata-se da hipótese de assunção da posição de garantidor em decorrência de riscos próprios, criados pelo agente, por isso o desvalor da omissão é elevado em relação aos demais casos. Nesse caso, a identificação do agente como um garante é meramente declarativa, uma vez que a conduta omissiva integra a competência organizacional do omitente¹⁷⁶.

¹⁷¹ Nesse caso, podemos citar como exemplos a proteção dos pais em relação aos filhos menores de idade, obrigação decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil. Outro caso em que podemos vislumbrar essa posição de garante é em relação aos funcionários públicos, que têm o dever de agir não só em benefício do Estado, como também em benefício dos cidadãos. *In*: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 99.

¹⁷² TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 316.

¹⁷³ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 316.

¹⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 145.

¹⁷⁵ Segundo Enrique Bacigalupo, a rigor, “a ingerência é o ato anterior que gera risco para o bem jurídico, ficando por isso o responsável por tal risco obrigado a evitar o resultado”. *In*: BACIGALUPO, Enrique. **Delitos imprópios de omisión**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 148.

¹⁷⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 130.

Os garantidores de vigilância têm o dever de vigiar e conter os perigos oriundos de uma fonte de perigo, o qual decorre do uso de sua liberdade de organizar a vida como bem entender. Assim, é a criação da fonte de perigo que legitima a exigência de que esta mesma seja mantida sob controle, ou seja: ele assume a posição de garantidor em relação a um risco que ele próprio causou¹⁷⁷.

Nesse sentido, afirma Eduardo Demetrio Crespo que a posição de ingerência do garantidor não pode jamais derivar da mera imputação da causalidade, mas sim da imputação objetiva do atuar precedente, de forma que se faz absolutamente necessária a criação de um risco não permitido¹⁷⁸. Com efeito, para fundamentar um dever que o obrigue a agir com o intuito de impedir resultados, é preciso que o perigo em questão esteja adequadamente relacionado com o fato precedente¹⁷⁹.

E mais: o dever de garante só poderá derivar de uma conduta precedente em cuja realização o autor tenha podido não só prever o perigo, mas também o evitar. Ficam de fora os comportamentos prévios cobertos por um direito a intervir, a exemplo da legítima defesa¹⁸⁰.

Assim, garante de vigilância seria, por exemplo, o proprietário de um prédio, o qual se responsabiliza pela adequada manutenção da estrutura, contendo os riscos dela advindos dentro dos níveis tolerados juridicamente, sob pena de, em não o fazendo e vindo a construção a ruir e desabar sobre alguém, causando-lhe morte ou lesões corporais, responder ele por homicídio ou lesões corporais, respectivamente, em comissão por omissão¹⁸¹. Da mesma forma, o salva-vidas, pois controla a fonte

¹⁷⁷ Segundo Tavares, os garantidores de vigilância responsabilizam-se pela adequada vigilância de potenciais fontes de perigo a bens jurídicos, assistindo-lhes controla-las com vistas a impedir que delas advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos, dada sua relação (necessariamente fática e não apenas jurídica) de proximidade ou de controle sobre tais fontes. Pressupõe, assim, um dever de vigilância referido a objeto ou pessoas que se encontram a ele subordinados, de modo que se possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança. In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 317.

¹⁷⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas**. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20100907_02.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2020. No mesmo sentido, Juarez Tavares, pois afirma que é preciso que a omissão do garante seja equiparada à ação. Para isso, a ação esperada deve ser necessária e imprescindível para proteger o bem jurídico, o resultado não pode ser evitado pela própria vítima sem risco pessoal e, por fim, aplica-se apenas em casos de bens jurídicos pessoais, excluindo-se os patrimoniais. In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 345.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 60.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 60.

¹⁸¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

de perigo piscina em prol de quaisquer bens jurídicos que possam ser por ela lesionados, incumbindo-lhe salvar qualquer um que nela se afogue, não se responsabilizando por proteger, nesse sentido, os hóspedes e ou sócios de um clube de quaisquer perigos. Assim, na hipótese de um hóspede ter um ataque cardíaco e ele se omitir te socorrê-lo, praticará tão somente o delito de omissão de socorro e não homicídio, como o faria caso o resultado lesivo morte adviesse de afogamento na piscina sob sua responsabilidade¹⁸². Nesse sentido, a justificativa para o reconhecimento do dever de garantia nessa hipótese decorre da circunstância de o garante deter exclusividade sobre o domínio e a organização da fonte de perigo, do que deve decorrer, também, sua responsabilização sobre ela, atuando na forma de uma barreira de contenção dos riscos produzidos¹⁸³.

Nesse contexto, Juarez Tavares destaca a necessidade de limitar objetivamente a causalidade pelos riscos. A conduta antecedente, ou seja, o risco, deve ter sido praticada diretamente pelo sujeito, mesmo não sendo necessário que ele tenha tomado a iniciativa da ação¹⁸⁴.

Com efeito, esse dever de vigilância em relação à ingerência se subdivide em dois outros deveres: asseguramento e salvamento. Segundo Jakobs, o primeiro é composto pelo dever que detém o agente de manter os riscos derivados de sua esfera de organização dentro dos parâmetros permitidos, evitando-os além do tolerável¹⁸⁵. Trata-se de um dever anterior, que existe enquanto o agente tem controle sobre o perigo criado, ou seja, quando ainda é capaz de manejá-lo antes que esse se concretize em um processo específico de afetação do bem jurídico¹⁸⁶.

O salvamento, a seu turno, é um dever derivado da competência organizacional, de modo que aquele que cria um risco prévio ao bem jurídico alheio tem o dever de salvá-lo, constituindo a omissão nesses casos uma lesão pela violação de deveres de organização. Ele surge quando o perigo se desdobrou em um curso causal autônomo, ou seja, quando o risco inicial saiu do controle do agente, se

encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 118.

¹⁸² PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 90.

¹⁸³ RODRIGUÉZ MESA, Maria José. **Lá atribución de responsabilidad em comisión por omisión**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 128.

¹⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 334.

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther. **Acción e omisión em derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 15.

¹⁸⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. **Omisión e injerencia em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 867.

incorporando ao mundo real e a uma possível vítima¹⁸⁷. Se o salvamento não está completo, está-se diante de omissão, pois o risco gerado com a interrupção faz nascer o dever de agir¹⁸⁸. Em suma: a criação de um risco anterior gera sempre um dever de salvamento porque usurpa a autonomia alheia de autoproteção¹⁸⁹.

Em síntese, a legislação brasileira, ao eleger a posição de garante no parágrafo segundo divide sua responsabilidade em duas modalidades de garantidor: aquele que avoca os riscos alheios, em razão do dever legal ou da sua assunção, bem como daquele que cria o risco e, portanto, assume a posição pela ingerência. Em ambos os casos, todavia, a lei impõe ao sujeito um esforço de evitação do resultado, traduzida na capacidade de agir, sem qual não haverá responsabilização penal.

Considerando essas premissas acerca da posição de garantidor na doutrina penal, pretende-se, a partir de agora, abordar especificamente como se dá a adequada imputação desse indivíduo na seara empresarial. Destaca-se que essa abordagem é necessária para o estudo dos próximos capítulos, nos quais serão demonstrados, respectivamente, o uso dessa modalidade de responsabilização pelos Tribunais brasileiros e sua consequência, culminando na identificação de um novo inimigo penal.

2.3 A RESPONSABILIDADE OMISSIVA NA ESTRUTURA EMPRESARIAL

No que tange à omissão, vê-se que sua compreensão dentro da dogmática penal ainda encontra diversas dificuldades, especialmente se o observarmos sob a ótica do Direito Penal do inimigo de adiantamento da culpabilidade, uso de penas desproporcionais e desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Na prática, essa intersecção se apresenta ainda mais nebulosa quando utilizamos os conceitos omissivos impróprios no cenário empresarial, uma modalidade de responsabilização penal que tem se destacado hodiernamente.

¹⁸⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia em derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 867.

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: Editora B de f, 2003, p. 272.

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Acción e omisión em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 16.

Os conceitos parecem submetidos à funcionalização, ou seja, faz-se uma construção valorativo-normativa de conceitos classicamente finalistas¹⁹⁰. Tal interpretação é dada pela missão constitucional do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral e especial, exigindo-se que alcancem consequências justas e adequadas.

Nesse contexto, sua análise assume especial importância, especialmente no que tange à imputação criminal do empresário, dirigente ou superior hierárquico na estrutura organizacional da sociedade empresária, comparando-se posteriormente com as características do Direito Penal do inimigo.

No cenário contemporâneo, boa parte das decisões tomadas em âmbito econômico são capazes de desencadear eventos imprevisíveis, os quais geram riscos. Isso ocorre, ainda, no âmbito de uma instituição tradicional da sociedade industrial, a qual vem sofrendo as mais diversas transformações no contexto da sociedade de risco¹⁹¹ e servindo muitas vezes como pano de fundo e instrumento para o cometimento de crimes: a empresa.

A prática frequente de condutas que geram riscos e dificuldade de estabelecer a necessária causalidade entre conduta e resultado acabam por fazer com que a estrutura empresarial como um todo passe a assumir um dos centros de análise do Direito Penal contemporâneo, deixando de figurar apenas à margem da criminalidade tradicional. Consequentemente, a análise das condutas de seus responsáveis e funcionários passa a ser penalmente relevante¹⁹², pois os crimes cometidos neste universo são bastante complexos, sendo que a estrutura empresarial de fornecimento de bens e serviços pressupõe ideias de responsabilidade e controle dos superiores hierárquicos¹⁹³.

¹⁹⁰ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 06. Disponível em: <<http://www.unisaesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

¹⁹¹ Sociedade de risco é um conceito introduzido na contemporaneidade por Ulrich Beck. Para maiores lições sobre esse conceito, ver: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹⁹² MARTINS, Camila Saldanha. A violação de direitos fundamentais a partir da responsabilização do detentor da posição de garante nos crimes econômicos empresariais. **Anais do III Congresso de Ciências Criminais e Direitos Humanos**, 2019, p. 02. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/cnccdh/article/view/11861/16298>>. Acesso em: 10 de março de 2020.

¹⁹³ MARTINS, Camila Saldanha. A violação de direitos fundamentais a partir da responsabilização do detentor da posição de garante nos crimes econômicos empresariais. **Anais do III Congresso de Ciências Criminais e Direitos Humanos**, 2019, p. 02. Disponível em: <

A divisão de trabalho se torna um dos aspectos da organização da atividade econômica da empresa que acarreta maiores desafios para o nosso Direito Penal, pois seu fundamento é a autoria dolosa individual. Em uma estrutura organizada com divisão laboral, será mais frequente a identificação de diversas contribuições à prática da conduta criminosa, que irão variar de forma quantitativa e qualitativa¹⁹⁴.

Isso ocorre porque em geral a empresa é estruturada por um feixe organizacional de competências e distribuição de trabalho, de forma vertical e horizontal, nas quais cada membro realiza a atividade que lhe é designada¹⁹⁵, podendo criar riscos por condutas positivas: desde aquele que determina a abertura do estabelecimento, passando pelos diretores, executivos e gerentes que administram o cotidiano da empresa, até o último funcionário que executa atos concretos. Todos criam riscos, que integram cada âmbito de capacidade e competência organizacional e, desse modo, todos devem observar as normas de cuidado vigentes para sua esfera de atuação individual, garantindo a segurança nos limites toleráveis e preservando-se da imputação de resultados lesivos¹⁹⁶.

Diante dessa dificuldade de atribuição de responsabilidades no cenário empresarial, surgem duas formas de análise da imputação penal: a primeira, denominada *top-down*, fundamenta-se no reconhecimento de que as decisões empresariais sempre partem das posições de chefia em direção aos subordinados. Com isso, serão responsáveis dentro dela todos aqueles que, em função de sua posição, são encarregados de atender aos deveres de cuidado atrelados às atividades empresariais¹⁹⁷. Nada mais é do que uma responsabilidade por vigilância ou por assunção, ou seja: o empresário, nessa modalidade, assume a figura de responsável pelos riscos alheios.

Todavia, nessa modalidade de responsabilização há uma tendência inequívoca a renunciar à necessária lesividade da conduta, um dos pressupostos reconhecidos

<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/cnccdh/article/view/11861/16298>>. Acesso em: 10 de março de 2020.

¹⁹⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 43.

¹⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 132.

¹⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 189.

¹⁹⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 57.

do Direito Penal democrático. Isso porque tomando o bem jurídico como ponto de partida da imputação, é apenas na sua ofensa que se materializa a ocorrência do dano e, portanto, o exame de imputação deverá partir primeiramente daquele que imediatamente causou a ofensa¹⁹⁸ ou o perigo. Quando se propõe que a análise parta diretamente da violação dos deveres secundários e terciários, como na proposta *top-down*, muda-se o ponto de referência da lesão ao bem jurídico para a violação de deveres, com o que fica prejudicada a finalidade do Direito Penal segundo a concepção funcionalista, que é a proteção máxima dos bens jurídicos relevantes¹⁹⁹.

Por isso, sob outro vértice da análise surge a responsabilidade *bottom-up*. Ela tem como pressuposto a análise primária daquele imediatamente próximo à lesão ao bem jurídico, sob um raciocínio inverso da anterior: analisa-se primeiramente aquele sujeito mais próximo do resultado lesivo, partindo-se em direção ao comando da empresa, se assim for necessário. Ela é derivada da imputação individual prevista como regra do Direito Penal brasileiro, a qual parte das contribuições pessoais e causais como substrato mínimo da responsabilidade penal²⁰⁰. Por isso, é mais adequada à aferição da imputação penal, mesmo na seara empresarial.

Mesmo sendo essa a modalidade mais adequada, o que se tem visto, na prática, é uma expansão da responsabilização *top-down*. Muitas vezes não estamos diante efetivamente de ato lesivo praticado, mas apenas de descumprimentos de deveres e cuidados de segurança no exercício da atividade empresarial, medindo a imputação por normas de direito societário, as quais são orientadas com fins absolutamente diversos do Direito Penal e que guardam grau de abstração e incompatibilidade com os critérios ligados ao fato concreto, que informam as normas de imputação penal, para não mencionar seu flerte com a teoria dos deveres formais²⁰¹.

¹⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 57.

¹⁹⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 58.

²⁰⁰ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 de março de 2020.

²⁰¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

Nessa perspectiva, não se trata mais de identificar o comportamento individual em âmbitos de responsabilidade social, mas sim de imputar atividades coletivas empresariais a determinadas pessoas, independente de sua contribuição pessoal e individual para o resultado. Com isso, geram-se reflexos nas camadas superiores da empresa²⁰², os quais terão a responsabilização atribuída pela autoria do fato por omissão, inflando a responsabilidade penal ao transformar a empresa no que Estellita chama de “comunidade de responsabilidades”²⁰³.

Todavia, essa aplicação não se demonstra escoreita, pois muitas vezes a informação está desconcentrada na base da empresa, sendo comum que o dirigente receba informação de segunda ou terceira mão ou mesmo não as receba, sendo-lhe necessário muitas vezes contar com os pareceres emitidos e confiar em seus conteúdos, sob pena de ser responsabilizado por crimes realizados por seus subordinados apenas por terem uma especial relação com o bem jurídico, tomando a guarda da fonte de perigo para si.

Nesse contexto, existe certa dificuldade de apurar as responsabilidades por atos lesivos na empresa, ainda mais quando se busca atribuí-la aos superiores hierárquicos, que em geral estão distantes da execução dos atos concretos que apresentam riscos aos bens jurídicos²⁰⁴. Por isso, o recurso da omissão imprópria é frequentemente utilizado: recorre-se à caracterização do executivo como garante, impondo-se a ele o dever de impedir cursos causais perigosos produzidos tanto por riscos próprios quanto por coisas e pessoas dentro da empresa.

Assim, tem razão Estellita, quando aduz o temor da doutrina de que uma imputação de que tome por base o papel societário dentro de uma organização possa levar a uma renúncia aos pressupostos da responsabilidade penal como o dolo e o nexo de causalidade, por exemplo²⁰⁵, que são importantes do ponto de vista do Direito

encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 57

²⁰² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 49.

²⁰³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, 57.

²⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 132.

²⁰⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

Penal nacional, pautado na teoria da equivalência dos antecedentes²⁰⁶. Nesses casos, a imputação se pautaria em critérios funcionalistas de imputação objetiva, ou seja, estaria assentada na mera posição ocupada pelo sujeito garantidor, sem qualquer descrição causal da contribuição comissiva ou omissiva do agente, carregado de critérios normativos pouco precisos sobre o que seria uma atividade empresarial adequada a evitar a responsabilização penal omissiva.

Com isso, surge um problema claro do uso de uma figura desenhada para a sociedade alemã, que culmina, no sistema penal brasileiro, no abandono do texto legal e no uso seletivo e arbitrário da resposta penal, contrapondo-se ao princípio da legalidade e à responsabilização penal subjetiva.

2.4 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DENTRO DA EMPRESA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DOLO DO AGENTE

Como visto, a empresa ocupa posição social de destaque no cenário capitalista, sendo essencial à produção e circulação de bens e produtos, prestação de serviços, desenvolvimento de novas tecnologias, entre outros. O reconhecimento de sua importância, no entanto, também faz com que ela seja vista como uma constante fonte de perigo, tendo em vista que se cria um centro autônomo de decisões e interesses²⁰⁷, criando e regulamentando relações jurídicas, das quais poderão advir não só benefícios, mas também repercussões penais.

Partindo dessa premissa, aquele que exerce a gestão da companhia assume uma possibilidade de controle sobre esse perigo, se colocando, assim, faticamente na posição de garante penal²⁰⁸, nos exatos termos do que determina o artigo 13, §2º do

encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

²⁰⁶ Nosso Código Penal, no que tange ao nexo de causalidade, adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, baseando-se na regra da eliminação hipotética da '*conditio sine qua non*'. Assim, uma ação ou omissão é considerada causa do resultado se, suprimida mentalmente do contexto fático, esse mesmo resultado em questão teria deixado de ocorrer. Em suma, considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Nota da autora.

²⁰⁷ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

²⁰⁸ "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. Essa relação dá origem ao dever especial de vigiar pessoas, ou seja, um dever de garantidor.

Código Penal brasileiro. Ao distribuir tarefas, determinar condutas ou mesmo delegar funções e competências a terceiros, subordinados ou não, para que prestem serviços ou realizem atividades em favor ou em nome da empresa, o empresário estará criando riscos, ainda que permitidos. Seu dever, portanto, é manter esses riscos contidos, exercendo seu dever de controle²⁰⁹.

Segundo Jesús María Silva-Sánchez, essa posição de garante alcança dois pontos. Por um lado, sobrevém a responsabilidade de o agente evitar os resultados lesivos para a empresa; enquanto por outro, sua responsabilização se dá na medida em que deve também prevenir que os atos lesivos da empresa prejudiquem elementos externos à atividade empresarial²¹⁰. O dirigente teria o dever de contenção dos riscos determinados para os bens jurídicos penais, dever concretizado a partir das regras de atribuição e distribuição de competências²¹¹.

Com efeito, podemos afirmar que o dirigente empresarial se enquadra na posição de garantidor por vigilância, ou seja, sua responsabilidade penal é atribuída pela ingerência. É a postura que melhor se adequa ao binômio liberdade-responsabilidade, porquanto a liberdade de gerir pessoas e coisas para a obtenção de objetivos econômicos da empresa se coaduna com o dever de atuar para evitar que destas decorrem perigos e danos à coletividade²¹².

De acordo com Heloísa Estellita, um dos argumentos utilizados para fundar a responsabilidade de garantidor dos dirigentes está no fato que esses detêm poderes para instruir, dar ordens e organizar o trabalho alheio e, por isso, tem maior possibilidade de agir para evitar que os subordinados pratiquem crimes – ou seja, o prende-se à ideia promessa de intervenção no processo causal posto em marcha pelo subordinado²¹³. No mesmo sentido, ainda, a posição de Claus Roxin, quando afirma

Com isso, estabelecesse-se o fundamento material e legal da posição de garante dos dirigentes de empresas". In: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 132.

²⁰⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 190.

²¹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Deberes de vigilância y compliance empresarial**. In Kuhlen, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Oetiz de Urbina. Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

²¹¹ SOUZA, Carmo Antônio dos. **Fundamentos dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

²¹² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración*. Buenos Aires: **Revista en letra**, año IV, número 07, páginas 78-109.

²¹³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

que “a responsabilidade por omissão pressupõe a possibilidade de evitar a ocorrência do resultado típico, que está ligado ao direito de intervir”²¹⁴.

Não há dúvidas que os dirigentes de uma empresa estão efetivamente em uma posição de influenciar e intervir no desempenho das funções de seus subordinados no exercício das atividades para a empresa – inclusive, é um poder reconhecido juridicamente, conforme as leis trabalhistas brasileiras. Não obstante, esse dever de garantia decorrente da ingerência não abrange todo e qualquer risco decorrente da atuação do empresário e da gestão de seus funcionários, sob pena de termos uma responsabilidade ilimitada e alheia aos pressupostos do Direito Penal. Ela se restringe aos riscos não permitidos típicos da atividade empresarial, sobre a qual o dirigente exerce poderes de domínio e organização, no que se incluem os perigos advindos de determinadas condutas de seus subordinados²¹⁵. Assim, uma empresa organizada e bem administrada de forma regular só pode ser considerada uma fonte de perigo juridicamente permitido e, por isso, tolerado.

Juarez Tavares entende no mesmo sentido. Para o autor, a atribuição da responsabilidade penal do garante se dá mediante o cumprimento de requisitos previamente determinados, quais sejam: (i) em primeiro lugar, é necessário que o risco do qual ele está diante não seja um risco permitido²¹⁶; (ii) em segundo lugar, deve-se exigir da análise que conduta praticada não se inclua no risco habitual da vida²¹⁷; (iii) por fim, é também preciso que a conduta em questão aumente um risco não permitido já existente. Ademais, também assevera o autor que as condutas praticadas escorreitamente, mas que possam implicar em riscos futuros também estão fora do espectro de responsabilização do garante²¹⁸.

encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 109.

²¹⁴ Para o autor, não se trata de uma atribuição pelo domínio do acontecimento típico, mas sim pelo resultado. A omissão imprópria do empresário não se pauta na relação entre o omitente e o terceiro que atua, mas sim entre o omitente e o resultado, já que determinante para a pessoa sobre a qual pesa a posição de garantidor é a responsabilidade de evitar a ocorrência de um resultado típico, e não a prática de um crime por outrem. *In: ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I.** Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001, p. 247.*

²¹⁵ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 93.

²¹⁶ Segundo Tavares, como risco permitido podemos compreender a atividade jurídica e socialmente autorizada. *In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 336.*

²¹⁷ “Os riscos habituais da vida, embora formalmente não autorizados pelo direito, não podem fundamentar a ingerência, quando a ação precedente não os exceda de modo substancial”. *In: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 337.*

²¹⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 336.

Igualmente, posiciona-se Heloísa Estellita:

Como visto, aquele que, em virtude de ato precedente, gera um perigo que ameaça se realizar em um resultado típico, tem o dever de intervir para evitar o resultado danoso (art. 13, §2º, c, CPB). É a chamada posição de garantidor por ingerência e um dos seus aspectos mais discutidos é o da exigência ou não de que o atuar precedente seja antijurídico. A necessidade da antijuridicidade do comportamento prévio deve ser afirmada não só pelos argumentos antes apresentados, mas, especialmente, porque os deveres de agir têm de ser fundamentados de uma perspectiva *ex ante*, pena de não se poder afirmar o desvalor da conduta e pois, do resultado. Esse sentido tem sido dominante: a posição de garantidor por ingerência tem como pressuposto a prática de um comportamento anterior ilícito, do qual decorra diretamente um aumento de perigo²¹⁹.

Assim, embora o descumprimento do dever de controle sobre pessoas – em regra compreendido como vigilância e supervisão –, também torne o empresário responsável pelo resultado típico, serão excluídos os resultados lesivos decorrentes de condutas de subordinados no contexto da empresa, se estas não se referirem à atividade empresarial em si, fugindo, portanto, à zona de vigilância do garante²²⁰.

Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira exemplifica a questão quando explica que um dirigente poderá ser responsabilizado, em comissão por omissão, por um ato de corrupção ativa cometido por um subordinado no exercício da atividade empresarial, conduta esta que lhe competia impedir²²¹. Por outro lado, não se falará em responsabilidade do superior se o mesmo subordinado, valendo-se do momento em que um cliente se ausenta, deixando em sua mesa uma carteira, subtrai para si os valores ali existentes, conduta praticada à margem da atividade empresarial, não se tratando de risco abarcado pelo dever de garantia, ainda que, de forma remota, possa se sustentar advir, também, do estabelecimento da fonte de perigo empresa.

Com isso, no exercício do dever de garantia penal do empresário, incumbe-lhe a adoção de medidas de prevenção, vigilância, fiscalização e contenção de riscos das atividades tipicamente empresariais, o que poderá abarcar um amplo espectro de atividades, desde a seleção e formação de colaboradores até o estabelecimento de

²¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121.

²²⁰ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 93.

²²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 219.

um eficaz programa de integridade, útil para orientar os procedimentos a serem adotados, com vistas à identificação de desvios, possibilitando assim sua evitação²²². Não poderá, todavia, ser responsável por todo e qualquer ato ilícito cometido dentro da estrutura da empresa sob a premissa de ser o garantidor daquela instituição.

Em razão dessa estrutura complexa, não raro ocorrerá a delegação²²³ da responsabilidade, sob pena de tornar verdadeiramente impraticável para uma só pessoa ou grupo de pessoas assumir a vigilância e controle de toda uma companhia. Trata-se de uma repartição vertical, de modo que cada delegação de competências traz consigo, necessariamente, a migração dos deveres de garantir²²⁴.

No entanto, a delegação não desincumbe totalmente o delegante de seu ônus originário, remanescendo a seu cargo a seleção do delegado, por exemplo, assim como sua formação, dotação material e o adequado cumprimento de suas obrigações, ou seja, permanecem em seu domínio os deveres de direção e controle, sendo-lhe possível ainda a revogação do mandato²²⁵. Essa modalidade de delegação contrapõe-se à mera divisão vertical de tarefa, se materializando nas modalidades *bottom-up* e *top-down*, acima analisadas.

Como restou demonstrado na apreciação dessas duas modalidades de atribuição penal, não raras vezes na realidade empresarial dotada de complexidade, o responsável originário acaba se distanciando das atividades desenvolvidas na base, cuja vigilância fica a cargo de agentes intermediários, como chefes de setores e/ou *compliance officers*²²⁶, um termo que acabou se popularizando após a expansão dos estudos sobre *compliance* nas diversas áreas do direito.

²²² RODRIGUÉZ MESA, Maria José. ***Lá atribución de responsabilidade em comisión por omisión***. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 130.

²²³ Segundo Estellita, a delegação constitui um novo garantidor. Trata-se do caso clássico do garantidor por assunção, figura do artigo 13, §2º, alínea “b” do Código Penal brasileiro. *In*: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

²²⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

²²⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

²²⁶ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 100.

Com isso, temos a premissa de que nem todos na empresa devem se ocupar de tudo. Fragmentação, segmentação, canalização e filtragem de informações surgem como uma necessidade inexorável das empresas modernas, atendendo às necessidades de respostas adequadas e especializadas²²⁷. Portanto, em casos como esse, o fluxo de informações dentro da empresa será fragmentado, o que dificulta a atribuição da responsabilidade penal.

Nesse sentido, explica Heloísa Estellita:

(...) haverá, como visto, gradação na intensidade dos deveres de garantidor nas estruturas verticais, que vai adquirindo um caráter cada vez mais geral na cúpula da empresa – até só restarem deveres de coordenação e controle – e mais específicos nas camadas inferiores. Quanto mais há estratificação, mais camadas se interpõem no fluxo da informação da base à cúpula da empresa, com o perigo ínsito de filtragem da informação no âmbito de sua transmissão por meio das camadas intermediárias ou, também, de defeitos no próprio fluxo de informações. Por essa razão, não será incomum que os dirigentes não tenham conhecimento da situação de perigo e, assim, quando muito, possam apenas ser responsabilizados a título de culpa, quando prevista, porque a omissão do dever de intervir advém da violação dos deveres de vigilância que permitiriam a obtenção da informação. Em outras palavras, a violação do dever de intervenção em função da violação dos deveres de vigilância, que impedem que o agente tome conhecimento da situação de perigo que aciona o dever de agir caracterizará, no mais das vezes, a culpa²²⁸.

Assim, em incontáveis vezes, a situação típica ativadora de seu dever de intervenção para evitar um resultado penalmente relevante consiste nessa relação com os empregados e subordinados dos mais diversos níveis dentro da sociedade, que geram resultados típicos classificados como riscos da atividade empresária em si, acobertados em último grau pelo dever de garantia originário²²⁹.

Todavia, para imputar a responsabilização ao empresário, é necessário que essa distância entre delegante e delegado ou entre chefe e funcionário não impeça a

²²⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 288.

²²⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 292.

²²⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 131.

atuação objetiva do garante no sentido de evitar o resultado, sob pena de não haver uma conduta típica, por faltar-lhe um dos requisitos da omissão penalmente relevante vistos no capítulo anterior – a capacidade de agir²³⁰. O conhecimento da situação típica deve, de alguma forma, chegar ao superior hierárquico, o que não se dá de forma natural e espontânea: ou seja, não se funda na mera posição de garantidor²³¹. Apesar de a omissão imprópria estar atrelada normativamente à violação de uma norma de cuidado, somente haverá imputação do resultado concreto se ele estiver no espectro de lesões que a norma violada pretende evitar²³² se o sujeito compreender aquilo que deve evitar.

Isso porque o conhecimento da situação e sua possibilidade de agir estão ligadas unicamente ao dolo, elemento subjetivo do tipo, jamais à posição objetiva de garantidor²³³. Essa exigência, em nosso país, não é meramente doutrinária ou jurisprudencial, mas decorrente de expressa determinação legal dos artigos 18, inciso I e 20, *caput*, ambos do Código Penal brasileiro. É preciso que o empresário, o gerente, o chefe de setor, ou qualquer outro que se posta nessa posição, se omita dolosamente, deixando de impedir o resultado lesivo, mesmo na hipótese de decidir nada fazer quanto à comunicação recebida²³⁴, sob pena de não restar configurado o dolo do crime omissivo impróprio²³⁵, pois o sistema funcionalista privilegia critérios de imputação objetiva, impondo-se a responsabilização penal em dois momentos: primeiro se imputa o resultado e apenas posteriormente se analisa dolo e culpa; o que, todavia, não pode ser separado no sistema finalista, elegido pelo Código Penal. Com efeito, o agente deve conhecer e querer a omissão, bem como haver um nexo

²³⁰ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 100.

²³¹ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 115.

²³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 242.

²³³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 289.

²³⁴ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 116.

²³⁵ A crítica de Janaína Paschoal, nesse sentido, se fundamenta na ausência de apreciação do dolo dos delitos omissivos impróprios. *In*: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 23.

de evitação, sendo certo que o agente deve pretender o resultado²³⁶, posto não se tratar de um delito culposos.

Nesse sentido, assevera Pierpaolo Bottini que a identificação do dolo da omissão imprópria é importante para distinguir essa modalidade de atribuição dos crimes culposos, devendo abarcar a consciência do empresário sobre (i) os elementos fáticos do risco não permitido criado pelo omitente, (ii) a capacidade individual do omitente de controlar os riscos ou de levar adiante o processo de salvamento, (iii) possibilidade de o resultado ocorrer caso a conduta não seja realizada, (iv) vontade ou assunção do risco da produção do resultado em decorrência da condição negativa representada pela omissão²³⁷.

Além disso, também é possível que ele aja com as três modalidades tradicionalmente conhecidas: dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual. O omitente age com dolo direto de primeiro grau quando, conhecendo as circunstâncias de fato do tipo objetivo, tem como finalidade sua inatividade (no sentido da norma de mandato) que esse resultado venha a ocorrer²³⁸. De outro modo, atuará com dolo direto de segundo grau quando, não querendo diretamente a ocorrência do resultado típico, reconhece que sua omissão necessariamente resultará na produção de consequências colaterais, com as quais ele assente²³⁹. Por fim, atuará com dolo eventual quando reconhece como possível a ocorrência do resultado como consequência de sua não intervenção e, embora não deseje diretamente, conforma-se com ele²⁴⁰.

²³⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 78.

²³⁷ Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, “Por isso, existe dolo na omissão do garante, caracterizado não apenas pela vontade e consciência de omitir, mas também pela postura do omitente em relação ao resultado. É necessário que ele queira ou ao menos tenha consciência de que sua inatividade é condição negativa para a produção do resultado cujo mandato normativo deve evitar. A integração do dolo na estrutura da omissão imprópria é relevante para a resolução de problemas concretos (...)”. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 249.

²³⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 286.

²³⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 286.

²⁴⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 286.

Absolutamente diversos dessas hipóteses aqui apontadas são os casos de desconhecimento não deliberado, em que o garante não representa a situação fática de perigo, por fatores inteiramente alheios, que não sua decisão consciente e livre no sentido do desconhecimento²⁴¹. Não é incomum, portanto, que os dirigentes tomem conhecimento da existência de determinada situação de perigo e do resultado após sua consumação²⁴², o que afasta sua responsabilidade, pois o dolo precisa ser contemporâneo. Ademais, conforme própria previsão legislativa do art. 20, *caput*, do Código Penal, o erro sobre esse pressuposto fático fulmina o dolo, sendo possível tão somente a punição a título culposo, se prevista em lei. Senão, estaremos diante de um indiferente penal.

É justamente nesse ponto que reside o problema dessa modalidade de imputação penal e se relaciona com os pressupostos das teorias finalista e funcionalista. Justifica-se a responsabilização omissiva imprópria mesmo em situações onde o garante não possui essa capacidade de agir dolosa, em razão do distanciamento não só físico, mas também material da conduta praticada pelo subordinado. Com isso, abandonando a análise do elemento subjetivo, confere-se à omissão um tratamento mais gravoso do que à própria ação²⁴³, já que nessa sequer se discute sobre a possibilidade de imputar a alguém um resultado sem dolo ou culpa.

O finalista sabe que, quanto mais se exigir o dolo, mais acrescenta na liberdade do cidadão, às custas da proteção dos bens jurídicos, e quanto menos exigência formular para que haja o dolo, mais protege bens jurídicos e mais limita a liberdade dos cidadãos²⁴⁴. É essa tensão liberdade *versus* proteção que permeia o sistema como um todo e os debates ao redor do tema, não se podendo esquecer que a

²⁴¹ PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 116.

²⁴² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 290.

²⁴³ O alargamento dessa visão do garantidor permite, segundo Janaína Paschoal, que a mãe seja condenada pelo estupro da filha, enquanto o suposto estuprador é absolvido, por ausência de análise do dolo e foco apenas na posição de garantidor. *In*: PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 78.

²⁴⁴ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

intervenção do Direito Penal deve, além de ser eficaz, ser também legítima, o que exige o respeito a princípios como o da subsidiariedade e o da culpabilidade²⁴⁵.

Assim, diante da evolução da dogmática penal sobre o tema, aplica-se à omissão finalista do art. 13, §2º do Código Penal uma visão funcionalista de proteção do sistema, com nítida normatização do conceito. Desprezando-se o dolo, funda-se uma forma de atribuição de responsabilidade fundada apenas na posição de garantidor, a qual vem sendo cada vez mais dilatada pelos nossos tribunais pátrios. Em outras palavras, admite-se comumente a responsabilidade objetiva em hipóteses de omissão²⁴⁶, pois define-se o dolo como um “obstáculo”, criando uma fórmula geral de responsabilidade pela ingerência e transformando-a em uma cláusula de reserva de punibilidade²⁴⁷ ao Poder Judiciário, o que se pretende demonstrar no próximo capítulo desse estudo.

²⁴⁵ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 07. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

²⁴⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 40.

²⁴⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 318.

3 APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA OMISSIVA NA JURISPRUDÊNCIA

Procurou-se demonstrar, até o presente capítulo, a evolução dos conceitos da responsabilidade omissiva no Direito Penal brasileiro e sua aplicabilidade no cenário empresarial.

Com os apontamentos, é possível concluir que o garante tem sua responsabilização atribuída pela autoria do fato por omissão²⁴⁸. Basicamente, compreende-se como sua responsabilidade agir para impedir o resultado doloso, muitas vezes por crimes realizados apenas por seus subordinados. Por conseguinte, nesse raciocínio, a empresa é vista como uma fonte de perigo excepcional, devendo seus titulares assegurarem que ela permaneça sob controle²⁴⁹.

Percebe-se que estamos diante de uma moderna preocupação com as futuras gerações, uma tendência de solidarismo do homem para com os outros homens, pois as gerações futuras são a principal justificativa para o alargamento da responsabilidade penal a título de comissão por omissão, especialmente no que toca aos crimes econômicos em sentido amplo²⁵⁰.

Entretanto, em matéria de Direito Penal, somente podemos imputar uma conduta, ou um deixar de agir, como no caso da omissão, a alguém de forma dolosa ou culposa, sendo que os riscos inerentes à atividade não caberão a sua responsabilidade.

Com isso, o que se pretende demonstrar, a partir da análise jurisprudencial, é que a aplicação da lógica expansionista traz uma inevitável flexibilização das regras de garantia, pois foge dos critérios dogmáticos, aproximando a responsabilidade omissiva pelo dever de cuidado da responsabilidade objetiva, proibida em matéria de Direito Penal.

²⁴⁸ SCANDELARI, Gustavo Britta. **As posições de garantia na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem.** In Compliance e Direito Penal. Org. por Décio Franco David e Coord. por Fábio André Guaragni e Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158/202, p. 169.

²⁴⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Points, 2012, p. 321.

²⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial:** doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124.

3.1 O PONTO DE PARTIDA: DO DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR À AÇÃO PENAL Nº. 470/STF

O caso “Contergam”²⁵¹, ocorrido no decorrer dos anos 50 e 60 foi o propulsor das discussões a respeito da responsabilidade penal omissiva na seara empresarial, aqui na forma da responsabilização do empresário pelo fornecimento do produto.

Em 1957 a empresa farmacêutica alemã *Chemie Gründenthal* colocou no mercado um medicamento com efeitos tranquilizantes denominado Contergan, o qual podia ser comprado sem prescrição médica, pois oferecido no mercado de consumo como atóxico²⁵². Na época, foi amplamente divulgado pela indústria comercial, sendo receitado a diversas mulheres gestantes que como consequência do uso durante os primeiros meses de gestação, acabaram por dar à luz à bebês com graves deformidades físicas²⁵³. Em 1959, as suspeitas sobre o produto se iniciaram, após a constatação de problemas neurológicos em adultos. Como resposta, a indústria modificou a embalagem e a bula, inovando na necessidade de prescrição médica em alguns estados alemães, mas foi somente em 1961 que o medicamento foi retirado de circulação²⁵⁴.

No mesmo ano, o órgão acusatório iniciou a investigação, denunciando nove gerentes e cientistas das indústrias por lesão corporal culposa, dolosa, homicídio culposo e infração dolosa a alguns artigos da lei de medicamentos²⁵⁵. Muito se discutiu durante o processo a respeito da relação de causalidade entre o consumo do Contergan e as deformidades e danos neurológicos sofridos pelas vítimas: enquanto

²⁵¹ Contergam-Beschluss, JZ, 1971, 507. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/535350/fb645ca06923bc695ecee84d6975c93f/wd-7-150-17-pdf-data.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁵² Medicamento isento de qualquer perigo e efeitos colaterais. *In*: **1967**: início do processo da Talidomina na Alemanha. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,351856,00.html>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁵³ BONETI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 160.

²⁵⁴ DA SILVA, Sabrina Jiukoski; BASTOS, Daniel Deggau; DA SILVA, Rafal Peteffi. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto: acidente de consumo em decorrência de medicamentos. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 127/2020, p. 333-356, jan-fev/2020. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 334.

²⁵⁵ ÍÑIGO CORROZA, Ma. Elena. **La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos**. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 58.

a acusação defendia uma série de provas do nexu causal, a defesa sustentava que os efeitos do Contergan eram desconhecidos. O Tribunal, embora tenha confirmado que todos os diretores tinham conhecimento do potencial lesivo do medicamento, deixou de especificar a responsabilidade subjetiva de cada diretor, mas esclareceu que, de acordo com seu entendimento, eram corresponsáveis pelos diversos resultados lesivos, que foram considerados decorrentes de apenas um crime. Assim, diante dos deveres direcionados às empresas produtoras de medicamentos e da suspeita da existência de efeitos colaterais, caberia à empresa um amplo dever de informar ao consumidor²⁵⁶, culminando no dever de indenização às vítimas. Apesar disso, não atribuiu responsabilidade penal aos diretores pelo dever de agir para impedir o resultado.

Um dos mais importantes casos de responsabilidade penal omissiva é “caso do spray de couro”, ou “Lederspray”, pois até então os danos causados por produtos defeituosos só eram tratados na esfera civil, sendo, no julgamento deste caso, que trata de um *spray* para sapatos e outros artigos de couro, a primeira vez em que o Supremo Tribunal alemão decidiu acerca da responsabilidade penal pelo produto²⁵⁷. O spray era produzido pela empresa *Wener and Metz GmbH* e revendido por duas filiais e em 1980, ambas as empresas foram notificadas acerca de danos à saúde²⁵⁸ associados ao uso do produto. Em 12 de maio de 1981, os diretores da companhia participaram de uma reunião, na qual o químico responsável apresentou relatório apontando a inexistência de qualquer componente tóxico. Os diretores decidiram que só retirariam o produto do mercado quando e se as investigações apontassem um “autêntico defeito do produto” ou um “risco determinável derivado de seu uso”. Assim, somente em 1983 foram retirados definitivamente do mercado e os diretores

²⁵⁶ BONETI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 161.

²⁵⁷ BGHSt 37, p. 106 e seguintes, decisão de 06.07.1990. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs037106.html>>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

²⁵⁸ Os danos relatados eram distúrbios respiratórios, tosses, náuseas, calafrios, febre e, em alguns casos, também se relacionavam com quadros de edema pulmonar. Ainda, houve relatos de pessoas que tiveram a necessidade de receber tratamento em unidades de terapia intensiva. *In*: BONETI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 160.

responsabilizados pelas lesões causadas aos consumidores na forma omissiva dolosa, por não terem retirado do mercado e por terem continuado a fabricação do produto, mesmo após apontado o perigo²⁵⁹.

Outros casos²⁶⁰ despontaram a discussão sobre o tema na Europa e no mundo, especialmente no que concerne à causalidade entre o deixar de agir e o resultado causado. Diversas formas de responsabilização omissiva dolosa pelo foram aplicadas a sócios de empresas, diretores, engenheiros e químicos²⁶¹.

Em âmbito nacional, o caso que ensejou as discussões empresariais sobre responsabilidade penal foi o “Caso Fox”. Em 2003, a empresa Volkswagen colocou no mercado alguns modelos do automóvel “Fox” que continham uma vantagem de poderem ter seu porta-malas ampliados a partir do mecanismo de rebatimento de banco. Ocorre que em alguns casos, os consumidores posicionavam o dedo na argola ao invés da fita, destravando a mola e amputando o dedo. A empresa, em sua defesa, informou que o perigo era advertido no manual. Com a divulgação dos fatos na mídia, foi determinado o *recall* de mais de quatrocentas e quarenta e sete mil unidades do automóvel²⁶². Não houve, todavia, imputação penal.

²⁵⁹ Embora a perícia não tenha conseguido demonstrar cientificamente a substância responsável pelos danos, o Tribunal de Maniz sustentou a existência de causalidade entre o produto e os danos aos consumidores. O BCH manteve a condenação dos diretores, absolvendo tão somente o químico. Segundo o BGH, nesse tipo de caso é importante que fique comprovado que a composição do produto foi responsável pelo dano, não qual o exato elemento químico. *In*: Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 267.

²⁶⁰ Sobre o tema, ver “caso Holzschutzmittel”, na Alemanha, caso “Aceite de colza” na Espanha e posteriormente “caso aqua dots” no Canadá. Nos três casos, houve condenação dos diretores das empresas pelos danos causados aos consumidores. No entanto, houve absolvição posterior pela Câmara de Frankfurt, em relação ao primeiro. *In*: BONETTI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 169.

²⁶¹ Sobre o tema, ver a questão dos *toxic torts* nos Estados Unidos e a questão do Amianto no Brasil. *In*: ATZ, Ana Paula. A responsabilidade pelo fato do produto tóxico no direito dos Estados Unidos e no Brasil. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 118/2018, p. 459-496, set-out/2018, p. 461. Disponível em: < <https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁶² Segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça divulgou no dia 02 de abril de 2008 a determinação de *recall* para as quatrocentas e quarenta e sete mil unidades vendidas até então desde 2003. O *recall* tem como objeto a adaptação do mecanismo de rebatimento do banco traseiro. *In*: BRASIL, **Instituto Brasileiro de defesa do consumidor**. Disponível em: <www.idec.org.br>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

Outro caso de grande impacto a respeito dessa discussão foi o do HC nº. 88.077/RS²⁶³, julgado em 2006. Os dirigentes da empresa Vonpar, produtora de refrigerantes da marca Coca-Cola, foram denunciados pelo Ministério Público, mesmo ausente a conduta de cada um deles. Condenados, foi-lhes atribuída a responsabilidade pelo crime do artigo 7º, inciso IX da Lei nº. 8.137/1990, por terem sido encontradas na empresa três garrafas de refrigerante contendo mofo, o que as torna impróprias para o consumo.

Eis aqui uma situação em que não houve atuação culposa e nem dolosa, pois a companhia respeitou todas as regras para a fabricação do refrigerante, sejam elas administrativas ou legais, bem como os manuais de boas práticas, não se podendo falar em dolo ou mesmo culpa de funcionários e, menos ainda, dos diretores, na forma omissiva²⁶⁴. Se a empresa tomou todas as atitudes necessárias e respeitou todas as regras, a responsabilidade penal não poderia ser atribuída aos diretores, uma vez que não foi a ausência do dever de cuidado que gerou o dano: trata-se de hipótese imprevisível.

Assim, é possível afirmar que até então a responsabilidade omissiva na seara empresarial estava sob o controle da dogmática clássica, pois a solução oferecida pela jurisprudência respeitava os preceitos finalistas do Código Penal, ou seja, partindo-se de uma premissa de que a conduta deve ser orientada pelo elemento subjetivo: o dolo.

Todavia, com o desenvolvimento cada vez mais fulgente de um cenário marcado pela responsabilização penal expansiva, a partir do ano de 2012 o debate sobre o tema mudou de perspectiva, especialmente por ocasião do julgamento popularmente conhecido como “Caso Mensalão”.

A Ação Penal 470/MG tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF) desde o ano de 2007, discutindo diversos parâmetros para a imputação do resultado dos crimes de gestão fraudulenta e de instituição financeira às omissões por seus diretores de *compliance*. Nesse caso, ex-diretores do Banco Rural foram condenados pelo

²⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 88.077/RS**. Relator: Ministro César Peluso. 2ª. Turma. Data de julgamento: 31 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2363124>> Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁶⁴ BONETTI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BONETTI.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 169.

crime de lavagem de dinheiro²⁶⁵, pela conduta de omitir, nos relatórios de controle interno do banco, a existência de concessões e renovações de empréstimos tidos como irregulares, simulados ou com garantias insuficientes²⁶⁶.

Nessa oportunidade, a Corte Suprema debateu se a omissão da menção às irregularidades nos relatórios internos do banco, dirigidos à cúpula da instituição teve ou não reflexos nos crimes financeiros praticados e se isso seria suficiente para equiparar a omissão à comissão do delito. Não obstante o pleito defensivo de que a indicação das irregularidades nos relatórios era irrelevante, uma vez que os destinatários de tais documentos - os dirigentes máximos da empresa - as conheciam e estavam diretamente envolvidos em sua formatação; ou seja: ainda que tivesse o diretor de *compliance* feito o encaminhamento dos relatórios, tal ação não seria suficiente para evitar o resultado lesivo, que ocorreria da exata mesma forma ocorrida²⁶⁷.

Todavia, a Suprema Corte não acolheu a defensiva e, embora a relatoria da ação penal tenha sido do Ministro Joaquim Barbosa, o voto em que se vê de forma cristalina a utilização da posição de garantidor para promover a imputação do resultado foi no voto do ex-Ministro Ayres Britto²⁶⁸:

(...) quanto a este denunciado não posso deixar de consignar que muito me impressionou o fato de as provas dos autos não apontarem para um ato, uma

²⁶⁵ É importante destacar, no âmbito desse delito, que em 2012 entrou em vigor a lei nº. 12.683, de 09 de julho de 2012, que modificou substancialmente a legislação que coíbe a prática do crime de lavagem de dinheiro. Embora não tenha sido aplicada ao caso “mensalão” em decorrência da vigência do princípio da estrita legalidade, foi por ele muito influenciada. Além de excluir a necessidade de ser observado um crime antecedente em relação à lavagem de capitais, tornando-se um delito autônomo, destacou-se também a criação do COAF (Conselho de Operações de Atividades Financeiras) e a inclusão de diversas obrigações que recaem sobre as entidades financeiras. Relativamente à temática do garante, destaca como relevante a inclusão do art. 11, inciso III, que obriga o gestor da pessoa jurídica a informar ao COAF ou outro órgão competente não só movimentações financeiras suspeitas, mas também a não ocorrência de qualquer movimentação, transação ou proposta suspeita, colocando-se assim na posição de garantidor da legitimidade das operações ocorridas naquela instituição. Observe-se a previsão do referido dispositivo:

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: (...) III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

²⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁶⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 55.

²⁶⁸ Fls. 2910 do acórdão. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

ação tendente à realização da figura delitiva da gestão fraudulenta de instituição financeira. Nada obstante, fato é que o afrouxamento dos mecanismos de controle interno da instituição financeira (a deliberada omissão de controlar a regularidade das operações financeiras) também atinge o bem jurídico tutelado pela norma penal (...). Tudo a atrair a regra que se extrai do inciso I do §2º do art. 13 do Código Penal, na medida em que esse acusado conhecia as operações ilícitas e tinha a obrigação legal e estatutária de impedir a ocorrência do resultado²⁶⁹.

Por outro lado, o voto vencido, do Ministro Ricardo Lewandowski²⁷⁰ apontou a impossibilidade de imputar, com certeza, o resultado à omissão do dirigente. Para o Ministro, os relatórios não possuíam efeito vinculante e a decisão sobre a concessão ou renovação dos empréstimos estava na alçada de outros diretores, também réus, de forma que o envio dos dados corretos não impediria o resultado.

Assim, com o voto da maioria dos Ministros, a Corte Suprema condenou²⁷¹ os ex-diretores pela omissão das informações nos relatórios, reconhecendo a omissão imprópria e tornando um precedente sem tamanho na responsabilização omissiva pela posição de garante na jurisprudência pátria. O mero descumprimento da norma mandamental, aqui, foi considerado uma omissão penalmente relevante para a gestão fraudulenta, independente da questão sobre a possibilidade da ação exigida impedir o resultado típico²⁷².

A partir de então, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, essa modalidade de imputação penal tem sido utilizada de forma alargada nos tribunais pátrios, com base em critérios que não são da dogmática penal, mas sim políticos.

²⁶⁹ Fls. 2910 do acórdão. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁷⁰ Fls. 2664 do acórdão. Fls. 2910 do acórdão. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁷¹ Nesse sentido, do voto do relator, ex-Ministro Joaquim Barbosa, extrai-se o seguinte excerto: “Já quanto ao (nome do réu), não há prova de que tenha participado na concessão ou renovação dos empréstimos, mas de sua ocultação os relatórios de controle interno e compliance”. Voto relator ex-Ministro Joaqui Barbosa. Fls. 1196 do acórdão. No mesmo sentido, Ministra Carmem Lúcia (fls. 1902 do Acórdão), Luiz Fux (fls. 2732 do acórdão), Dias Toffoli (fls. 2802 do acórdão), Gilmar Mendes (fls. 2874 do acórdão). In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

²⁷² DA Costa Helena Regina Lobo; Araújo, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da AP 470**. In: Direito penal e processo penal: Leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos tribunais; 2015. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002746123>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

3.2 OS CRITÉRIOS DE PESQUISA UTILIZADOS

Não obstante os pressupostos dogmáticos da omissão serem lastreados na legalidade e, no âmbito processual penal, da produção probatória no sentido de deixar o sujeito de agir dolosamente quando deveria e podia impedir o resultado, procurou-se demonstrar com essa pesquisa se tais critérios estariam sendo seguidos pela jurisprudência brasileira.

Como mencionado, a expansão punitiva do Direito Penal vem sendo uma característica marcante da contemporaneidade. No que tange ao tema da responsabilidade omissiva imprópria na jurisprudência brasileira, esse marco sem sombra de dúvidas é o julgamento da Ação Penal nº. 470 pelo Supremo Tribunal Federal, impulsionando a utilização dessa modalidade nos Tribunais Superiores. Há uma tendência, a partir do ano de 2012, de se utilizarem os critérios dogmáticos da omissão de forma política, o que se constatou a partir da pesquisa jurisprudencial realizada.

Por isso, é importante destacar que a pesquisa tomou como ponto de partida justamente o julgamento do “Caso Mensalão”, no final do ano de 2012. Assim, o lapso temporal que compreende esse trabalho são os anos de 2012 a 2020.

Como a ação penal em questão fora julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e tendo a Corte Suprema a influência na formação de precedentes em toda a jurisprudência pátria, a pesquisa compreendeu a busca, nesse período de oito anos, de todos os julgados relativos ao tema ao nível do guardião da Constituição e também do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo julgamento das demandas de direito envolvendo as normas infraconstitucionais.

Além da capacidade de os Tribunais Superiores influenciarem a produção de toda a jurisprudência brasileira, destaca-se, ainda, a escolha destes em razão do julgamento de demandas envolvendo prerrogativa de função, na forma do artigo 84 do Código de Processo Penal e na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim como o mensalão, outros casos envolvendo a prerrogativa funcional foram julgados nessas Cortes ao longo dos últimos oito anos.

Por essa mesma razão, além dos dois Tribunais Superiores, também foi elegido para critério de busca nessa pesquisa o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Além de ser o Tribunal responsável pelos julgamentos das demandas federais no Estado

do Paraná, a Corte em questão julgou nos últimos anos a maior operação realizada pela Polícia Federal no país, a operação “Lava-Jato”, responsável por mais de 242 condenações em desfavor de mais de 155 pessoas²⁷³, possibilitando a busca mais ampla de acórdãos e decisões monocráticas envolvendo omissão imprópria.

Como o objetivo da pesquisa é inferir uma conclusão geral sobre o uso da omissão na jurisprudência pátria, não se restringiu a busca a algum tipo penal específico, mas sim a uma espécie delitiva: os crimes econômicos²⁷⁴. Nesse aspecto, deu-se enfoque às figuras típicas mais comuns nessa seara: crime de lavagem de dinheiro, os crimes consumeristas e os crimes ambientais. O que se visou, no presente trabalho, foi dar foco à busca pelo uso da modalidade de responsabilização subjetiva, ou seja, do agente. Daí porque os critérios utilizados como busca se ativeram à figura do garante penal²⁷⁵, do empresário, sócio, do gerente, chefe de setor ou, ainda, *compliance officer*.

Ademais, como já destacado, o objetivo foi depreender uma conclusão geral sobre o uso da omissão imprópria nos Tribunais mencionados. Portanto, para fins de falseabilidade do trabalho, esclarece-se que para a presente pesquisa fora utilizado o navegador “Safari”, acessando diretamente as páginas dos Tribunais pesquisados (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

No domínio público do Supremo Tribunal Federal, utilizou-se da aba “jurisprudência” e dos campos “pesquisa avançada” e, na sequência, “pesquisa em todos os campos” para proceder a busca. A pesquisa foi feita tão somente em relação aos acórdãos disponibilizados pela Corte. A mesma lógica foi utilizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça. Foram acessadas, em sequência, as abas “pesquisa” e “jurisprudência do STJ”, optando pela busca no campo “geral”, sem o uso de moderadores. Nesse site, todavia, não havia a opção pela restrição à busca apenas em relação à acórdãos.

²⁷³ BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. **Operação Lava-Jato: números**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

²⁷⁴ Para fins da melhor compreensão sobre o conceito de “crimes econômicos”, destaca-se que o conceito é aqui utilizado de forma elástica, não doutrinária. Optou-se por focar na responsabilização penal no cenário empresarial.

²⁷⁵ Como critérios de pesquisa semelhantes ao garante penal, foram utilizados ainda os seguintes termos: garantidor, posição de garante, responsabilidade penal do empresário e posição de chefia.

Finalmente, no que tange à pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, importa destacar o acesso à aba “jurisprudência”. Nessa, optou-se pelo marcador “TRF4” no campo “origem”, pelo “inteiro teor” no campo para pesquisa, restringindo-se a busca apenas em relação à acórdãos. Da mesma forma, não foram utilizados marcadores “e”, “ou” e outros para a pesquisa.

Relativamente aos termos de busca utilizados nessa pesquisa, é importante apontar que envolveram apenas os critérios dispostos no artigo 13, §2º do Código Penal, quais sejam: “comissivo por omissão”, “omissão imprópria”, “omissão dolosa”, “responsabilidade omissiva”, “dever de agir para impedir o resultado”, “omissão penalmente relevante”, “assumiu a responsabilidade de impedir o resultado” e “criou o risco da ocorrência do resultado”. Esses termos foram pesquisados de forma isolada e, posteriormente, cada um em conjunto com os termos “lavagem de dinheiro”, “corrupção”, “ambiental” e “crime tributário”.

São, por conseguinte, quinze critérios diferentes de pesquisa envolvendo a omissão imprópria, realizados nos domínios públicos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, durante os anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020. Foi colhido um total de 116 acórdãos.

Com isso, é possível passar à pesquisa propriamente dita.

3.3 A RESPONSABILIZAÇÃO OMISSIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência sobre os crimes omissivos empresariais ainda é tímida. As ações penais decorrentes do julgamento do “mensalão”, assim como a operação “Lava-Jato” são ainda recentes, temas que vêm sendo debatidos não só no âmbito da jurisprudência superior, mas também nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Daí porque o número de julgados na Corte Suprema ainda é pequeno.

Nem por isso, no entanto, deixa-se de observar o movimento expansionista do Direito Penal com uso das ferramentas da dogmática dos crimes omissivos impróprios.

Excluindo-se da pesquisa a Ação Penal 470, posto que ela foi utilizada aqui como ponto de partida para a busca realizada, foram colacionados 07 (sete) ²⁷⁶ decisões no Supremo Tribunal Federal sobre o tema no período de 2012 a 2020.

Destas, duas se referem ao julgamento de crimes contra o sistema financeiro nacional, duas são relativas à crimes ambientais, uma concernente aos delitos licitatórios e uma relativa ao delito de evasão de divisas.

Em todas as decisões, percebeu-se que há uma confusão entre os conceitos de omissão imprópria e os conceitos da teoria do domínio do fato, aplicando-se a punição em uma junção dos dois institutos, derivada da mera condição dos sujeitos serem diretores, presidentes ou chefes de setores nas empresas.

A título exemplificativo, observem-se trechos do julgado de 2019, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

(...) 4. O objetivo do legislador ao criminalizar a gestão temerária não foi o de penalizar a conduta do gestor de induzir terceiros pessoas em erro para auferir vantagem, mas sim a conduta que, embora praticada abertamente, sem qualquer ardil ou tentativa de ocultação, atente, quando acarretar risco injustificável ou desproporcional ao universo de investidores, contra a higidez da instituição financeira administrada. (...) Trata-se, por exemplo, da não inclusão, nos balanços ou registros da instituição, de informações concernentes à situação de higidez financeira, com o objetivo de iludir terceiros investidores e/ou órgãos oficiais de fiscalização do mercado. (...) 6.b.2) **A empresa SUL FINANCEIRA deixou de proceder ao registro contábil das aludidas operações com o objetivo de elidir fiscalização do BACEN, uma vez que, como o valor dos créditos tributários garantidos, somados, em muito extrapolava o patrimônio líquido da pessoa jurídica, aquele órgão, se tivesse conhecimento das operações, não mais permitiria que a empresa atuasse no mercado. 6.b.3) O réu JACOB KAEFER foi responsável pela realização das operações e pela iniciativa de não registrá-las, uma vez que, no período em questão, exercia o cargo de Diretor-Presidente da SUL FINANCEIRA** (AP 892, STF, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/02/2019, grifos da autora).

A tendência se repete nos demais casos julgados. Apenas em um deles, julgado no ano de 2019 e com relatoria do Ministro Edson Fachin, houve o

²⁷⁶ A saber: ARE 824199 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014; HC 127397, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016; HC 136250, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/05/2017; AP 975, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017; AP 987, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018; AP 892, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/02/2019. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

afastamento da responsabilidade penal com base unicamente no cargo ocupado. *In verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. DEPUTADO FEDERAL. 1. CRIME PREVISTO NO ART. 46 DA LEI 9.605/1998. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 2. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP). MATERIALIDADE DELITIVA. COMPROVADA. AUTORIA DELITIVA. NÃO DEMONSTRADA. **CARGO DE DIREÇÃO OCUPADO É INSUFICIENTE PARA, UNICAMENTE, COMPROVAR A AUTORIA DELITIVA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA.** AUSÊNCIA DE SUBSTRATO PROBATÓRIO. PRECEDENTES. 3. CRIME DO ART. 69 DA LEI 9.605/1998. AUSÊNCIA DE PROVA DO RÉU TER CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. 1. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime descrito no art. 46 da lei 9.605/1998, tendo em vista que a causa interruptiva da prescrição ocorreu com o recebimento da denúncia, e desde então, não incidiram outras causas interruptivas ou suspensivas. 2. **No crime de falsidade ideológica, a conduta comissiva do tipo penal imputado não pode ser presumida, unicamente, pelo cargo de direção ocupado na época dos fatos, pois a contrario sensu estar-se-ia autorizar a aplicação da vedada responsabilidade penal objetiva.** 3. **O quadro processual revela a insubsistência de prova de manobra ou de conduta precedente ou posterior do denunciado, que, na condição de diretor geral, causasse óbices ou dificuldades na atuação dos agentes responsáveis pela fiscalização no trato de questões ambientais.** 3. Absolvição por ausência de provas de que o réu tenha concorrido para a prática dos crimes previstos nos arts. 299 do CP e 69 da Lei 9.605/1998, por força do art. 386, V, do CPP. (AP 987, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/09/2018, grifos da autora)

É possível se concluir, portanto, que os conceitos omissivos impróprios têm sido utilizados, em sua maioria, pelo Supremo Tribunal Federal, de forma mais ampla e pouco claros e definidos, o que era de se esperar de um tema tão complexo e delicado. Embora se trate de questão que, na doutrina é imensamente debatida e depende de pontos de partida dogmáticos muito específicos, a Corte Suprema adota um posicionamento pouco dogmático, o que culmina na facilitação do reconhecimento da responsabilidade penal do empresário sem uma clara definição dos elementos da omissão.

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, a tendência se repete. Como mencionado, nesse grau, a jurisprudência é mais significativa em relação ao tema:

desde o ano de 2012 até o ano de 2020, o Tribunal Cidadão julgou 17²⁷⁷ demandas envolvendo a omissão imprópria.

Diferentemente do que se verificou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça foi possível observar uma inclinação ao uso dessa modalidade de imputação penal em relação a uma modalidade típica: os crimes ambientais. Foram encontrados nove julgados no âmbito da Corte imputando a responsabilidade delitiva ao sócio ou ao gerente de empresas em relação a danos ambientais causados.

Em menor quantidade, a imputação dos gestores públicos e sócios de empresas com contratos públicos celebrados aparece na sequência como destaque. Foram localizados cinco acórdãos nesse lapso temporal, imputando a responsabilidade pelos delitos contra a administração pública, como crimes licitatórios, peculato, corrupção, todos também cumulados com a imputação penal por lavagem de dinheiro.

Por fim, foram também encontrados dois julgados responsabilizando omissivamente os sócios de empresas por crimes contra a ordem tributária e um único acórdão responsabilizando o gerente do setor pela ocorrência de crimes contra a organização do trabalho.

Optando em primeiro lugar por tratar dos delitos ambientais, o que se vê é que dos nove acórdãos julgados no Superior Tribunal de Justiça envolvendo a responsabilidade omissiva imprópria, a maioria não se ateu aos critérios dogmáticos precisos, como aqueles mencionados capítulos iniciais desse trabalho. Por outro lado, fez uso de critérios amplos, o que culmina na facilitação do reconhecimento da

²⁷⁷ A saber: HC 260390/PE. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE). T6 - SEXTA TURMA. 07/11/2013, RHC 34997/RJ. Ministro JORGE MUSSI. T5 - QUINTA TURMA. 11/04/2013, RHC 46255/MS. Ministro JORGE MUSSI. T5 - QUINTA TURMA. 08/05/2014, REsp 1497445/SC. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. T6 - SEXTA TURMA. 15/10/2015, HC 281832/AC. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. T6 - SEXTA TURMA. 21/05/2015, HC 251162/ES. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. T6 - SEXTA TURMA. 07/05/2015, RHC 34264/RS. Ministro NEFI CORDEIRO. T6 - SEXTA TURMA. 02/06/2016, RHC 60077/PR. Ministro NEFI CORDEIRO. T6 - SEXTA TURMA. 09/08/2016, RMS 49909/SC. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. T5 - QUINTA TURMA. 16/05/2017, REsp 1618975/PR. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. T6 - SEXTA TURMA. 07/03/2017, RHC 87503 /TO. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. T5 - QUINTA TURMA. 19/10/2017, REsp 1707986/MT. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. T6 - SEXTA TURMA. 08/05/2018, AgRg no REsp 1618974/SC. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. T6 - SEXTA TURMA. 15/05/2018, AgRg 1618974/SC. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, AgInt no RHC 71612/MS. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. T5 - QUINTA TURMA. 06/11/2018, HC 444183 /PR. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. T5 - QUINTA TURMA, RHC 96738/RS. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. T5 - QUINTA TURMA. 24/04/2018, BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

responsabilidade penal do empresário sem uma clara definição dos elementos da omissão, posto que, nesses casos, houve o reconhecimento de que “não é necessária a descrição minuciosa da conduta pelo órgão ministerial, haja vista a configuração da condição de sócio da pessoa jurídica causadora do dano ambiental”²⁷⁸. Em outra decisão, o relator do acórdão entendeu que “a obrigação de conservação é do adquirente do imóvel, de modo que o recorrido tinha plena consciência de que sua omissão impedia a regeneração do mangue, impondo-se a condenação nas penas do art. 48 da Lei nº. 9.605/1998, na forma do art. 13, §2º, alínea “c” do Código Penal”²⁷⁹.

Ainda, no mesmo sentido, observe-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 9.605/1998. CRIME AMBIENTAL. CAUSAR POLUIÇÃO. DEIXAR DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO RELEVANTE. DELITOS OMISSIVOS. GARANTE. ART. 13, § 2º, DO CP. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. PREENCHIMENTO. ART. 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O patrimônio público, entendido sob a ótica de patrimônio natural, pertence a toda coletividade, sendo dever de todos, sobretudo do gestor público, o zelo por sua preservação e, portanto, a sua inobservância, de forma comissiva ou omissiva, implica conduta lesiva ao meio ambiente nos termos da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais). 2. A legislação que protege o ambiente, em todos os seus aspectos, tem que ser interpretada no sentido de poder propiciar uma tutela efetiva, célere e adequada, sob pena de ser frustrado o combate das condutas ilícitas que afetam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, da Constituição da República). 3. **O agente público, além de omitir-se em seu dever legal de zelar pela preservação ambiental, é capaz de condutas poluidoras, degradantes ou de qualquer forma danosas ao meio ambiente, consistente em ações ou omissões capazes de ofender os princípios constitucionais e administrativos que regem a gestão pública.** 4. Para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal: a situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. 5. A respeito do delito ambiental descrito no art. 68 da Lei n. 9.605/1998, faz-se necessário mencionar que se trata de crime omissivo impróprio, no qual o apontado agente, contrariando o dever legal ou contratual de fazê-lo, **deixa de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental para evitar resultado danoso ao meio ambiente.** 6. **Não há como administrador público, in casu, eximir-se da posição de garante, razão pela qual deve ser mantida sua condenação pela prática do crime do art. 54 da Lei n. 9.605/1998.** 7. Recurso especial improvido. (REsp 1618975 / PR. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR T6 - SEXTA TURMA. 07/03/2017. DJe 13/03/2017, grifos da autora).

²⁷⁸ RHC 34997 / RJ. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. 2012/0276056-7. Ministro JORGE MUSSI (1138). T5 - QUINTA TURMA. 11/04/2013. BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

²⁷⁹ REsp 1497445/SC. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. T6 - SEXTA TURMA. 15/10/2015. BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

A tendência é semelhante em todos os tipos penais mencionados acima. No que tange aos delitos contra a ordem tributária, a Corte entendeu de forma majoritária que “como sócio responsável pela administração da empresa, com poder de mando gerencial dos fatos praticados na contabilidade da empresa, é responsável pela ocorrência da redução indevida do tributo”²⁸⁰.

Assim, diante da pesquisa realizada no âmbito dos Tribunais Superiores, é possível concluir que embora a imputação com o uso de critérios amplos da omissão imprópria seja utilizada em maior número nos delitos ambientais, não se trata de uma inclinação direcionada a um único tipo penal. Estamos diante, em verdade, da construção de um critério jurisprudencial que termina por eleger uma classe de pessoas em especial para ser penalmente imputada pela ocorrência de um crime, ainda que sem a verificação dos critérios dogmáticos, em especial o dolo da omissão, que, como visto, é necessário nos capítulos anteriores.

3.4 A RESPONSABILIZAÇÃO OMISSIVA NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

No que se refere ao terceiro e último Tribunal pesquisado, vemos que a propensão é a mesma. Por se tratar de uma Corte de contorno regional²⁸¹, o número de acórdãos encontrados sobre o tema é expressivamente maior do que dos Tribunais Superiores.

Foram localizados noventa e dois acórdãos envolvendo o tema omissão imprópria na busca pelos critérios mencionados no tópico 4.2 deste trabalho. Destes, apenas seis são de caráter absolutório, por ausência de descrição típica da denúncia pelo representante do Ministério Público. Todos os demais aplicam a omissão imprópria como ponto principal da imputação penal, responsabilizando pela posição do sujeito na chefia da empresa ou de determinado setor.

²⁸⁰ HC 260390 / PE. HABEAS CORPUS. 2012/0252373-6. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300). T6 - SEXTA TURMA. 07/11/2013. BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

²⁸¹ Importante destacar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região é responsável pelo julgamento dos crimes federais nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande dos Sul e tem sede em Porto Alegre/RS.

Todavia, diferentemente da conclusão obtida em relação ao Superior Tribunal de Justiça, a tendência aqui é maior em relação aos crimes contra à administração pública, justamente em razão do já referido julgamento das ações penais decorrentes da operação “Lava-Jato”. Em segundo lugar, segue a responsabilização dos empresários e chefes de setor em relação aos crimes ambientais. Isso, no entanto, não afasta a utilização dessa modalidade nas demais espécies delitivas também já apontadas: crimes contra a ordem tributária, delito de lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, alguns crimes consumeristas e contra as relações de trabalho.

Como mencionado, de todos os acórdãos encontrados, boa parte se refere aos julgamentos realizados no âmbito da operação “Lava-Jato”, providenciando uma imputação penal às figuras importantes do cenário brasileiro, novamente na modalidade expansiva, sem critérios dogmáticos respeitados.

Nesse sentido, por exemplo, uma decisão proferida pelo próprio relator da operação nesse Tribunal, Desembargador João Pedro Gebran Neto, serviu como precedente a todas as demais condenações tomadas por ele. Observe-se:

(...) É autor do delito aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não. Será autor, portanto, aquele que efetivamente exerce o comando administrativo da empresa, podendo ser o administrador, o sócio-gerente, diretor, administrador por procuração de sócio ou mesmo um administrador de fato que se valha de interposta pessoa. Inexistindo dúvidas a respeito da omissão dolosa dos sócios da empresa paraguaia Câmbios Plata S.R.L, já que não atuaram para impedir a movimentação de valores depositados, também em contas de “laranjas”, com a deliberada intenção de promover a remessa do numerário ao exterior à margem da fiscalização, é de ser mantida a condenação imposta na instância *a quo*.²⁸².

O mesmo excerto decisório foi utilizado pelo Relator em mais de quarenta acórdãos proferidos, especialmente em recursos de apelação defensivos e *habeas corpus* liberatórios.

No terreno dos crimes ambientais, o movimento se mantém. Em 2016, o Desembargador Nivaldo Brunoni proferiu uma decisão no bojo do julgamento de um recurso em sentido estrito que foi utilizado como precedente em todos os casos envolvendo a mesma espécie delitiva a partir de então. Em seu entendimento, ele

²⁸² TRF4, ACR 5056914-74.2015.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 16/06/2019. **BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

aponta a responsabilidade do superior hierárquico como garantidor pela empresa, pois responsável pela gestão da fonte de perigo. *In verbis*:

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. PESCA COM TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITIDOS. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA ARRENDATÁRIA DE EMBARCAÇÃO E SEU RESPONSÁVEL. OMISSÃO DO SUPERIOR HIERÁQUICO. NORMA PENAL EM BRANCO. ULTRATIVIDADE. INICIAL QUE ATENDE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO. 1. Apresentados com a denúncia indícios suficientes acerca da prática de crime de pesca com técnicas e métodos não permitidos, aptos a ensejar a instauração da ação penal proposta contra o comandante da embarcação, empresa arrendatária e seu administrador. **2. A responsabilidade penal do superior hierárquico não se dá apenas por meio de um atuar positivo, mas também pela omissão, pois, na condição de garantidor (art. 13, § 2º, do CP), tem o dever de evitar o resultado. 3. Delitos omissivos se inserem na categoria de delitos de infração dever (Roxin), cuja autoria é aferida pela vinculação ao dever específico e não pelo domínio do fato. 4. O fundamento para a posição de garantidor do superior hierárquico reside no controle sobre uma fonte de perigo, que fundamenta deveres de proteção e vigilância, conquanto a prática delituosa tenha íntima relação com a atividade exercida pela empresa.** 5. Em se tratando de norma penal em branco cujo complemento tem a característica da temporariedade, não há falar em retroatividade das alterações ulteriores, dado que o objetivo do comando legal era que a norma não fosse transgredida naquela época. Precedentes do STJ e do STF. 6. Recurso em Sentido Estrito provido para receber a denúncia e determinar o prosseguimento da persecução, nos termos da Súmula 709 do STF. (TRF4 5002134-41.2016.4.04.7101, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 05/08/2016, grifos da autora).

Limítrofe é, também, a utilização dessa modalidade no âmbito dos delitos contra a organização do trabalho. No julgamento de uma apelação criminal²⁸³, a Relatora Cláudia Cristina Cristofani, em 2016, reconheceu a utilização da omissão imprópria para a responsabilização do empresário contratante por crime de redução análoga à escravidão, pois, segundo seu entendimento, o contratante do trabalho são responsáveis pelo fato, assumindo a posição de garante e tendo o dever de impedir que o crime ocorra. A partir de então, o acórdão se tornou parâmetro para julgamentos semelhantes: mais duas²⁸⁴ decisões exatamente no mesmo sentido para responsabilizar o empresário pelo tipo penal em questão.

²⁸³ TRF4, ACR 5036469-40.2012.4.04.7000, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 20/04/2016. **BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

²⁸⁴ TRF4 5003679-94.2017.4.04.7204, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 11/09/2017 e TRF4, ACR 0001022-69.2005.4.04.7211, SÉTIMA TURMA, Relator para Acórdão MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, D.E. 17/11/2016. **BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

Em relação aos crimes econômicos propriamente ditos, diversos julgados envolvendo crimes tributários, crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro foram julgados nos últimos oito anos. Dos acórdãos encontrados, o precedente que mais se destaca, utilizado posteriormente em outras condenações foi o julgamento da apelação criminal nº. 5014511-23²⁸⁵, de relatoria do Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, no ano de 2013. Nessa oportunidade, o relator entendeu que aquele que administra o estabelecimento empresarial é aquele que o conhece, sendo responsável, portanto, pela gestão dos recursos financeiros. Assim, mesmo que o responsável pela empresa não seja executor direto dos crimes, presume-se ser ele o autor, tendo em vista que nenhum ato acontece na empresa sem a ciência de seu administrador.

Além do precedente em aparente desconformidade com os ditames da teoria do delito gerado pela Ação Penal 470, outro julgado de extrema importância para a formação dessa tendência no Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi o julgamento do Habeas Corpus de Trancamento de Ação Penal nº. 0003266-89²⁸⁶, do ano de 2013. De relatoria da Desembargadora Salise Monteiro Sanchonete, a decisão foi responsável pelo entendimento adotado de que é suficiente ao Ministério Público oferecer denúncia atribuindo o crime aos sócios-gerentes da empresa, pois “são pessoas que se encontram na condição de praticá-lo ou impedir sua concretização, controlando assim o *iter criminis*”.

Nesse sentido, a partir dos exemplos aqui citados, é possível verificar no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a mesma tendência dos Tribunais Superiores, senão mais avançada no sentido de reconhecer uma responsabilidade por omissão nos crimes empresariais em discordância para com os ditames dogmáticos aplicáveis.

Dos mais de cem acórdãos localizados no total, poucos foram decididos no sentido da absolvição dos empresários por ausência de comprovação dos elementos subjetivos do tipo, dolo ou culpa. Para a maior parte da jurisprudência encontrada, é

²⁸⁵ TRF4, ACR 5014511-23.2011.4.04.7100, OITAVA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 15/04/2013. **BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

²⁸⁶ TRF4, HC 0003266-89.2013.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, D.E. 18/07/2013. **BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

suficiente a eleição de uma posição dentro da estrutura empresarial: o empresário assume a posição de garantidor pelos crimes ocorridos dentro do seio da companhia.

Assim, com a observância do movimento jurisprudencial expansionista desde 2012, é possível concluir que não estão sendo utilizados os critérios dogmáticos para aferição da responsabilidade penal a título omissivo. O uso dessa modalidade de imputação penal tem sido lastreado pela jurisprudência brasileira em dois critérios: na posição ocupada dentro da empresa e no risco assumido pelo sujeito ao gerir a empresa.

Das decisões aqui tratadas, é possível vislumbrar esse movimento através do que podemos chamar de “normativização do dolo”, ou seja, as decisões parecem se basear tão somente no dolo cognitivo (de conhecimento) e não na conjunção deste com o dolo volitivo (vontade), binômio inseparável para a dogmática penal brasileira. Assim, as decisões se configuram como um grande alargamento da posição de garantidor por vigilância em razão da ingerência, com diversas relativizações, inclusive no que tange ao nexo causal entre a ação anterior e o resultado²⁸⁷.

Um exemplo dessa tendência pode ser observado na própria Ação Penal nº. 470. Nesse precedente, que ocorreu foi um desprezo ao dolo em sua forma de conhecimento-vontade, além da capacidade de agir, requisito da omissão imprópria apresentada no segundo capítulo deste trabalho. Houve a responsabilização penal dos ex-diretores se baseando tão somente no conhecimento das irregularidades, desprezando-se sua impossibilidade de evitar o resultado lesivo, conforme sustentado pela defesa.

Outro caso em que fica claro esse viés é no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº. 824199, haja vista que no voto do Relator, Ministro Luiz Fux, é possível perceber que ele responsabiliza o diretor-presidente da instituição financeira porque deixou de registrar as operações financeiras, mesmo conhecendo-as; ou seja: não houve uma análise esmiuçada quanto ao dolo em obter eventual resultado lesivo com essa omissão. O que houve, nesse caso, foi apenas atribuição de dolo através da posição de garantidor ocupada pelo sujeito.

Em outro julgado, agora no âmbito do TRF da 4ª Região, percebe-se que a atribuição de responsabilidade do garante fundou-se apenas no dever de controle sobre a fonte de perigo – ou seja, a embarcação com a qual se realizou a atividade

²⁸⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 55.

de pesca. Não há qualquer menção ao dolo ou à capacidade de agir para evitar o resultado, por exemplo.

A partir disso, há uma tendência inequívoca em renunciar à lesividade da conduta, posto que não se parte a análise daquele quem imediatamente colocou o bem jurídico em risco, mas sim daquele que em tese violou deveres secundários e terciários de cuidado com esse perigo. Assim, é claro, porque além da renúncia à lesividade, há também o abandono do elemento subjetivo do tipo: o dolo. Quando se imputa um resultado a alguém sem aferição da vontade consciente de produzi-lo, baseando-se apenas no controle do risco pela posição assumida, temos uma mudança substancial no critério utilizado: deixamos de fazer uma análise dogmática e passamos a fazer uma análise política, tornando a imputação normativa²⁸⁸.

Com isso, criam-se novas fontes do dever de garantir, punindo tão somente a não evitação do resultado por sua parte²⁸⁹, fazendo o uso de critérios políticos para essa imputação: a maior parte dos exemplos é teratológica, mas apela ao senso comum, fazendo sentir que é injusto o omissor ficar “impune”, confundindo-se uma resposta política necessária com uma resposta penal tão demandada quanto aquela dirigida aos crimes de ação²⁹⁰.

Daí porque a necessidade de discussão desse tema. Com essa eleição de determinadas pessoas para a imputação do resultado, afastamo-nos cada vez mais da responsabilidade subjetiva e aproximamo-nos da construção da figura de um inimigo penal que também se afasta dos critérios dogmáticos: elege-se uma pessoa para ser responsável pelo delito, alcançando o único objetivo de satisfazer a necessidade social.

É a partir dessa noção de que se pretende trabalhar o próximo ponto desse trabalho.

²⁸⁸ Em relação ao tema, importa destacar a lição de Roxin, quando afirma a necessidade de a política criminal estar revestida do manto da dogmática. *In*: ROXIN, **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁸⁹ MARTÍN, Luis Garcia. **Los delitos de comisión por omisión: una exposición crítica de la doctrina dominante**. *In*: *Modernas tendencias em la ciencia del derecho penal y em la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 436.

²⁹⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 65.

4 CRIAÇÃO DO INIMIGO PENAL E A FIGURA DO GARANTE

Com a relativização e supressão de direitos e garantias fundamentais, é possível neutralizar os indivíduos considerados perigosos ou indesejáveis. Foi nesse contexto que surgiu a teoria desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs. Como mencionado no capítulo inicial desse trabalho, Jakobs é responsável pela idealização do funcionalismo sistêmico, baseada na teoria de Niklas Luhmann, para o qual a sociedade é vista como um sistema²⁹¹, sempre cunhada pelo Direito. Nessa visão, o homem não está só, mas interage com seus semelhantes e, ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”: não se sabe ao certo o que esperar do outro e tampouco o que ele espera de nós²⁹².

Com base nesse preceito, o Direito é visto como uma estrutura que define limites e interações na sociedade, se tornando a ela indispensável, uma vez que possibilita a estabilização dessas expectativas nas interações existentes entre pessoas²⁹³. Os contatos e interações geram expectativas diversas, asseguradas na subsistência da ordem social. Trata-se de um conceito central na teoria sistêmica: são as expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade e tornando a vida mais previsível e menos insegura²⁹⁴. Assim, as normas jurídicas funcionam como neutralizadoras de contingências das ações individuais, permitindo que um ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, determinados comportamentos dos outros²⁹⁵.

Nesse contexto, o Direito Penal, dentro do campo do sistema do Direito, também funciona como instrumento necessário para assegurar estas expectativas que surgem. A previsão legal fornece aos homens um modelo de conduta, indicando-

²⁹¹ In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.

²⁹² GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 09. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

²⁹³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

²⁹⁴ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 09. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

²⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

lhe quais expectativas²⁹⁶ podem ter em face dos outros. Quem não respeita a norma, tem sob si a imposição de uma coerção; ou seja, a função do Direito Penal é reafirmação da vigência da norma²⁹⁷, funcionando como uma forma de autopreservação do sistema jurídico penal²⁹⁸.

Fundando-se nessas premissas, a causalidade e a finalidade, dados ontológicos sobre os quais eram edificados os sistemas naturalista e finalista são substituídos pelo conceito normativo de competência²⁹⁹. Igualmente, também perde importância a distinção entre ação e omissão, assumindo lugar o normativismo, depurado dos elementos descritivos, com o condão de abarcar tanto a ação em sentido estrito quanto a omissão³⁰⁰.

A vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel que consubstancia um feixe de expectativas, sendo cada qual garante destas. Nesse contexto, a posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competências a um determinado indivíduo passa a ser pressuposto do ilícito³⁰¹, pois funda-se na prevenção de um risco.

Compete a cada pessoa organizar seu círculo de interações de modo a não violar as normas e não gerar decepções, surgindo assim os deveres de competência organizacional³⁰². Todavia, ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há também uma expectativa de comportamento positivo, ou seja: exige-se que o

²⁹⁶ Para Luhmann, as expectativas podem ser cognitivas e normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já a expectativa normativa mantém-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos. O errado era a realidade, não a expectativa. É daí que surge, também, o conceito de norma: “normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.

²⁹⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

²⁹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

²⁹⁹ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 09. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

³⁰⁰ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 74.

³⁰¹ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 09. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

³⁰² JAKOBS, Günther. **Culpabilidad e prevención**. In: RAMOS, Enrique Peñaranda. et all. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

sujeito cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social, surgindo os deveres de competência institucional.³⁰³

Surge, para tanto, a teoria unitária, que apenas distingue delitos por competência de organização de delitos por competência de instituição³⁰⁴, desprezando a diferenciação entre ação e omissão. Segundo a teoria jakobsiana, há um duplo fundamento possível para a imputação da responsabilidade penal: a violação das regras do “status geral” de cidadão (crimes em virtude da organização) e a violação das regras do “status especial” (crimes em virtude da instituição).

Em suma, para Jakobs, a liberdade de organização pressupõe responsabilidade. O cidadão tem liberdade de organizar o mundo exterior, mas, como contrapartida, exige-se-lhe o controle e, em forma de expectativa social mínima, sobre os perigos criados, ou em relação aos perigos assumidos³⁰⁵. O fundamento da responsabilidade que em uma dogmática consistente deve ser comum tanto à comissão quanto à omissão, é, para ele, a extensão da esfera de liberdade própria à custa da esfera de liberdade do outro³⁰⁶.

Com isso, Jakobs eleva a visão funcionalista do sistema penal à sua máxima potência³⁰⁷, culminando no ponto extremo de suas bases teóricas: o Direito Penal do inimigo. Esse sujeito³⁰⁸ é visto como responsável pela violação da norma e das

³⁰³ JAKOBS, Günther. **Culpabilidad e prevención**. In: RAMOS, Enrique Peñaranda. et all. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 31.

³⁰⁴ Nesse contexto, a posição de garante assente na “responsabilidade pela configuração de um círculo organizativo” e na “obrigação de realizar uma prestação a favor de um terceiro”, respectivamente. In: JAKOBS, Günther. **Culpabilidad e prevención**. In: RAMOS, Enrique Peñaranda. et all. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 31.

³⁰⁵ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 86.

³⁰⁶ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

³⁰⁷ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 241. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

³⁰⁸ Para denominação de inimigo, utiliza-se aqui a concepção dada por Carl Schmitt: “o inimigo não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feito; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer ser vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através de sentença de um terceiro não envolvido e, destarte, imparcial. Assim, inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, público, Inimigo é hostis, não inimicus em sentido amplo, polemios e não echtros”. In: SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Belo Horizonte: Del Rey,

expectativas, além de violar também suas competências institucionais. Por conseguinte, acaba configurando um risco, um perigo iminente à vigência desse sistema: surge assim a necessidade de combatê-lo, de castigá-lo para a estabilização da norma.

Com esse fulcro, a teoria do Direito Penal do inimigo inicialmente foi relacionada com crimes considerados graves, cujos autores eram apontados como perigosos, como o terrorismo e o tráfico de drogas³⁰⁹. Posteriormente, no entanto, sua abrangência foi ampliada, alcançando o que se compreende hoje como a criminalidade econômica.

Assim, com foco específico na figura do inimigo de Jakobs, os tópicos a seguir objetivam analisar se é possível concluir por uma assimilação do garante, presente no estudo da dogmática omissiva, com o inimigo jakobiano, especialmente a partir da forma como o conceito é aplicado pela jurisprudência brasileira.

4.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Quando inicialmente desenvolvida, a teoria do Direito Penal do inimigo pretendia a criminalização de atos preparatórios e outras condutas fundamentadas apenas no risco de dano, sendo compreendido legitimamente como um direito de emergência. No entanto, após os atentados terroristas de 11 de setembro nos Estados Unidos, a teoria passou a ganhar mais visibilidade, sendo mais difundida e estudada, pois a partir dela se concluiu que o modelo tradicional não daria mais conta de oferecer segurança, sendo preciso tomar medidas extraordinárias para neutralizar indivíduos que se colocavam na posição de inimigos por descumprirem as normas do sistema³¹⁰.

Nesse contexto, com uma reformulação da teoria inicial e pautando-se na premissa de que o Direito Penal tradicional não resolvia a questão da segurança na

2008, p. 28. Importante destacar que, não obstante o próprio Jakobs insista em se afastar de Carl Schmitt, diante de sua influência no partido nacional-socialista, tem razão a posição de Zaffaroni, quando afirma que o Direito Penal do inimigo de Jakobs em muito se aproxima do conceito de inimigo de SCHMITT. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

³⁰⁹ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

³¹⁰ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45.

era da pós-modernidade, Jakobs criou uma distinção entre o que ele chamava de “Direito Penal do cidadão” e o que denominava “Direito Penal do inimigo”, construindo um Direito Penal de duas velocidades³¹¹. A primeira modalidade corresponde ao “tipo ideal”, ao Direito Penal tradicional e democrático, em que o autor de determinado crime é tido como pessoa racional que, de um modo geral, observa seus deveres para com o coletivo, sendo seu delito um deslize pontual³¹². Esse cidadão³¹³ é considerado capaz de figurar como receptor da comunicação condenatória, de modo que a essa modalidade de Direito Penal cumpre um papel de otimização da proteção da esfera de liberdade³¹⁴, com o respaldo de seus direitos e garantias fundamentais.

Em lado diametralmente oposto está o Direito Penal do inimigo³¹⁵. Segundo essa concepção, haveria um Direito Penal de terceira velocidade, voltado para indivíduos identificados como inimigos, pois vistos como focos de perigo³¹⁶ a serem neutralizados pela coação penal³¹⁷. Nessa teoria, há uma mudança de paradigma penal, assumindo o Direito Penal o propósito de combater determinadas formas de delinquência que violam as expectativas e causam insegurança à identidade

³¹¹ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 243. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

³¹² Pessoa de direito ou cidadão é aquele que, dentro da ideia de sistemas, normalmente se orienta pela norma, em geral a respeitando, ainda que pontualmente ou eventualmente a infrinja. *In*: POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 15.

³¹³ “Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real, eis que sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona”. *In*: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 45.

³¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 15.

³¹⁵ “[...] o não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminoso e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminoso), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta”. *In*: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 57.

³¹⁶ “Para a melhor definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como ser definido, também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do status de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade. *In*: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 111.

³¹⁷ “Inimigo é quem, com seu comportamento infrator da norma e especialmente perigoso, impossibilita ou dificulta que os demais se orientem pela norma e se sintam protegidos por ela”. *In*: POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 24.

normativa da sociedade e, com isso, a sanção deixa de ter um foco retrospectivo, revelando uma visão prospectiva, ou seja, de prevenção de atos futuros³¹⁸. Para esse sujeito elegido, o Direito Penal teria como característica principal uma aplicação de coação antecipada, suprimindo direitos e garantias fundamentais³¹⁹ através de uma legislação e atuação judicial de luta ou combate, ao invés de tutela³²⁰.

Baseada em uma prevenção positiva, essa proposta é vista a partir da ideia de que o Estado reforça a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, com o objetivo de integração e estabilização social, reafirmando a solidariedade entre os cidadãos contra os desviantes³²¹. Segundo Jakobs, trata-se, portanto, de um procedimento em que se evidencia a ausência de separação entre os Poderes Executivo e Judiciário, pois não se poderia denominar como um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, como um procedimento de guerra³²².

Com a marca desses conceitos de risco e confiança no sistema e nas expectativas sociais, o que ocorre é uma renormativização dos conceitos. O sujeito não é aquele que causa ou pode evitar um acontecimento, mas sim aquele que pode ser competente para tanto. Por isso, os conceitos de causalidade, poder, capacidade e culpabilidade perdem seu conteúdo pré-jurídico e transformam-se em etapas de competência³²³.

Assim, é institucionalizado um tratamento penal desigual entre as pessoas³²⁴: enquanto o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate aqueles sujeitos elegidos como não-cidadãos, evitando que eles se materializem em riscos. Nas palavras de Jakobs: “o Direito Penal do inimigo otimiza a

³¹⁸JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 21.

³¹⁹VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo**. O corrupto é o inimigo da vez? Curitiba: Juruá, 2019, p. 90.

³²⁰POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 30.

³²¹Francisco Muñoz-Conde critica esse suposto efeito preventivo, porque, segundo ele, os eleitos como inimigo não se sentiriam ameaçados por esse direito penal especial sem garantias. O próprio Estado já os exclui e desqualifica como pessoas, de modo que eles poderão, assim, legitimar seus ataques a esse Estado. *In*: MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73.

³²²JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 41.

³²³GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 10. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

³²⁴DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 241. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

proteção de bens jurídicos, o Direito Penal do cidadão otimiza as esferas de liberdade”³²⁵.

Eugênio Raul Zaffaroni, penalista argentino, ao estudar a teoria do Direito Penal do inimigo, descreveu-a com uma espécie de quarentena penal. Segundo o autor, os inimigos estariam confinados em um compartimento estanque do Direito Penal aplicado apenas a eles, sendo que todo o restante continuaria funcionando conforme os princípios garantistas³²⁶, inerente ao Estado Democrático de Direito. Conclui-se, desse modo, que a lógica do Direito Penal do inimigo é responsável pela adoção de uma política criminal totalmente dissociada dos princípios clássicos do Direito Penal.

Sob outro viés, Miguel Polaino-Orts discorda da versão compartimentalizada da teoria. Segundo seus ensinamentos, o Direito Penal do inimigo se caracteriza pelo fato de que o sujeito não se presta a uma garantia cognitiva de cumprimento da norma e, por isso, é tratado como foco de perigo³²⁷. Enquanto tal, lhe é designado um status de “não pessoa”, o que não significa que o inimigo seja excluído de forma absoluta do sistema, nem que não disponha de direitos. De acordo com sua concepção, seria possível ser, ao mesmo tempo, pessoa e inimigo, em âmbitos diversos³²⁸.

Independente de como se veja a posição do Direito Penal do inimigo pela doutrina em geral, na concepção de seu criador, trata-se de uma teoria responsável pela otimização da proteção de bens jurídicos em detrimento das esferas de liberdade, havendo, por isso, uma clara separação entre as espécies. Nesse contexto, Jakobs defende que a definição do inimigo é uma tarefa dada exclusivamente ao Direito, não à política, de modo que sua concepção de inimigo não assume um sentido desqualificativo, mas sim uma categoria científico-descritiva: o inimigo representa, ao Direito, um déficit de garantia cognitivo-normativa³²⁹. Assim, em razão do perigo que

³²⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 41.

³²⁶ Na opinião de Zaffaroni as garantias processuais penais correspondem ao resultado da experiência de contenção acumulada, constituindo a essência daquilo que encerra o Estado de polícia, sendo o próprio Estado de Direito. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 156.

³²⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 62.

³²⁸ Para fundamentar seu posicionamento, o autor traz um exemplo: “o agressor doméstico é tratado como inimigo pelo legislador no âmbito familiar, por isso lhe é imposta uma pena ou medida de afastamento (porque segue sendo foco de perigo para a vítima), mas isso não exclui sua plena personalidade em outros âmbitos: fiscal (paga perfeitamente seus impostos), profissional (cumpre fielmente suas obrigações laborais) ou em outros aspectos familiares (é um excelente pai, p. ex.). *In*: POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 62.

³²⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 33.

a conduta dos indivíduos em questão representa à norma e à legitimidade do sistema jurídico, haveria essa necessidade de afastamento do Direito Penal do cidadão.

Em tese, o inimigo buscaria sua destruição³³⁰. Por isso, sua teoria assegura que medidas como a ampla antecipação da culpabilidade, a falta de uma redução proporcional ao adiantamento da culpabilidade, a alteração da legislação do Direito Penal e a conduta dos julgadores seriam importantes instrumentos de combate à delinquência³³¹.

É claro que, seja em sentido jurídico ou político, a utilização desses preceitos se exprime em um retorno ao punitivismo e uma ampla aplicação do direito penal simbólico³³², envolvendo a promulgação, aprovação de leis e atuação do Poder Judiciário para satisfazer um clamor social³³³, partindo-se da falsa premissa de que o endurecimento da resposta penal resultará na diminuição de atuações contrárias ao sistema. Há um incremento quantitativo e qualitativo do alcance da criminalização como critério de política criminal e o Direito Penal do inimigo seria utilizado nesse sentido, transmitindo uma sensação de segurança e atuação eficiente do Estado para a opinião pública, sem uma comprovada redução da criminalidade³³⁴. Traduz-se, portanto, não no tradicional Direito Penal do fato, mas sim na escolha e punição de um determinado autor.

Em razão dessa inclinação ao Direito Penal do autor, diversos autores teceram críticas à teoria jakobiana. Uma das principais repreensões foi de Manuel Cancio Meliá, o qual afirmou não existir qualquer estabilização de normas como pretende Jakobs, mas sim uma demonização e exclusão de determinados grupos de infratores,

³³⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 35.

³³¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 35.

³³² “Segundo essa proposta, e em áreas onde a atuação penal não é essencial, mas pode ser desejável, o poder punitivo é usado para a projeção de símbolos na população de forma a produzir-se a satisfação com a atuação do poder institucionalizado, construindo no imaginário do cidadão em geral a ilusão de que o poder está agindo na contenção da criminalidade. Assim, inteligentemente se consegue conquistar o apoio popular e reforçar o próprio poder instituído – condição que se potencializa pela adoção da prevenção geral positiva (característica dos atuais sistemas funcionalistas do Direito Penal) como fim da pena). *In*: DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 259. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

³³³ GOMES, Luiz Fávio; BIANCHINI, Alice. “Direito penal” do inimigo e os inimigos do direito penal. **Revista electrónica del centro de investigaciones criminológicas de la USMP-PERÚ**. 2. ed. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74638321/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-segunda-edicion>>. Acesso em: 06 de agosto de 2020.

³³⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 88.

à escolha da política criminal momentânea³³⁵. Corroborando essa ideia, Zaffaroni defende que na escolha por um Direito Penal do inimigo, o que ocorre é uma rápida sucessão de inimigos e, ao invés de promover a sensação de segurança, acaba elevando a angústia suscitando a necessidade da criação de novos inimigos para acalmá-la³³⁶. Zaffaroni cita, ainda, a técnica *völkisch* (ou populesca), utilizada durante o nazismo, consistente na alimentação e reforço dos piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez³³⁷.

Outro problema apontado sobre a teoria é no que se refere à identificação dos “inimigos”. Como não são pessoas claramente reconhecíveis, podem ser confundidos com o restante da população, de modo que a redução de direitos e garantias atingiria a todos os cidadãos, visando identificar e coibir o tal inimigo³³⁸. Com isso, todos os cidadãos estariam ameaçados e colocados em risco de serem processados como supostos inimigos e terem suas garantias violadas³³⁹.

Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, com o único propósito de identifica-los³⁴⁰. Nesse sentido, invoca-se a falsa ideia de eficientismo penal, próprio desse Estado autoritário e em detrimento do Estado de Direito³⁴¹.

Francisco Muñoz-Conde ainda defende que não estamos diante de uma invenção de Jakobs, mas sim de uma realidade real e de uma ameaça preocupante à

³³⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 101.

³³⁶ “O certo é que, planetariamente, a rápida sucessão de inimigos aumenta a angústia e reclama novos inimigos para acalmá-la, pois quando não se consegue um bode expiatório adequado nem se logra reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras do jogo, a angústia se potencializa de forma circular. A voragem de inimigos não deixa tempo livre para a construção de uma identidade perversa como frente contra um inimigo”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 57.

³³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 57.

³³⁸ “O certo é que nesse autoritarismo cool, não se sabe quem é o inimigo, pois estes se sucedem sem somar-se; em lugar de defini-los fotograficamente, são projetados cinematograficamente, como constructos em série dos meios de comunicação, em especial da televisão”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 54.

³³⁹ “Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os inimigos) são seres humanos não claramente identificáveis, e sim pessoas misturadas e confundidas com o restante da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca das possibilidades de que o Estado de direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 54.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 118.

³⁴¹ Enquanto o princípio regulador da razão de Estado é o uso de meios eficazes, o princípio basilar do Estado de Direito é o uso de meios juridicamente pré-estabelecidos. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica [et. al]. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

ordem democrática. Trata-se de um Direito Penal politicamente errôneo e também inconstitucional, não contribuindo em nada para o fim buscado por Jakobs: a prevenção de delitos³⁴².

Consequentemente, essa eficácia prometida é ilusória.

Com base na teoria do Direito Penal inimigo e sua crescente visibilidade e utilização no âmbito do Direito Penal contemporâneo, desponta a necessidade analisar sua possível aplicação pela jurisprudência brasileira através da confusão com outros critérios dogmáticos. Há uma grave inclinação à violação de direitos e garantias fundamentais dos escolhidos como inimigos, uma antecipação da culpabilidade pelo desprezo ao dolo e, por consequência, um prenúncio ao fim do Direito Penal subjetivo e garantista como ainda conhecemos. Nesse aspecto, estariam critérios omissivos da eleição e responsabilização do garante sendo aplicados com base no Direito Penal do inimigo? Seria o garante o novo “inimigo” dessa política criminal?

É o que se pretende responder no item a seguir.

4.2 INTERSECÇÃO DOS CONCEITOS: A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO NA JURISPRUDÊNCIA E O USO DA RESPONSABILIDADE OMISSIVA

Após a apresentação dos conceitos de omissão imprópria na dogmática penal tradicional e da teoria do Direito Penal do inimigo, neste próximo item, pretende-se aproximar os dois conceitos, a fim de verificar se a aplicação da responsabilização omissiva na atualidade se relaciona com a eleição de um inimigo penal.

4.2.1 A política criminal expansionista e a influência do discurso midiático nos julgamentos criminais: a criação do inimigo contemporâneo

Com o desenvolvimento da sociedade moderna pós-industrial, nasceu o que hoje conhecemos como sociedade tecnológica, que não se fundamenta apenas no

³⁴² MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 40.

avanço da tecnologia e das complexidades das relações estabelecidas nesse meio, mas sobretudo na ideia do perigo causado a partir das condutas humanas³⁴³.

Nesse diapasão, passou-se a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando o que hoje se denomina “sociedade do risco”³⁴⁴. Essa nova sociedade reclama novos bens jurídicos, partindo de uma premissa tradicional dos bens jurídicos individuais para o que se conhece como bens jurídicos supraindividuais.

Também conhecida como “sociedade de insegurança”³⁴⁵, clama-se pelo surgimento de um Direito Penal apto a proteger esses “novos” bens jurídicos. Isso, somado ao avanço do funcionalismo que traz como função principal do Direito Penal a proteção desses interesses sociais, surge também o “Direito Penal do risco”³⁴⁶, acolhendo novas demandas e interesses, pautados na prevenção da criminalidade, na minimização do risco e da produção de uma ideia de segurança coletiva³⁴⁷.

Fomenta-se, com isso, uma nova “onda” de política criminal, tendente à expansão do poder punitivo, deixando de lado uma dogmática iluminista fortemente atrelada aos princípios clássicos da imputação a partir de uma interpretação estrita dos tipos penais. Essencialmente pragmática, essa política criminal contemporânea está disposta a resolver a qualquer preço, por meio do Direito Penal, problemas que não lhe são próprios ou, ainda, que poderiam ser resolvidos satisfatoriamente por outras áreas do Direito ou através de medidas técnicas³⁴⁸. Dá-se espaço à proteção funcional dos bens jurídicos, com preferências para bens difusos, forjados muitas vezes de expressões vagas e imprecisas, além das frequentes alterações da

³⁴³ SUZUKI, Claudio Mikio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo**. Juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 87.

³⁴⁴ In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

³⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2001, p. 30.

³⁴⁶ Dentro das características principais desse direito penal do risco estão, segundo Jorge Figueiredo Dias, a antecipação da tutela penal com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de crimes de perigo abstrato, mera conduta, omissivos impróprios, etc. In: DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 9, nº. 33, jan./mar. 2001, p. 45.

³⁴⁷ “A exceção enquanto regra mostra-se a medida cabível em uma sociedade do risco, haja vista que a premência luta pela inalcançável segurança – aqui sobretudo a jurídica – e faz com o que o estado de exceção seja considerado como a regra primeira de atuação do Estado”. In: SUZUKI, Claudio Mikio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo**. Juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 113.

³⁴⁸ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

legislação penal com desprezo à lesividade, uso de Direito Penal como instrumento de segurança e transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas, como o dolo, critérios de autoria e participação, constituindo a imputação individual um obstáculo para a eficácia dessa nova política criminal³⁴⁹. Nesse sentido, percebe-se uma grave crise do Estado Social em matéria criminal³⁵⁰.

Seguindo a mesma linha, Zaffaroni explica que essa tendência chamada de “Estados de emergência”, embora não seja recente, tem se perpetuado na América latina, a partir da invocação de supostas emergências justificadoras³⁵¹. Trata-se de um avanço contra o tradicional Direito Penal liberal ou direito de garantias, consistindo na antecipação de barreiras de punição, aceleração de procedimentos e desproporções das consequências jurídicas, na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários por meio do Direito Penal do autor em nome da operatividade da intervenção estatal³⁵². Tudo isso por conta de uma suposta contenção do risco da “criminalidade”³⁵³.

Dessa feita, parece ter sido institucionalizada e legitimada a retomada do antigo discurso de guerra e luta contra o hostil, sem qualquer preocupação com justificativas racionais, responsabilidade penal em sentido técnico³⁵⁴ e claras delimitações entre as diferentes políticas criminais, máxime porque se passa a contar com o incondicional

³⁴⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55.

³⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2001, p. 159.

³⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 14.

³⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 14.

³⁵³ “Temos sob a ótica da grande massa, um dos maiores riscos da nossa sociedade atual é a criminalidade, que transforma o risco em perigo e a tolerância em intolerância, sendo que estas acabam por se tornar o verdadeiro embasamento dos ‘regimes democráticos’ que pregam, doutro ângulo, a segurança e a unidade em torno dela. A sociedade do risco não é, portanto, uma sociedade revolucionária, mas sim mais do que isto: é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça se converter em normalidade e, em geral, essa é a tônica que verificamos na modernidade, uma vez que a construção da exceção, que não é política e nem jurídica, fomenta uma zona de anomia em que a suspensão da ordem ocorre pela constatação originária da forma humana, isto é, pela exclusão, pela formação do bando, do abandonado, que justifica, assim, a própria formação política ocidental”. In: SUZUKI, Claudio Mikio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo**. Juizes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 93.

³⁵⁴ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 256. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

apoio da opinião pública³⁵⁵. Inegavelmente, estamos diante de um período marcado pelo destaque central da figura do inimigo penal.

Tradicionalmente, uma das principais formas de se verificar quem é o principal inimigo do sistema processual penal no imaginário da população é se atentando para quais atividades criminais são o foco dos meios de comunicação, ou seja, da mídia, e quais desses crimes são mais divulgados nas redes sociais e geram maior repulsa popular³⁵⁶. Isso porque a mídia, na busca por audiência e notícias, injeta mais combustível a essa sanha criminalizadora social, como se o Direito Penal, outrora denominado *ultima ratio*, fosse verdadeira panaceia legal capaz de prevenir as desgraças, responsabilizar e punir os culpados, estabelecer os limites, reduzir ou eliminar a criminalidade e, por fim, vingar aqueles que se sentem injustiçados³⁵⁷.

Por isso, essa construção do sujeito daninho, hostil à sociedade é determinada por critérios políticos que se espalham mundialmente, alimentados também pela mídia, que deles se aproveita, em um processo de demonização sem precedentes históricos³⁵⁸. Destarte, permite-se que se espalhe pelo mundo um discurso único, pautado no medo, legitimando características autoritárias, antiliberais, e que estimula o exercício do poder punitivo de forma mais repressiva e discriminatória, agora em escala mundial.

Desde o 11 de setembro, por influência estrangeira, vinha-se combatendo ostensivamente crimes tipicamente mais violentos, como o terrorismo e os crimes hediondos e assemelhados, como delitos de estupro e de tráfico de drogas, além da formação de organizações criminosas. Todavia, se nos atentarmos ao cenário político e popular brasileiro, não há dúvidas que esse inimigo tradicional, autor de crimes violentos, não é o nosso. A criminalidade econômica, através da figura do empresário e do político, é a modalidade que mais vem sendo guerreada pela população brasileira, através desse discurso punitivista apoiado pela mídia. Com isso, o cenário do Direito Penal que tipicamente sempre esteve marginalizado da sociedade, passou

³⁵⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210.

³⁵⁶ VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo**. O corrupto é o inimigo da vez? Curitiba: Juruá, 2019, p. 130.

³⁵⁷ SUZUKI, Claudio Mikio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo**. Juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 115.

³⁵⁸ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 243. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

a assumir posição central, gerando comentários diários e imagináveis soluções sociais³⁵⁹.

Isso se deu, principalmente, a partir do julgamento de casos criminais envolvendo o alto escalão da política e do empresariado brasileiro, destacando-se um protagonismo do Poder Judiciário, principalmente com sua transmissão ostensiva e simplista, depois do que Zaffaroni chama de “criminologia midiática”³⁶⁰. A partir desse movimento, os juízes se tornam alvos das reações populares direcionadas, em sua maioria, àqueles com posturas garantistas; muitos também estigmatizados como inimigos, coniventes que seriam com essa nova criminalidade e ainda responsáveis pela impunidade e insegurança da população diante da criminalidade³⁶¹. No imaginário popular, parte-se da premissa de que para que se garanta segurança, é sempre necessária uma lesão à liberdade³⁶².

Nesse momento, os juízes passam a ser alvejados por essa criminologia midiática, pois o discurso simplista acaba tendo sua mensagem facilmente propagada. A segurança pública se converteu em pretensão social legítima através da mídia, que dá voz à sociedade e desacredita as instituições, mas, ao mesmo tempo, exige que o Estado, em particular pelo Direito Penal, ofereça respostas³⁶³ e elimine o delito da face da terra. É a partir daí que são criados os inimigos, trazendo na perspectiva de descontentamento da população, o indicativo de que os magistrados estariam decidindo de forma equivocada³⁶⁴.

Destarte, para o senso comum, os juízes devem punir cada vez mais e com penas cada vez mais longas e menos benefícios na execução penal³⁶⁵. Pouco importam quais direitos a Constituição assegura ou quais garantias de direitos humanos tenham sido ratificadas internacionalmente. Se o juiz não aplicar, em sua

³⁵⁹ Segundo Zaffaroni, estão costumeiramente no sentido de “julgamentos assertivos de tom sentenciador, emitidos pelos meios de comunicação de massa, estes às vezes nas mãos de grandes corporações transnacionais, enredadas com outras que disputam o poder dos Estados, bastante imponentes do mundo globalizado”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 5.

³⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 193.

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 176.

³⁶² DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 243. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020

³⁶³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 54.

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 177.

³⁶⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal à marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013, p. 81.

sentença, as disposições requeridas por essa mídia de massa, corre o risco de ser denunciado e perseguido pela pressão dos meios de comunicação e pelas próprias estruturas judiciais interessadas em fazer publicidade ou simplesmente pela intenção de desprestígio³⁶⁶.

Do temor da reação popular e da tentativa de atender às clamorosas reivindicações por mais segurança pública³⁶⁷, os juízes acabam se esquivando de julgamento de determinados casos ou, ainda, acabam julgando-os com foco na aprovação popular, esquivando-se da consecução do Estado Democrático de Direito³⁶⁸. Evidente, portanto, que acabam submetidos à pressão do discurso midiático punitivista.

Nesse alicerce, cria-se um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos, que configuram um “eles” separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus³⁶⁹, que muda conforme a política criminal momentânea. Instaura-se, portanto, um verdadeiro clima de guerra, institucionalizando essa dicotomia entre bons e maus, os inimigos da sociedade. Na concepção de Santoro Filho:

[...] De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro, os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de “reféns” dos delinquentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico³⁷⁰.

Todavia, essa política criminal tem uma regulação cosmética, de placebo, pois o Direito Penal simbólico utilizado a partir de uma premissa efficientista existe para promover uma função meramente política, através da criação de imagens ou símbolos

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 80.

³⁶⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 53.

³⁶⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. Harvard University Press, 2010, p. 9.

³⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307.

³⁷⁰ [...] O primeiro instrumento a ser utilizado nessa batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delincente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita. In: SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito penal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 130.

que atuam na psicologia do povo, produzindo efeitos úteis³⁷¹, a exemplo da criação de um mundo pautado na ideia do “*nós x eles*”.

No caso brasileiro, esse inimigo tradicional evoluiu, partindo do traficante ao criminoso econômico³⁷², especialmente após os casos mais conhecidos e divulgados na mídia: o julgamento da Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal e a Operação Lava Jato.

É nesse ponto que há a eleição do inimigo e conseqüentemente, surge um especial problema aos direitos e garantias fundamentais, pois o combate à criminalidade econômica é funcional para habilitar o poder punitivo desenfreado e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda, sem os limites constitucionais para tais intervenções³⁷³. Como demonstrado no capítulo anterior, nesse momento já pudemos observar um avanço dessa nova política eficientista, através da expansão do punitivismo e do prevencionismo, com o preenchimento de lacunas de punibilidade e o uso de teorias puramente retóricas e sem fundamentos básicos da dogmática penal, em especial o uso desenfreado da figura dos crimes omissivos.

4.2.2 O novo inimigo: o garantidor na sociedade empresária

O inimigo configura uma fonte de perigo, de modo que o objetivo é combatê-lo, eliminando, portanto, o perigo que ele representa. Tanto o Direito Penal Material quanto o processual têm colocado a ideia do combate ao risco como um horizonte,

³⁷¹ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 260. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

³⁷² Nas palavras do autor: “[...] tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para a intervenção. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais às economias locais”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 63.

³⁷³ Segundo Zaffaroni, por isso, esse período da história ficará conhecido como o mais degradante da história penal, de modo que sua decadência sequer poderá ser comparada ao período autoritário entreguerras, uma vez que sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico ou conjuntural, mas sim por um autoritarismo cool, que faz sucesso. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 65.

como ocorre na ampliação da figura do garante através da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse que o agente realmente faça, sendo suficiente a violação do dever. Daí porque afirmar que o empresário, o sócio, o gerente da empresa, todos responsabilizados na figura do garante, configuram esse novo inimigo penal.

A justificativa, segundo a teoria do Direito Penal do inimigo, é a existência de um progressivo anonimato dos contratos sociais, que dificulta a determinação do grau de responsabilidade de cada sujeito, haja vista a participação de um grande número de pessoas, aumentando-se o perigo coletivo e autorizando a repressão penal com delitos de perigo³⁷⁴. Isso porque o incremento do risco na sociedade contemporânea faria surgir a necessidade da aplicação de um Direito Penal de segurança, direcionado à contenção da atuação arriscada, ou seja, combatendo comportamentos com potencial de desestabilização social.

Nesse sentido, isso é feito a partir da proposta de análise da responsabilização penal do garante a partir da violação dos deveres secundários e terciários, como na proposta *top-down* mencionada no capítulo 3 deste trabalho. Muda-se o ponto de referência da lesão ao bem jurídico para a violação de deveres³⁷⁵, ampliando a possibilidade de se sancionar condutas muito distantes da lesão dos bens jurídicos, como pretende Jakobs através da punição do risco.

Dessa forma, há uma condução, a uma inflação da responsabilidade penal, transformando-se a empresa naquilo que Heloísa Estellita chama de “comunidade de responsabilidades”, produzindo-se conseqüentemente uma clonagem de autores³⁷⁶ e uma maior facilitação ao Estado de imputação do resultado, criando figuras responsáveis apenas mediatamente, não necessariamente diretamente ligadas ao

³⁷⁴ A erosão da segurança cognitiva na vigência da norma determina que o legislador considere necessário, para manter a salvo a segurança coletiva, reprimir com especiais medidas assegurativas o déficit de reconhecimento da estrutura social que representa o inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 88.

³⁷⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

³⁷⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

fato criminoso³⁷⁷. Na mesma linha de ideias, Silva Sánchez afirma que a crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas de controle de riscos por parte de terceiros. No Direito Penal, isso implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incidem diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica³⁷⁸.

Com isso, há uma legítima preocupação que a imputação que tome por base o papel societário dentro de uma organização possa levar a uma renúncia aos pressupostos da responsabilidade penal³⁷⁹, fazendo com que o garante assumira a figura de bode expiatório da imputação, tornando-o verdadeiro inimigo do Estado através da valorização da omissão em detrimento da ação. Isso porque, seguindo a concepção sistêmica de Jakobs, uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional, cabe ao Direito Penal cumprir sua função de reestabilizar as expectativas violadas³⁸⁰.

Na maioria dos casos, a imputação se assenta apenas na posição do sujeito ocupada dentro da empresa, sem qualquer discriminação de sua contribuição na ocorrência do resultado lesivo, uma vez que os conceitos de ação e omissão deixam de ter importância, bastando a violação das regras de “status especial” de expectativa do sistema. A renúncia à apuração penal nessas hipóteses evidencia o uso seletivo e arbitrário da resposta penal, contrapondo-se ao princípio da legalidade³⁸¹. Logo, configura-se a responsabilidade tão somente pela infração de um suposto dever de agir gerado por uma posição elegida pelo judiciário como garantidora do bem jurídico,

³⁷⁷ CARDONA, Alejandro Aponte. *Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia*. São Paulo: **Revista brasileira de ciências criminais**. Vol. 100. Jan, p. 287 – 319. Jan-Fev de 2013, p. 297.

³⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2001, tradução livre.

³⁷⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

³⁸⁰ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad e prevención*. In: RAMOS, Enrique Peñaranda. et all. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

³⁸¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

negando-se, assim, a causalidade da omissão, e cedendo lugar a uma omissão puramente normativa, baseada em um juízo hipotético de causalidade³⁸².

Além da violação à causalidade, despreza-se também a construção do dolo³⁸³, baseando-o tão somente no conhecimento, e não mais no binômio conhecimento-vontade, no qual o juízo da censura pessoal que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio é menor do que a reprovação sobre a conduta ativa, pois o fato de produzir um resultado através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que o contemplar passivamente, ainda que contrariando o dever de evitá-lo³⁸⁴.

Não há dúvidas que o dolo deve cobrir todas as características do tipo objetivo, nunca podendo ser presumido³⁸⁵. Nos crimes omissivos impróprios cumpre, ainda, que o autor tenha consciência de sua capacidade de impedir o resultado, conhecendo inclusive sua posição de garantidor da não superveniência do resultado³⁸⁶. Abandonando-se essa característica, pune-se apenas pela violação do dever com base no conhecimento decorrente da posição que ocupa, culminando em verdadeira hipótese de responsabilidade penal pelo autor, não pelo fato, característica intrínseca do Direito Penal do inimigo. Há um verdadeiro desprezo aos critérios de causalidade, legalidade e responsabilidade penal subjetiva.

Não obstante a aproximação da responsabilização omissiva do garante ao Direito Penal do inimigo já seja observada através do desprezo à culpabilidade e ao

³⁸² Segundo Alcidez Munhoz Netto, as dificuldades decorrem da impossibilidade de se lhes aplicar as regras e conceitos dos crimes comissivos. Isso porque, embora aparentem ser subsumíveis ao conceito de comportamento, os crimes omissivos requerem adaptações dogmáticas especiais à vista de sua peculiar estrutura ontológica. In: MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalened.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

³⁸³ “Dolo é a vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração. No dolo, esse conhecimento é sempre efetivo e recai sobre os elementos do tipo objetivo sistemático (incluindo também os elementos normativos de recorte ou normativos-valorativos) e também os elementos imputativos do tipo objetivo conglobante”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 270.

³⁸⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalened.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

³⁸⁵ Segundo Zaffaroni, só diante de sua efetiva presença pode-se habilitar o poder punitivo, de modo que a ficção do dolo acaba por criar um inimigo ao conceito psicológico. In: ZAFFARONI Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 281.

³⁸⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.derechopenalened.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

dolo, é possível aproximar ainda mais os dois conceitos, se atentarmos às características da teoria de Jakobs.

Em primeiro lugar, em relação ao adiantamento da culpabilidade, é possível traçar uma semelhança com o que vem ocorrendo no julgamento de crimes econômicos na jurisprudência brasileira. Conforme demonstrou-se no capítulo 4 desse trabalho, há uma eleição prévia do garante – o sujeito responsável pela empresa –, com base em sua posição de superior hierárquico. A partir dessa escolha, presume-se sua culpabilidade com base na ideia de prevenção do risco ao bem jurídico coletivo e à prevenção da criminalidade, exatamente como prega a teoria do Direito Penal do inimigo. Assim, em relação ao omitente-empresário-inimigo, haveria um Direito Penal de periculosidade presumida³⁸⁷.

Sob outro aspecto, não há como olvidar a convergência do uso da omissão para o combate ao “inimigo” no que tange à aplicação de penas desproporcionalmente altas, tornando a punição pela omissão tão ou mais gravosa do que aquela anteriormente direcionada à ação. Nesse contexto, o Poder Judiciário, responsável pela aplicação da lei penal, fixa penas correspondentes aos crimes comissivos às condutas omissivas do garante, pautando-se no critério aberto e genérico da omissão penalmente relevante.

Finalmente, tudo isso se relaciona em última medida com a supressão das garantias constitucionais, tendo em vista que a violação de normas como a legalidade, a culpabilidade e a proporcionalidade, por si só já representam um desrespeito aos direitos do acusado. Somado a isso, tem-se ainda um profundo desrespeito aos requisitos do elemento subjetivo do tipo dolo, bem como aos critérios de imputação subjetiva do Direito penal, culminando em uma tendência à responsabilização penal objetiva e ao Direito Penal do autor, características todas marcantes na teoria penal do inimigo.

Há uma reconstrução completa da teoria do delito, transformando-se em teoria da imputação. A pergunta quanto a se alguém cometeu um crime deixa de ser avaliada sob a perspectiva do conhecimento e da vontade, devendo ser entendida

³⁸⁷ Segundo Zaffaroni, é nesse ponto que se encontra o novo direito penal de autor, pois sob a forma de direito penal do risco, acaba antecipando a tipicidade, aumentando a relevância de elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendo assim controlar não apenas a conduta, mas a lealdade do sujeito ao ordenamento. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 112.

como necessidade de reafirmação da validade da norma e restabelecimento do sistema³⁸⁸.

Assim, a imputação penal por meio da omissão se caracteriza dentro do Direito Penal do inimigo sustentado por Jakobs, o qual é um Direito Penal simbólico, envolvendo não só a aprovação e promulgação de leis penais para satisfazer o clamor social³⁸⁹, mas também a responsabilização criminal irresponsável, com fulcro no mesmo objetivo. Trata-se de uma característica da expansão penal da política criminal recente, marcada pelo punitivismo, com o incremento qualitativo e quantitativo do alcance da criminalização como critério político-criminal e consequente supressão ou relativização de garantias processuais e flexibilização das regras de imputação e pelo amplo adiantamento da punibilidade³⁹⁰. Isso porque, nesse contexto, a pretensão de seu papel simbólico é a utilização de conceitos clássicos como o dos crimes omissivos para promover a imputação penal, criando juízos penais por meio de critérios de autoridade³⁹¹. Com isso, transmite-se uma sensação de segurança e atuação efetiva do Estado para a opinião pública³⁹², sem, contudo, respeito à dogmática penal.

Nesse sentido, ele não apenas identifica um determinado fato decorrente da omissão, mas um tipo específico de autor, se aproximando daquilo que se denomina “Direito Penal do autor”³⁹³, prejudicando a produção probatória e o ônus da prova. Atinge-se todo o sistema penal, pois as violações às garantias passam a alcançar todos os imputados criminalmente. Por isso, não seria possível imaginar um Direito Penal do inimigo à parte, como sugere Jakobs³⁹⁴, pois a excepcionalidade não pode ser aceita em um Direito Penal e processo penal de cunho constitucionais. Para se ter

³⁸⁸ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 10. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

³⁸⁹ A despeito da autoria do livro “direito penal do inimigo” se dar a Jakobs e Manuel Cancio Meliá, a atuação de Meliá, nesse caso, é para trazer as críticas à teoria do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 75-77.

³⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2001, p. 159.

³⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica [et. al]. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

³⁹² MALAN, Diogo. **Processo penal do inimigo**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 59, vol. 14, 2006, p. 231.

³⁹³ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 41.

³⁹⁴ VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo**. O corrupto é o inimigo da vez? Curitiba: Juruá, 2019, p. 110.

um Direito Penal legítimo, é preciso que as regras processuais sejam respeitadas³⁹⁵, mas não só elas: especialmente as normas que se referem à imputação penal.

Nesse contexto, importa destacar que o problema principal que aqui se apresenta não é a responsabilização o empresário pela omissão enquanto garante, mas sim fazê-lo de forma automática³⁹⁶, tão somente com base nessa escolha prévia dele como “inimigo a ser combatido” por esse Direito Penal do risco.

Não obstante o fato de que o juiz deverá complementar os tipos omissivos impróprios³⁹⁷, é impossível conceber a omissão apenas do ponto de vista naturalístico: a uma porque a omissão não oferece nenhuma contribuição ao feito, e a duas porque o comportamento só assume a qualificação de omissão em relação a uma norma que impõe expressamente a alguém o dever de agir³⁹⁸. Só há abstenção de atividade devida quando o ordenamento jurídico impõe a obrigação de evitar o resultado de forma específica, ou seja, deve haver uma análise do nexo de evitação da conduta em relação ao sujeito especificamente considerado³⁹⁹.

No entanto, não podem, como vem sendo feito, ser impostas condições morais tampouco deveres indeterminados de agir resultantes da incriminação de profissões⁴⁰⁰. Só com deveres jurídicos de salvaguarda específica do bem surge a figura do garantidor, não a simples posição que o sujeito ocupa na empresa ou a inércia em relação à ação. Caso contrário, a seletividade expande esse mecanismo até viabilizar essa correspondência como fonte da posição de garantidor em qualquer delito o que, na opinião de Zaffaroni, conduz à tese dos deveres de salvamento ao insólito patamar de exigir da pessoa estereotipada o dever de evitar o próprio estereótipo, ou seja, a posição de garantidor⁴⁰¹.

³⁹⁵ CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prólogo III**. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 55.

³⁹⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 48.

³⁹⁷ Segundo Zaffaroni, os tipos penais omissivos impróprios, ao lado dos tipos culposos, seriam tipos abertos. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 357.

³⁹⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

³⁹⁹ ZAFFARONI, BATISTA, 2010, p. 365.

⁴⁰⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

⁴⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 349.

Assim, o que se vê é que se trata de um alargamento que implica o dever de intervir, seja qual for a ligação existente entre o omitente e o bem jurídico em risco, podendo mesmo chegar à conclusão de diagnosticar uma tendência de os garantidores serem todos⁴⁰² e, por consequência, são todos inimigos dessa política criminal pautada na segurança coletiva. Na opinião de Marta Felino Rodrigues, essa tendência de Jakobs incorre em uma falácia normativista, pois traduz a responsabilidade penal em mero efeito de punibilidade⁴⁰³. E, assim, esse exercício se mostra desastroso nas sociedades modernas, criando uma multiplicação do que ela chama de “loteria penal”, guiada à coletivização de responsabilidades, que potenciam uma irresponsabilidade penal⁴⁰⁴.

Embora pouco dogmática, essa propensão encontra respaldo na aprovação dos juízes pela opinião pública simbolicamente movida para a condenação, levando as sentenças dos juízes ao encontro da pressão do discurso publicitário punitivista. A punição do risco vende a ilusão de que haverá maior segurança e repressão penal⁴⁰⁵, esquecendo-se que embora o inconformismo, a indignação e a revolta popular sejam absolutamente procedentes, não podem ser confundidos com justificativa para atribuição de uma responsabilidade penal, tampouco tornar impossível uma defesa eficiente pelo acusado⁴⁰⁶.

Dessa feita, apesar de admitir que o Direito Penal pode incidir em razão de alguns comportamentos omissivos, é inaceitável permitir a criação de uma nova teoria legitimante dessa intervenção a título de comissão por omissão toda vez que um fato causa uma indignação⁴⁰⁷.

⁴⁰² PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, 61.

⁴⁰³ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 93.

⁴⁰⁴ RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 93.

⁴⁰⁵ “A falsa disjuntiva entre segurança e garantias é desmentida por toda a história e por toda a formação empírica, pois se trata de uma simples dedução no mundo do dever ser, que não se verifica no mundo do ser. Parte-se do dogma que o poder punitivo prevê segurança frente às agressões a bens jurídicos, quando o único ponto verificável é (a) que os penalistas e os políticos afirmam que se deve proporcionar a segurança e (b) que o poder punitivo foi o principal e maior agente da lesão e do aniquilamento de bens jurídicos de forma mais brutal e genocida ao longo de toda a história dos últimos oito séculos”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 75.

⁴⁰⁶ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 266. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴⁰⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, 62.

Não há dúvidas que com a conjunção desses dois conceitos penais, há uma verdadeira corrupção do Direito Penal, que passa a ser utilizado não como instrumento de controle do cidadão⁴⁰⁸ que não descumpra a lei, mas de todo aquele que não se comporta como seria esperado, podendo todos serem considerados garantes e inimigos. Nesse sentido, não se proíbe o ato em si, mas o ato como verdadeira manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva⁴⁰⁹.

Por esse ângulo, é possível perceber que não se trata tão somente da utilização simbólica do Direito Penal⁴¹⁰, mas sim da utilização de tipos penais já existentes no nosso ordenamento jurídico para punir todas as pessoas que, de alguma forma, não evitaram que o resultado se verificasse⁴¹¹. Por essa via, a atribuição de responsabilidade penal subjetiva e o processo penal acusatório se tornaram ficções jurídicas.

É muito pior que a mera inflação legislativa, pois assume função educativa do Direito Penal, através do grande ideal de prevenção de crimes e, por isso, aparenta legitimidade e inflama os ânimos da criminologia midiática. A partir de então, a guerra contra o inimigo se justifica pela perene situação de insegurança e pelo reforço substancial da figura do Estado, tornando a demanda por mais força penal eterna⁴¹² e havendo a legitimação de um Direito Penal máximo.

Por conseguinte, é através desses mecanismos que se desmascaram, nas palavras de Roberto Lyra, “à plena luz da treva”⁴¹³, os interesses que o Estado representa, tendo em vista que, ao menor sinal de perigo, a ordem se torna desordem absoluta e tudo se dissolve, se corrompe, sacrificando de repente todas as formalidades legais aos princípios morais, por medo, ódio e vingança. Portanto, cria-se um modelo maniqueísta de combate: um Estado paranoico e amoral que consegue

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 117.

⁴¹⁰ Segundo Janaína Paschoal, quando falamos em direito penal simbólico, temos em mente a criação de novos tipos, o aumento exacerbado de penas, endurecimento da execução. *In*: Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 62.

⁴¹¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011, p. 62.

⁴¹² DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 260. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴¹³ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**: 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 97.

justificar a plena tomada do poder para si e a eterna luta contra o inimigo, em um processo que confunde reais danos sociais com danos hipotéticos, potenciais e até mesmo delirantes⁴¹⁴, fazendo uso de posições empresariais para tanto.

Por tais razões, verifica-se uma absoluta preocupação quanto à incompatibilidade da aplicação dos critérios do Direito Penal do inimigo na eleição do garante como o novo inimigo penal com o sistema do Estado de Direito vivido e o respeito às garantias e direitos fundamentais. Tratando o garante como inimigo do sistema jurídico, estamos admitindo que seja a ele aplicado um Estado jurídico excepcional e, admitindo uma exceção desse tamanho no sistema jurídico, admite-se também toda sua quebra⁴¹⁵. Nesse contexto, destaca-se a lição de Zaffaroni, quando explica que da exceção sempre se invoca uma necessidade que não conhece lei e tampouco limites, de modo que a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não possui qualquer limite, pois o limite será estabelecido por quem exerce o poder punitivo⁴¹⁶. É o que vem ocorrendo no Poder Judiciário ao julgar demandas criminais empresariais.

Isso se transforma em um perigo às garantias de todos porque, segundo o autor, ninguém pode prever o que fará ou que função assumirá no futuro. A incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de o considerar como tal, ou seja, quando ocorre o surgimento de um novo inimigo⁴¹⁷. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo e, portanto, a necessidade de sua contenção, dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão quem exerce o poder punitivo⁴¹⁸, ou seja, o Poder Judiciário.

Resumidamente, no cenário contemporâneo, o garante pode ser qualquer um de nós, até que a política criminal atual mude o foco da punição e escolha outra figura: hoje os crimes omissivos, amanhã quem sabe os culposos, depois de amanhã, ninguém sabe. A verdade é que se elege um inimigo a partir de critérios políticos que

⁴¹⁴ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 255. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴¹⁵ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28

⁴¹⁶ Segundo Zaffaroni, o poder punitivo se tornou irracional que nada tolera, nem mesmo uma discussão acadêmica. Não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade que dá certo. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 25.

⁴¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 25.

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 25.

são capazes de reconhecer, dentre os possíveis inimigos, aquele mais apto no momento a encarnar o mal da sociedade, transformando-o em vítima de um sacrifício cerimonial⁴¹⁹.

Por isso, não é apenas ilusório que a supressão de direitos e garantias afetará apenas os inimigos como também é ilusória sua suposta eficácia contra eles⁴²⁰. Essa aparente eficácia repressiva faz também surgir um apelo incessante pela publicação de números, quadros, índices e tabelas que supostamente reduzem a criminalidade e que, sustentada na necessidade de uma luta incessante pelo crime, é capaz de produzir efeitos nefastos. Além de retirar a concentração dos esforços na solução dos problemas reais existentes, a função simbólica também é responsável pela indução da opinião pública, principalmente através da mídia, a um alarme social que é capaz de produzir a integração social na luta contra o crime como um “inimigo comum”⁴²¹.

Essa função simbólica que se pretende dar à junção dos conceitos penais é evidentemente antidemocrática, responsável pelo aumento do eterno apoio popular de mais punição⁴²² e dos instrumentos diretos de repressão do Estado, acabando por fundamentar sua atuação de controle social, carregando consigo os principais atributos de um Estado de polícia e/ou autoritário⁴²³.

É justamente por isso que a reação estatal não pode ter base medidas ou instrumentos inconciliáveis com o Estado de Direito. Não se pode abandonar o

⁴¹⁹ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 245. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 119.

⁴²¹ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 261. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴²² DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 60. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

⁴²³ Carrega, consigo, uma figura hedionda baseada na ideia de “Direito Penal do Terror”, que tem como principais características a produção, por parte do aparelhamento estatal e da mídia, de um verdadeiro “clima” de guerra, no qual o delinquente é encarado como um adversário a ser eliminado, através de respostas penais draconianas, discurso penal assinalado pela demagogia, criação de tipos penais sem qualquer critério científico e para atender necessidade circunstancial – ou, muito pior, para obter, da população, condutas ou omissões de condutas, entre outras. *In*: DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 260. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

garantismo e seus caros princípios, como a culpabilidade, a proporcionalidade e a imputação subjetiva e individual, além do caráter preventivo da intervenção penal estatal, propiciados pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade da tutela penal, especialmente diante da importante função que assumem de condicionar, deslegitimando esse poder desenfreado do Estado⁴²⁴. Não há dúvidas que a função do Direito Penal de todo Estado de Direito como programadora de um exercício racional do poder jurídico deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis⁴²⁵. Para ser legítimo e eficaz, é preciso que o Direito Penal preserve as garantias constitucionais, não podendo renunciá-las. Assim, o Direito Penal nunca poderá ser neutro; ele deve ser sempre parcial, favorecendo o Estado de Direito⁴²⁶.

A excepcionalidade não deve ser aceita em um Direito Penal contemporâneo e constitucional, pois sua admissão vai pouco a pouco se incorporando ao direito comum e geral, gerando consequente perecimento do Estado de Direito⁴²⁷. Nas palavras de Francisco Muñoz-Conde:

Se admitirmos qualquer exceção ao sistema jurídico global de direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelas declarações universais de direitos humanos, teremos de admitir, ao mesmo tempo, a quebra de todo o sistema, com todas as consequências que dela derivam⁴²⁸.

⁴²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica [et. al]. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁴²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 172.

⁴²⁶ “O direito penal de garantias é inerente ao Estado de Direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar e esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos com limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito. Numa perspectiva dinâmica, o direito penal do Estado de direito não pode cometer a ingenuidade de ceder espaço e menos ainda o seu instrumento orientador ao Estado de polícia, confiando em que este se mantenha nesse âmbito acordado e compartimentalizado”. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 172

⁴²⁷ Segundo Zaffaroni, “o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia. O Estado de direito ideal é o instrumento que orienta o direito penal em todo Estado de Direito, marcando os defeitos que a realidade sempre apresenta e que se estabelecem na comparação do Estado de direito histórico com o ideal. O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança”. *In*: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 172.

⁴²⁸ MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28.

É claro que, como já apontado, tais consequências se traduzem no aumento dos espaços de arbitrariedade e são criados problemas políticos, uma vez que somente uma parte do tipo penal está legalmente descrita, a outra tem de ser construída pelo juiz, a quem cumpre a tarefa de complementá-lo. Com essa invasão da política no sistema jurídico e a tomada ora de decisões judiciais contrárias à noção de lícito e ilícito, ora de criação de leis excepcionais, gera-se um círculo vicioso de insegurança coletiva no Direito Penal e na eficiência do sistema criminal⁴²⁹, levando, necessariamente, a um Estado absoluto.

Por isso, segundo Alcidez Munhoz Netto, se dá nesse contexto a necessidade de limitar os arbítrios judiciais na criação e aplicação de figuras dessa espécie. É extremamente perigoso considerar os crimes omissivos como simples instrumentos de política social no contexto do inimigo, pois isso implica em dar cobertura ao poder para toda sorte de abusos na criação e no julgamento de crimes⁴³⁰. Se os crimes omissivos continuarem a ser utilizados como mera desobediência de alguém anteriormente eleito, abre-se a oportunidade para que o “Estado-todo-poderoso” utilize-se desse instrumento para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a tutela de meras conveniências políticas, econômicas, administrativas conjunturais, tudo em detrimento da liberdade⁴³¹.

A segurança do direito impõe que não se deixe ao livre paladar dos juízes o equiparar a omissão à comissão para castigá-la como se também fosse a causadora do resultado. Num ordenamento jurídico penal que se pretenda tutelar a liberdade do indivíduo, os elementos descritivos devem prevalecer sobre os normativos, a fim de que nem tudo seja remetido à decisão do magistrado⁴³². Sem limites obrigatórios e expressos quanto ao dever do omitente em evitar a lesão – não meramente no risco

⁴²⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 80.

⁴³⁰ Nas palavras do autor: “Nas democracias, a função do direito penal é a de garantir as liberdades humanas fundamentais, assegurando ao indivíduo larga faixa de ação para o desenvolvimento de sua própria personalidade. [...] Crime só deve haver quando se lesione ou se coloque em perigo ‘bens inerentes e primaciais do homem ou bens instrumentais indispensáveis à sua realização social. Principalmente em países em que o Estado de Direito frequentemente se alterna com o Estado de Polícia, mediante a sucessão entre governos legítimos e ditaduras mais ou menos ferrenhas, é importante preservar a função de garantia do Direito Penal”. In: MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: < <https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

⁴³¹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

⁴³² MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

– enfraquece-se a garantia do *nullum crimen sine lege*, mediante a qual se afirma a função limitadora do Direito Penal⁴³³ e a fórmula ideal do Estado de Direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei⁴³⁴.

Zaffaroni corrobora esse posicionamento, afirmando que falta de previsão legal específica desses tipos penais, além de tudo, ainda resulta em uma violação à regra da expressa legalidade, da reserva absoluta da lei penal⁴³⁵. Na opinião do autor, existência de tipos omissivos não escritos, sob o argumento de que apenas esgotariam o conteúdo proibitivo dos tipos comissivos se inscreve em absoluta incompatibilidade com o caráter fragmentário da ilicitude penal. E, com isso, viola a função do Direito Penal de todo Estado Democrático de Direito: a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis⁴³⁶. E, em sua concepção, se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele, também, todo o Estado de Direito⁴³⁷.

De qualquer forma, é um fato que o uso da omissão através da eleição do garante como inimigo no Direito Penal faz parte da realidade do nosso sistema jurídico. O poder simbólico da condenação de alguns poucos indivíduos por crimes de enormes proporções e de responsabilidades difusas estabelece a inocência do resto do mundo e garante a vigência das propostas então fundantes do modelo político estabelecido⁴³⁸.

No entanto, é inconstitucional, pois a suposta necessidade de neutralizar a periculosidade desse inimigo acaba por minar as garantias processuais⁴³⁹ e da responsabilidade subjetiva, fundada no dolo. A admissão de um tratamento penal

⁴³³ MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalenlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

⁴³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 170.

⁴³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 369.

⁴³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 172.

⁴³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 172.

⁴³⁸ DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 263. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

⁴³⁹ VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo**. O corrupto é o inimigo da vez? Curitiba: Juruá, 2019, p. 154.

diferenciado para um grupo de indivíduos não é eficaz no avanço do punitivismo e do autoritarismo dos juízes.

Assim, apesar das resoluções que o sistema funcionalista traz, as questões dogmáticas básicas, como o tema da omissão, ainda ficam obscuras. É inegável que os esforços de Jakobs abrem novos horizontes para a resolução de novos problemas, demonstrando a necessidade e a produtividade de permear antigas categorias sistemáticas com considerações sobre o fim da pena⁴⁴⁰. Todavia, é preciso reconhecer que se pretende construir um modelo contrário às pretensões científicas e supralegais da dogmática⁴⁴¹, utilizando elementos valorativos e, com isso, produzindo uma maior insegurança no sistema penal, justamente em razão da flexibilização que se dá a ele. Além disso, a reconstrução normativa das categoriais tradicionais penais leva a uma confusão entre determinados preceitos, o que dá azo ao descontrole de sua aplicação equivocada no cenário jurisdicional brasileiro, muitas vezes atribuindo aos conceitos clássicos um viés utilitarista e simbólico, instrumentalizando o Direito Penal em sentido autoritário e contrariamente às garantias do Estado de Direito.

Torna-se, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito: é ele o verdadeiro inimigo do Estado, posto que não cria normas penais incriminadoras, mas sim demoniza determinados grupos de indivíduos, como nesse momento o garantidor do art. 13, §2º do Código Penal, fundando-se o Direito Penal no pressuposto do autor, e não do fato.

⁴⁴⁰ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin, 2002, p. 10. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

⁴⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación dal derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 148.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi apresentar as dificuldades da aplicação do Direito Penal sob o viés da responsabilidade omissiva no cenário empresarial. Isso porque, conforme se demonstrou no decorrer dessa dissertação, o uso de critérios pouco dogmáticos da omissão imprópria pela jurisprudência pátria nos remete, em última análise, a um Direito Penal de exceção, pautado no simbolismo de uma via que deve ser vista como *ultima ratio*.

As dificuldades produzidas no Brasil em relação ao tema se lastreiam na interpretação funcionalista dada a um Código Penal estritamente finalista. Assim, para analisar o problema em questão, foi necessário percorrer, primeiramente, o estudo das diferentes teorias da ação, que possibilitaram entender seus diferentes fundamentos teóricos para diferenciação da ação e da omissão. Como foco deste trajeto, foi necessário abordar especificamente a teoria finalista e as principais correntes do funcionalismo: a vertente teleológica de Roxin e o funcionalismo sistêmico de Jakobs, que, ao final, foi retomado para demonstrar quais as consequências extremadas dessa funcionalização do Direito Penal.

Em um segundo momento, abordou-se o estudo da omissão imprópria no Direito Penal brasileiro, assim como suas principais implicações dogmáticas: a posição de garante na dogmática clássica e uso dessa modalidade no cenário contemporâneo, a partir da colocação do responsável pela empresa como garantidor pelos crimes que lá ocorrem.

Com a análise jurisprudencial, demonstrou-se como ocorreu a normatização do conceito da omissão, através da evolução dos critérios do Direito Penal finalista ao Direito Penal funcionalista. Foram localizadas 116 decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através das quais apontou-se o problema da falta dos pressupostos dogmáticos na imputação penal.

Com isso, o que se percebeu, no derradeiro capítulo da dissertação foi a aproximação entre os conceitos da responsabilização do garante e o Direito Penal do inimigo, através da antecipação da culpabilidade, uso de penas desproporcionais e desrespeito a direitos e garantias fundamentais do sujeito.

Nessa senda, a conclusão alcançada no estudo do presente tema foi a do avanço da jurisprudência em detrimento da dogmática penal, sob uma falsa premissa de garantir segurança aos cidadãos que clamam pelo combate à criminalidade. Há uma evidente tendência ao uso do Direito Penal sob um viés simbólico, o que representa a um perigo ao Direito Penal liberal e ao Estado Democrático do Direito diante da excepcionalidade que assume. Além disso, assume também uma ameaça aos pressupostos do Direito Penal do fato, pois pauta-se no risco, tornando-se um sistema jurídico impreciso.

Desta forma, a ideia da responsabilização do garante enquanto inimigo se relaciona claramente com o paradigma da prevenção, constituindo uma maneira mais sofisticada do panoptismo social, tornando a nova linguagem do panóptico o inimigo, como inimigo, o garante da sociedade empresária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1967: início do processo da Talidomina na Alemanha. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,351856,00.html>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

ARIAS EIBE, Manuel José. *Tránsito del teleologismo a la metodologia ontologista: el sistema finalista del delito*. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y política**. Madrid, n.º. 5, p. 36, 2007. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n05/05-03.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*. 3. Ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.

ATZ, Ana Paula. A responsabilidade pelo fato do produto tóxico no direito dos Estados Unidos e no Brasil. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 118/2018, p. 459-496, set-out/2018, p. 461. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Madrid: Dykinson, 2005.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma nova modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELING, Ernest Von. **Esquemas de direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010.

BGHSt 37, p. 106 e seguintes, decisão de 06.07.1990. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs037106.html>>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade e interpretação do direito penal**. Florianópolis: Revista Sequência, n.º. 68, p. 59-89, 2014.

BRASIL, **Instituto Brasileiro de defesa do consumidor**. Disponível em: <www.idec.org.br>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. **Operação Lava-Jato: números**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17.12.2012. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 88.077/RS**. Relator: Ministro Cezar Peluso. 2ª. Turma. Data de julgamento: 31 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2363124>> Acesso em: 05 de julho de 2020.

BONETI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2011, Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-28082012-160139/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_PDF_JULIANA_BIERRENBACH_BO NETTI.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei nº. 2.848/1940. Institui o Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2020.

BRASIL, **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 16 de julho de 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Direito penal e funcionalismo**. Um novo cenário da Teoria Geral do Delito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prólogo III**. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

CARDONA, Alejandro Aponte. *Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia*. São Paulo: **Revista brasileira de ciências criminais**. Vol. 100. Jan, p. 287 – 319. Jan-Fev de 2013.

Contergam-Beschluss, JZ, 1971, 507. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/535350/fb645ca06923bc695ecee84d6975c93f/wd-7-150-17-pdf-data.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas**. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20100907_02.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 179, 2007.

DA Costa Helena Regina Lobo; Araújo, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da AP 470**. In: Direito penal e processo penal: Leis penais especiais I. São Paulo: Revista dos tribunais; 2015. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002746123>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

DA SILVA, Sabrina Jiukoski; BASTOS, Daniel Deggau; DA SILVA, Rafal Peteffi. A responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato do produto: acidente de consumo em decorrência de medicamentos. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 127/2020, p. 333-356, jan-fev/2020. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

DE CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito penal à marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 9, nº. 33, jan./mar. 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 242. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-10022014-160412/publico/RuiDissenha_tese_versao_final.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. **Omisión e injerencia em derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración*. Buenos Aires: **Revista en letra**, año IV, número 07, páginas 78-109.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica [et. al]. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. São Paulo: Positivo, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes omissivos no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.derechopenalnlared.com>>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. Buenos Aires: Editora B de F, 2013.

GOMES, Luiz Fávio; BIANCHINI, Alice. **“Direito penal” do inimigo e os inimigos do direito penal**. *Revista electrónica del centro de investigaciones criminológicas de la USMP-PERÚ*. 2. ed. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/74638321/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-segunda-edicion>>. Acesso em: 06 de agosto de 2020.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7532/material4.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Boch, 1984.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. Tradução: Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 58, p. 10, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.uniroja.es>descarga>articulo>>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ÍÑIGO CORROZA, Ma. Elena. **La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos**. Barcelona: J.M. Bosch, 2001.

JAKOBS, Günther. **Acción e omisión em Derecho Penal**. Bogotá: Universidad Externado, 2000.

JAKOBS, Günther. **A ação e omissão no direito penal**. Coleção estudos de direito penal. Volume 2. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AdHoc, 1996.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de um derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução José Hygino. Rio de Janeiro: Briguet & C, 1899.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**: 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

MALAN, Diogo. **Processo penal do inimigo**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 59, vol. 14, 2006.

MARTÍN, Luis Garcia. **Los delitos de comisión por omisión: una exposición crítica de la doctrina dominante**. In: *Modernas tendências em la ciencia del derecho penal y em la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

MARTINS, Camila Saldanha. A violação de direitos fundamentais a partir da responsabilização do detentor da posição de garante nos crimes econômicos empresariais. **Anais do III Congresso de Ciências Criminais e Direitos Humanos**, 2019, p. 02. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/cnccdh/article/view/11861/16298>>. Acesso em: 10 de março de 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peña-Randa. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Crimes omissivos**. Disponível em: <<https://www.derechopenalened.com>>. Acesso em: 23 de março de 2020.

MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Luiz Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

ORDEIG, Enrique Giambernat. *La omisión impropia em la dogmática penal alemana*. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, año V, nº. 9, 1999.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle da punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

PARDINI, Lucas. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LAZARI, Rafael Nadim de. Sistema penal funcionalista e o direito penal do inimigo. Porto Alegre: **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Volume XII. Número 1. 2017, p. 379-398.

RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRIGUÉZ MESA, Maria José. *Lá atribución de responsabilidade em comisión por omisión*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção do bem jurídico como função do direito penal**. 2. ed. Organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I.** Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo II.** Tradução Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 2001.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal.** Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000.

ROXIN, **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito penal.** São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 7. ed. Curitiba: ICPC, 2017.

SAHIONE, Yuri. **Garante sem garantias. A responsabilidade criminal do compliance officer e a inversão de papéis na prevenção do crime.** In LOPES, Anderson Bezerra. FONSECA, Eduardo Samoel. Et. All (organizadores). **Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **As posições de garantia na empresa e o criminal compliance no Brasil: Primeira abordagem.** In **Compliance e Direito Penal.** Org. por Décio Franco David e Coord. por Fábio André Guaragni e Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158/202.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHÜNEMANN, Bern. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: com una aportación a la metodología del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación dal derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Deberes de vigilância y compliance empresarial.** In Kühlen, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Oetiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **El delito de omisión: concepto y sistema.** 2. ed. Buenos Aires: Editora B de f, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. ***La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales***. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Carmo Antônio dos. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SUZUKI, Claudio Miki. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo**. Juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VALLEJO. Manuel Jaén. ***El concepto de accion en la dogmatica penal***. Madrid. Colex. 1994.

VASCONCELOS, Maria Teresa. **Corrupção, crimes de colarinho branco e o direito penal do inimigo**. O corrupto é o inimigo da vez? Curitiba: Juruá, 2019.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Points, 2012.

WELZEL, Hans. ***El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista***. Tradução de José Cerezo. Buenos Aires: B de F, 2004.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina de ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, I**. Segundo volume Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ***Tratado de derecho penal. Parte general III***. Buenos Aires: Ediar. 1981.