



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DALILA RODRIGUES PRATES**

**A OMISSÃO DO EMPRESÁRIO: FUNDAMENTOS E LIMITES DA POSIÇÃO  
DE GARANTIDOR POR OMISSÃO IMPRÓPRIA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE  
EMPRESARIAL**

Salvador  
2018

**DALILA RODRIGUES PRATES**

**A OMISSÃO DO EMPRESÁRIO: FUNDAMENTOS E LIMITES DA POSIÇÃO  
DE GARANTIDOR POR OMISSÃO IMPRÓPRIA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE  
EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador  
2018

**DALILA RODRIGUES PRATES**

**A OMISSÃO DO EMPRESÁRIO: FUNDAMENTOS E LIMITES DA POSIÇÃO  
DE GARANTIDOR POR OMISSÃO IMPRÓPRIA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE  
EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em \_\_\_\_\_

Sebastian Borges de Albuquerque Mello – Orientador \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

Maria Auxiliadora Minahim \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

Ilana Martins Luz \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil.  
Universidade Salvador

A Deus, pois nele somos, existimos e nos movemos (atos 17.28).

A minha mãe, por gerar em mim o amor aos livros e a meu pai por superar os limites para a minha formação.

A Iuri, amor da minha vida, maior incentivador dos meus sonhos.

Isabella, minha filha, que, ainda sem saber, me inspira a dar o meu melhor.

## AGRADECIMENTOS

É momento de expressar os sentimentos contidos durante os dois anos em que a atenção se direcionou aos fichamentos, projetos de pesquisa, objetivos, hipóteses. Com todo o esforço materializado em um trabalho finalizado, nada mais nos resta a não ser abrir mão de alguma formalidade e tão somente agradecer.

Nunca será demais agradecer ao Deus de todo o universo e Pai, que antes da fundação do mundo decidiu me acolher como Sua filha. Não poderia haver maior realização que esta. Grata sou pela vida, assim como pelos caminhos que reservou para mim. Te agradeço por me proporcionar toda a estrutura física, intelectual, emocional, necessárias para chegar neste momento.

A minha gratidão transborda pelas pessoas que mais ativamente participaram desta construção: Iuri e Isabella. Meu esposo, por acreditar em mim mais do que eu mesma e fazer parte de tudo na minha vida. Minha filha, que veio ao mundo exatamente no meio do curso de mestrado e que trouxe mais sentido para todas as áreas da minha vida.

Também não poderia agradecer suficientemente aos meus pais pelo amor, dedicação, abdicção. Devo absolutamente tudo que conquistei a vocês dois.

Agradeço ao meu irmão a quem tanto amo e a minha cunhada, acolhida como filha e irmã. Pelas orações, pela torcida, pelo incentivo, muito obrigada. Amo vocês.

A gratidão ao meu orientador Sebastian Mello também será eterna. Antes mesmo da orientação, despertou em mim o primeiro interesse pelo mestrado e me incentivou direta e indiretamente a perseguir este objetivo. Gratidão por inspirar como professor. Além disso, agradeço profundamente pela orientação nestes dois anos, sempre certa, objetiva e sincera, o que me proporcionou um agradável caminho até o resultado final.

Agradeço a todos os demais professores que tive a oportunidade de conhecer durante o mestrado, por me abrir as portas de um conhecimento fundamental para minha formação como mestre e que, sem dúvida, me modificaram como pessoa. Agradeço expressamente à professora Ilana Martins, autoridade no tema discutido no trabalho, que muito gentilmente aceitou participar da minha banca.

De forma especial, agradeço à professora Maria Auxiliadora Minahim. Considero uma sorte a oportunidade que tive de conhecê-la nesta caminhada. Obrigada pela dedicação e atenção sempre concedidas a mim e ao meu trabalho, tanto em sala de aula, quanto na minha

banca de qualificação. Muito valiosas foram as suas sugestões. Não só gratidão, mas profunda admiração, levo comigo.

Gratidão aos colegas de mestrado por sempre agregar conhecimento e compartilhar as mesmas angústias da pós-graduação, além da troca de materiais, experiências e conselhos.

A todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação da UFBA, e a esta instituição, de onde saio melhor, e isso é motivo para carregar por ela muito afeto.

Por fim, aos demais amigos e familiares queridos, que incentivam a minha caminhada. Cada demonstração de confiança em mim foi o impulso do qual eu, por vezes e vezes, necessitei para prosseguir.

Dentre os amigos, que são também família, não posso deixar de mencionar minha amiga e irmã Giovanna com quem pude contar para cuidar de Isabella (aos prantos), enquanto eu precisava sair para o mestrado. Hoje, com Amandinha em seus braços, você já pode ter ideia do quanto significou para mim.

Aqui está o resultado de muita luta e sozinha jamais teria conseguido. Por isso, a todos sou apenas gratidão.

## RESUMO

A conduta omissiva alcança grande relevância dentre as formas de manifestação do comportamento delitivo, notadamente dentro das organizações empresariais. Isto porque o surgimento de novos riscos e, portanto, de novos interesses sobre os quais se volta a atuação penal, faz surgir uma pauta de atuação positiva dos indivíduos que se organizam através de uma sociedade empresária, surgindo para esses, deveres de agir para impedir resultados danosos. Por esta razão, a pesquisa versa sobre os critérios de responsabilização individual por omissão imprópria do empresário, enquanto esse atua no exercício das funções da atividade empresária, a fim de identificar o fundamento da posição de garantidor do empresário e, a partir disto, a abrangência dos seus deveres. Para tanto, é necessário demonstrar o fundamento da posição de garantidor no Direito Penal brasileiro, a partir da opção legislativa pelas fontes formais, as quais devem ser incrementadas por contornos de base fática; importa, ainda, identificar, dentro das formas de estruturação empresarial, o modo como a posição de garante pode ser atribuída aos indivíduos responsáveis pela condução desta atividade; e, a partir disso, definir a posição de garantidor tanto originária dos empresários, como secundária dos delegados que assumem a função de garante. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica, debruçando-se sobre os principais autores que abordam o tema, baseando-se, sobretudo, na doutrina de Günther Jakobs, que, a partir do âmbito de organização dos indivíduos, sobre o qual residem expectativas normativas, fundamenta a posição de garantidor por deveres de asseguramento e salvamento. Diante disso, se verifica que às fontes formais do dever de garantidor devem ser acrescentados critérios materiais, os quais correspondem, no seio empresarial, ao efetivo exercício da função confiada, seja aos empresários originariamente responsáveis, seja aos delegados que posteriormente assumem parcela da função de administração. Isto impõe a constatação de que deve ser atribuída a posição de garantidor por asseguramento aos responsáveis primários pela administração da sociedade; e de garantidor por salvamento, por meio da assunção, aos delegados. Esta responsabilidade por omissão deve ocorrer nos limites da competência de tais indivíduos dentro da sociedade empresária, não se admitindo a ampliação da posição de garantia para além da sua esfera de organização.

**Palavras-chave:** Omissão imprópria do empresário. Posição de garantidor. Teoria organizativa da conduta. Garantidor por asseguramento e salvamento.

## ABSTRACT

The omissive conduct attains remarkable relevance among the manifestations of criminally offensive behavior, notably within business organizations. The emergence of new risks and, therefore, of new interests towards which the criminal justice system turns its gaze, gives rise to a positive action agenda of individuals who organize themselves through a business corporation and remain mindful of their duties to act to prevent injuries. Thus, the present paper researches the criteria of individual liability for improper inaction on exercise of the entrepreneurial activity, in order to identify the basis and scope for the entrepreneur's legal duty to act. Hence, the paper aims first to demonstrate the Brazilian Criminal Law groundings for the guarantor position through legal formal sources, incremented by factual basis contours; it also seeks to identify, within the models of business structuring, how the guarantor position can be attributed to the individuals responsible for conducting the entrepreneurial activity; finally, it aims to define the guarantor position as it pertains to the entrepreneur's duty to ensure prevention, and to the representatives who assume the function of guarantors. A bibliographical research is carried out, focusing on the main authors on the subject, predominantly based on the doctrine of Günther Jakobs, who defines the guarantor position from the scope of the organization of the individuals, upon which normative expectations arise and shape the legal duties to act by ensurance and assumption. In light of this, it is verified that to the formal sources of the guarantor's duty to act must be accompanied by material criteria which, in the business corporation's sphere, corresponds to the effective exercise of the entrusted entrepreneurial function, be it by the original entrepreneurs or by the representatives who assume the managerial undertaking. This implies that the primary guarantor position should be attributed to the members of the business corporation liable for its administration; and the secondary guarantor position to the agents that assumed the managerial enterprise. This liability for omission must occur within the limits of the competence of said individuals in the business corporation, as the extension of the guarantor position beyond its sphere of organization is forbidden.

**Keywords:** Improper omission of the entrepreneur. Guarantor position. Organizational theory of the conduct. Legal duty to act by ensurance and assumption.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL NA SOCIEDADE DE RISCOS</b>	<b>14</b>
2.1	A SOCIEDADE MODERNA COMO SOCIEDADE GLOBAL	14
2.2	O SURGIMENTO DA SOCIEDADE DE RISCOS PELO FRACASSO DO PROJETO MODERNO	16
2.3	OS RISCOS PERMITIDOS	22
2.4	A “NOVA” CRIMINALIDADE DA SOCIEDADE DE RISCOS	26
2.5	DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL DO RISCO	30
2.5.1	O expansionismo penal	33
2.5.1.1	<i>Os contornos típicos do direito penal expandido</i>	34
2.5.1.2	<i>Expansão penal através de normas mandamentais: o atuar empresarial sob o enfoque do Direito Penal</i>	39
2.6	ATUAÇÃO ATRAVÉS DAS ORGANIZAÇÕES: AUTORIA POR RESPONSABILIDADES COMPARTILHADAS	42
2.6.1	Complexidade organizacional, divisão funcional e alcance das responsabilidades	44
<b>3</b>	<b>OS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DA OMISSÃO</b>	<b>50</b>
3.1	ANÁLISE NECESSÁRIA DOS FUNDAMENTOS DA NATUREZA DA OMISSÃO: UMA PASSAGEM SOBRE AS TEORIAS DA AÇÃO	52
3.1.1	Teoria causal naturalista	54
3.1.1.1	<i>O problema da concepção causal naturalista para a omissão</i>	56
3.1.1.2	<i>Há relevância da causalidade para a omissão?</i>	59
3.1.2	Teoria final: a insuficiência da finalidade na omissão e a superação do conceito ontológico da ação e omissão	61
3.1.3	As teorias normativas da conduta	63
3.1.4	A teoria organizativa de Jakobs como teoria da conduta	66
3.2	REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO SEGUNDO A TEORIA ORGANIZATIVA	71
3.2.1	A controvérsia acerca do risco permitido	78
3.2.2	Princípio da confiança como fundamento da convivência em sociedade	81

3.2.3	A proibição de regresso como elemento da individualização da responsabilidade por omissão	84
3.2.4	A questão do conhecimento: perspectiva do autor e perspectiva do ordenamento	86
<b>4</b>	<b>A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO EMPRESÁRIO</b>	<b>89</b>
4.1	O GARANTIDOR NA OMISSÃO IMPRÓPRIA	90
4.1.1	A teoria formal da posição de garantidor: necessária superação da atribuição de responsabilidade decorrente das fontes formais	91
4.1.2	As fontes materiais como critério de justiça	97
4.1.3	As fontes formais-materiais da posição de garantidor	103
4.1.4	Posicionamento a partir do Direito Penal brasileiro	104
4.2	O EMPRESÁRIO COMO GARANTIDOR POR OMISSÃO IMPRÓPRIA	107
4.2.1	Abrangência da responsabilidade do empresário	110
4.2.2	A divisão de funções: organização através de estruturas horizontais	113
4.2.2.1	<i>A posição e os deveres do garantidor nas estruturas horizontais</i>	<i>115</i>
4.2.3	Funções delegadas e responsabilidades do delegado e delegante	117
4.2.3.1	<i>A posição de garantidor a partir da delegação de funções</i>	<i>124</i>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>128</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>133</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da omissão imprópria desperta a atenção pela possibilidade de atribuir a um gestor a responsabilidade pelas práticas criminosas ocorridas dentro da sua empresa, o que nos leva à elaboração da questão primordial de qual o fundamento da imputação do empresário omitente quanto a uma falha na condução da empresa. Esse é o problema de pesquisa que nos despertou o interesse em saber quem, na empresa, pode ser responsabilizado, e qual a extensão de tal responsabilidade.

Por esse motivo, é objetivo do trabalho identificar os critérios de imputação por omissão imprópria do empresário, entendendo a atividade empresarial como uma fonte de risco sobre a qual aquele possui responsabilidade. Para tanto, busca-se demonstrar o fundamento da posição de garantidor no Direito Penal brasileiro, tomando como base a opção legislativa pelas fontes formais, e quais os contornos que estas fontes precisam ter, como subsídio material que lhes confere correspondência material; além disso, importa identificar, dentre as formas de estruturação empresarial, o modo como a posição de garante pode ser atribuída aos indivíduos responsáveis pela condução desta atividade, e, a partir disso, definir a posição de garantidor tanto dos gestores, como dos delegados que assumem esta função.

Para alcançar tais objetivos, realiza-se uma pesquisa descritiva e exploratória, através da análise bibliográfica, estrangeira e nacional, tanto de livros como artigos científicos divulgados em meios físicos e eletrônicos; e, também, a pesquisa documental, como documentos legislativos.

No desenvolvimento do trabalho, serão abordadas as principais questões quanto à responsabilização do gestor competente pelo desenvolvimento de uma atividade empresarial, por atos cometidos por terceiros, seus funcionários ou subordinados, inteiramente responsáveis. Para tanto, observa-se que o próprio princípio de autorresponsabilidade – que afasta, em regra, uma imputação penal quando o indivíduo, que dominou a conduta<sup>1</sup> típica, possuía inteira capacidade de compreensão das consequências da sua atuação - tem uma eficácia diminuída<sup>2</sup> na realidade empresarial, na medida em os executores diretos de ordens superiores não detém o poder de fazer cessar o projeto produtivo, por não ter domínio sobre toda a atividade empresarial. O responsável penal é o superior hierárquico que, embora não atue ativamente, possui a posição de garantidor sobre a fonte de riscos empresa.

---

<sup>1</sup> Os termos “conduta” e “comportamento” serão utilizados neste trabalho para englobar tanto a ação como a omissão.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356, p. 353.

Diz-se, portanto, que a responsabilidade penal pelo risco não permitido, causador de um resultado lesivo, deve ser atribuída àqueles indivíduos que possuem o domínio<sup>3</sup> sobre a fonte de perigo. Outros<sup>4</sup>, influenciados por uma concepção causalista, atribuem o dever de garantia àquele que tem a possibilidade de evitar o resultado lesivo ou de cessar o curso causal, evitando que o resultado aconteça. De igual modo, pode-se argumentar que o dever de agir do superior hierárquico reside no conhecimento superior que esse tem em relação ao funcionário, no entanto nem sempre isto condiz com a verdade da lógica empresarial, que, por vezes, pode ocorrer de o subordinado possui conhecimento técnico, mas isso não vai gerar a sua responsabilidade e, por outro lado, o conhecimento também é disseminado pela empresa, de modo que ninguém conhece inteiramente todos os mecanismos para o desenvolvimento da atividade.

Por esta razão, para além da causação do resultado, ou da ideia de domínio, bem como do conhecimento sobre o risco da atividade, a imputação penal do empresário deve se fundamentar no dever jurídico de agir, referido ao âmbito de organização do empresário, pois “uma posição de garante do empresário por fatos cometidos no seio da empresa somente pode derivar do dever de manter sob controle determinadas fontes de perigo tipicamente empresariais que resultam particularmente de determinadas empresas e processos produtivos”<sup>5</sup>. Tal dever advém das fontes formais da posição de garantidor, adotadas pelo legislador pátrio, mas cujo conteúdo deve ser preenchido dos elementos materiais que digam respeito ao efetivo exercício de uma posição que implique em tal dever.

O tema é desenvolvido ao longo de três capítulos. No primeiro, procuramos demonstrar a relação da nova dinâmica da sociedade de riscos que trouxe consigo novas fontes de riscos e, novos interesses de tutela penal; bem como, novas formas de atuação, desafiando a lógica da autoria e da responsabilidade em Direito Penal, que tem a atuação coletiva, sobretudo através dos entes empresariais, como forma cada vez mais comum do comportamento delitivo. Na mesma oportunidade será abordado acerca da vigilância sobre as atividades arriscadas de atuação das organizações empresariais, o que faz surgir normas de conteúdo mandamental e, em consequência, a omissão ganha uma nova relevância.

---

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 282.

<sup>4</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 71.

<sup>5</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. **Anuário de derecho penal económico y de la empresa**. Dino Carlos Caro (Dir.), Lima, CEDPE, 2012, pp.125-141, p. 132 (tradução nossa).

A omissão é tratada de forma específica no segundo capítulo, a partir das teorias da ação, oportunidade em que se demonstra que as teorias normativistas apresentam a carga de valoração mais adequada para interpretar o fenômeno da conduta delitiva na contemporaneidade. Partindo de tal fundamento, se discute os principais requisitos da omissão, e porque as noções de causalidade e finalidade devem ser substituídas pela ideia do dever de agir, que, ao lado da posição de garantidor, pode sustentar uma imputação por omissão.

A posição de garantidor é desenvolvida no terceiro capítulo, onde discutiremos as principais questões acerca das fontes do dever de garantidor e, para tanto, são discutidas as fontes formal, material e formal-material. Após a tomada de posição, à luz do ordenamento pátrio, discutiremos especificamente a posição de garantidor do empresário, bem como a extensão das suas responsabilidades.

Ao fim, busca-se sustentar que, com base no rol de organização que cada indivíduo ocupa dentro da sociedade empresária, é possível atribuir a posição de garantidor ao empresário, a partir de deveres de asseguramento e assunção, conforme se trate a sua responsabilidade de deveres primários, nas estruturas horizontais, ou deveres secundários, em estruturas verticais. A imputação por omissão nos termos apresentados assegurará que o bem jurídico, posto em perigo com o desenvolvimento da atividade empresarial, não reste desprotegido. Por outro lado, não se admite a imputação penal com base na mera posição ocupada dentro da empresa, sendo imprescindível determinar a esfera de competência efetivamente exercida pelo garantidor.

## 2 ASPECTOS DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL NA SOCIEDADE DE RISCOS

A recente relevância concedida ao estudo da omissão é atribuída, na sociedade de riscos, ao novo contorno do atuar relevante para o Direito Penal, passando a se admitir, não somente novos tipos penais, mas, sobretudo, uma exigência de atendimento a determinadas disposições normativas, cujo descumprimento pode resultar na responsabilidade penal, caso sobrevenha um resultado típico. É o caso das normas de dever, que aumentam à medida que os riscos sociais são percebidos pela coletividade. Neste contexto, a atuação das empresas passa a ser objeto de vigilância do Direito Penal, de modo que a forma de organização empresarial, em estruturas centralizadas ou descentralizadas, passa a ser objeto de estudo desse ramo do Direito. Cuida-se, portanto, neste primeiro momento, de identificar a relação do surgimento dos riscos da contemporaneidade com a atuação empresarial relevante sob o ponto de vista do Direito Penal.

### 2.1 A SOCIEDADE MODERNA COMO SOCIEDADE GLOBAL

O período moderno foi marcado por profundas mudanças nos modelos de trabalho e na veiculação de produtos e serviços. Tais modificações resultariam em melhores condições de vida em função dos avanços tecnológicos surgidos com a promessa de beneficiar a todos. O passo consequente da modernização seria tornar o progresso de alcance global, expandindo para o maior âmbito possível os benefícios dos avanços tecnológicos, possibilitando menos trabalho braçal, melhores condições de saúde, maior rapidez nas comunicações, incremento na capacidade de se locomover pelo globo, aumento do bem estar, conforto e segurança.

O termo globalização começou a ser mais disseminado a partir do final do século XX e início do século XXI justamente para identificar a internacionalização e integração social, política, cultural, mas, sobretudo, econômica, visto que uma das características da sociedade globalizada é o fato de o econômico dominar sobre as demais esferas: as relações sociais, decisões políticas, implicações ambientais, etc., passam pelo crivo do econômico, ou seja, do proveito ou impacto que determinada atividade ou decisão terá sobre o âmbito econômico<sup>1</sup>. A

---

<sup>1</sup> Sustentando esta dominação da esfera econômica sobre a política, BECK define que uma das dimensões pelas quais deve ser entendida a globalização é através do termo “politização” que indica que empresas e associações reconquistaram perante o Estado soberano o poder de negociação. E exemplifica que neste cenário global as empresas que atuam globalmente possuem um papel central na configuração da economia e da própria sociedade. (BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14).

globalização é, portanto, produto do protagonismo dos entes que atuam pelo lucro, os quais buscam expandir ao máximo a sua atuação por todo o globo com o predomínio da sua marca no mercado em que atuam, ao mesmo tempo em que subjugam as consequências da sua atividade em função do fator primordial e essência da sua existência, a lucratividade.

Para a compreensão do termo globalização são acolhidas distintas acepções, não limitadas a uma economia globalizada, mas, num sentido amplo, quer significar toda uma forma de vida global que adentrou nas esferas social, política, religiosa, cultural, etc. de toda uma época. Um dos traços mais característicos da globalização é o surgimento de uma sociedade mundial<sup>2</sup>, que significa a desintegração ou fragmentação das comunidades locais, que cada vez menos se identificam como uma unidade comunitária<sup>3</sup> e, ao mesmo tempo, a união ou identificação entre grupos pertencentes a locais completamente distintos. Esta aparente contradição povoa a sociedade moderna, a qual combina tanto diversidade local, quanto universalidade e unificação para além das fronteiras nacionais<sup>4</sup>.

E é neste sentido que se pode perceber como característica marcante da globalização a perda da soberania dos Estados, que cede espaço às organizações empresariais. A quebra das fronteiras imposta pelo processo de globalização faz desaparecer um poder hegemônico, seja econômico ou político, e isto, ao mesmo tempo em que enfraquece o Estado no controle dos fenômenos advindos pelo processo de globalização, por outro lado proporciona o aumento do poder<sup>5</sup> das organizações empresariais, que encontraram na quebra das barreiras nacionais (leia-se, amplo, livre e ilimitado trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias) o terreno mais fértil para a proliferação da sua atividade lucrativa, sem os empecilhos para que o seu poder se alastre por todas as partes do mundo.

A noção de espaço perde a sua importância e o que é global passa a ser também local<sup>6</sup>, porquanto os avanços tecnológicos e das telecomunicações permitem que as relações, sociais ou de trabalho, prescindam da presença física no mesmo local. A esta característica da

---

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 96.

<sup>3</sup> Neste sentido, Bauman, afirma que a “comunidade” é a “última relíquia das utopias da boa sociedade de outrora”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 118).

<sup>4</sup> MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. Globalização e o Direito Penal. **Revista Liberdades**, v. 18, p. 16-43, 2015, p. 17.

<sup>5</sup> Este poder não se resume ao econômico, mas em função deste há uma influência na forma de consumo, de produção de políticas públicas, além das ilicitudes provenientes do domínio das organizações privadas, como tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, dentre tantos outros observáveis na contemporaneidade.

<sup>6</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 61.

sociedade global, desprovida de fronteiras, Beck<sup>7</sup> denomina de Globalidade e quer significar justamente que a noção de espaços isolados se tornou fictícia e nada do que vem a acontecer pode ser isolado como causa de um fenômeno delimitado. A partir disto, duas afirmações são feitas: a primeira é que, diante de um evento com grandes repercussões como um dano ambiental, ou um produto lesivo a consumidores, a atribuição de responsabilidades se torna tarefa difícil, pois a causação não é mais o guia para a identificação de condutas disseminadas por distintos lugares do globo. A segunda afirmação, consequência da primeira, é que como a noção de espaço perde o seu valor, pela instantaneidade com que se vence o espaço pelo tempo<sup>8</sup>, há uma fuga do poder, ou seja, aqueles que mais conseguem se mover de modo imperceptível se perpetuam no poder, sem responsabilização pelas consequências dos seus atos.

A partir da supressão do espaço, os riscos sociais que se fizeram acompanhar pelo processo de modernização passam a ser globais, e, como seria inevitável, a criminalidade faz jus a esta tendência, se valendo dos deslocamentos das fronteiras para diluir os vestígios dos ilícitos no espaço. Diante disto, baseado no modelo de uma nova sociedade, a sociedade de riscos, Beck<sup>9</sup> postula a necessidade de reformulação da política para esta segunda modernidade.

## 2.2 O SURGIMENTO DA SOCIEDADE DE RISCOS PELO FRACASSO DO PROJETO MODERNO

O ambicioso projeto da modernidade se mostrou convincente, mas desde o seu primórdio já apontava para a impossibilidade do cumprimento das promessas feitas<sup>10</sup>. O compromisso de concretização dos direitos do homem que deveria vir com a racionalidade científica jamais se cumpriu, haja vista que, na verdade, o capitalismo resultante deste processo somente acentuou o individualismo e a perda da consciência coletiva, seja no interior de cada país e, ainda mais, entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, aprofundando desigualdades sociais nunca superadas.

---

<sup>7</sup> BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31.

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 149.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O Social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 79.



Ainda assim é possível dizer que, em maior ou menor medida conforme o índice de desenvolvimento de cada país, a modernização proporcionou notáveis avanços das tecnologias, com melhoria das comunicações, do transporte, bem como da saúde pelo progresso das ciências. Tais avanços científicos e tecnológicos surgem, todavia, ao preço dos riscos existenciais, identificados por Ulrich Beck como ponto de partida para uma nova modernidade.

A partir da identificação do fracasso das promessas da modernidade, de riqueza e progresso ilimitados, toma forma, neste período mais recente da história moderna, uma consciência coletiva acerca dos riscos existenciais criados por todo o processo de modernização. Se a primeira modernidade se fundamentou no otimismo quanto às possibilidades de um futuro melhor que poderiam ser proporcionadas pela ação humana, a segunda modernidade é marcada pela tomada de consciência dos efeitos negativos das decisões humanas<sup>11</sup>. Esta época é denominada por Beck de modernidade reflexiva, pois é o período em que a sociedade passa a experimentar, não mais somente de forma latente, as consequências dos riscos por ela mesma criados e é forçada a refletir sobre os próprios fundamentos desse desenvolvimento<sup>12</sup>. Os avanços tecnológicos trouxeram consigo riscos até então desconhecidos, presentes na comida, no ar e na água, sendo impossível escapar do seu alcance, mesmo porque eles estão diretamente associados ao desenvolvimento do qual esta sociedade se tornou dependente.

É verdade que os riscos existenciais não surgiram recentemente, antes, sempre estiveram presentes na vida em sociedade, contudo foram acentuados pela ação humana durante o processo de modernização e apresentam diferenças fundamentais entre os riscos da era moderna para os das épocas anteriores, sobretudo pelo potencial de auto-ameaça, a exemplo dos riscos relacionados ao desenvolvimento químico e atômico.

A reflexividade da sociedade de risco consiste justamente numa característica fundamental da sociedade contemporânea que é a ameaça causada pela incontabilidade do perigo de auto-destruição<sup>13</sup>, ou seja, o ser humano é principal responsável e, ao mesmo tempo, o principal afetado pelos riscos existenciais. Esses riscos “novos” não mais decorrem de catástrofes naturais como era comum em outras épocas, mas da ação humana, não apenas

---

<sup>11</sup> MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 29, nº 86, p. 15-27, out., 2014, p. 16.

<sup>12</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24.

<sup>13</sup> DA ROSA, Fabiano. **O Direito Penal na Sociedade do Risco**: reflexos sobre os tipos penais. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2007, p. 17.

consciente das consequências, mas, mais que isso, responsável pela decisão deliberada que envolve a produção de riscos diante das vantagens individuais alcançadas, em detrimento de possíveis danos futuros.

Além disso, são riscos de mega-dimensão, não se limitando num pequeno espaço geográfico, mas frequentemente rompendo as barreiras físicas, geográficas e sociais e alcançando uma quantidade incalculável de pessoas, inclusive de diferentes épocas, como os riscos ambientais, gradativamente danosos ao meio ambiente hoje e em níveis muito mais sérios às gerações futuras.

Os perigos da sociedade de riscos são também universais, não respeitam fronteiras sociais ou nacionais e nesta medida não diferenciam, a princípio, as suas vítimas. Por isso é que se diz que os riscos possuem um efeito lesivo mais democrático, pois a sua danosidade alcança inclusive quem foi responsável pelo seu surgimento<sup>14</sup>. A visão de Beck se volta sobre uma distribuição equitativa dos riscos, o que faria surgir uma espécie de solidariedade frente aos riscos, na medida em que todos, independente de em que parte do mundo se encontrem, dividem os mesmos medos. Em sua concepção, a sociedade de riscos, ou a segunda modernidade, já superou a fase de carências - de escassez de bens e serviços - e agora seu único objetivo é vencer os riscos e, por esta razão, surgiria uma comunhão global que, apartado de qualquer diferença social, levaria ao desenvolvimento de mecanismos para construção de uma sociedade global unida no intuito de vencer os riscos civilizacionais.

Denuncia-se que o pensamento de Beck demonstra um afastamento da realidade empírica e é, por isso, alvo de críticas, seja pela inexistência da total superação das carências<sup>15</sup>, notadamente dos países menos desenvolvidos, seja pela não concretização da sua previsão quanto à união global para escape dos riscos<sup>16</sup>. Antes, as diferenças entre poderosos e miseráveis se acentuaram ainda mais, resultando na distribuição desigual dos riscos e em vulnerabilidade<sup>17</sup> ao risco por grupos menos privilegiados.

---

<sup>14</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 55.

<sup>15</sup> A crítica feita aos argumentos de Beck aponta que ao referir-se ao risco como um efeito negativo do progresso econômico, ele restringe a sua análise aos países centrais que alcançaram o desenvolvimento, como se nos países ainda em desenvolvimento não houvesse espaço para reivindicações quantos aos riscos à saúde e meio ambiente. (MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 29, n° 86, p. 15-27, out., 2014, p. 20).

<sup>16</sup> O próprio autor reconhece como utopia esta previsão quanto ao futuro da sociedade de riscos. (BECK, op. cit., p. 57).

<sup>17</sup> Neste sentido, Mendes entende que a distribuição de riscos nunca é equivalente, mas afeta com muito mais peso populações em vulnerabilidade social: “as populações vulneráveis são aquelas que se encontram em risco, não simplesmente porque estão expostas a processos potencialmente perigosos, mas como resultado da marginalidade em que vivem, fazendo das suas vidas uma ‘emergência permanente’” (MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra,

Uma das principais promessas da modernização, a de que o capitalismo estenderia o progresso às regiões marginais, promovendo o bem-estar planetário é afastada<sup>18</sup>, não sendo possível falar numa completa superação das carências. As desigualdades internas em cada país, bem como mundial entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos são, na verdade, consequência da modernização científico-tecnológica, que contribuiu para o aumento do abismo entre o desenvolvimento das regiões centrais e as marginais<sup>19</sup>. Além disso, estas últimas foram mais afetadas com as falhas das promessas de industrialização e, por isso, não é possível sustentar uma comunhão global frente aos riscos civilizacionais. A identificação momentânea de que todos estão igualmente suscetíveis aos mesmos perigos brevemente se dissolve e se transforma em conflito quando o que passa a prevalecer é a busca individual para superar o risco: é quando então se acentuam as diferenças sociais outrora baseadas somente no poder aquisitivo, mas que agora também se evidenciam com base na capacidade de se proteger das ameaças civilizacionais.

O entendimento social dos riscos, sua danosidade e extensão, bem como a forma de legislar visando diminuir tais riscos, ou seus efeitos, passa pela compreensão das inúmeras formas com que o risco se apresenta, ou são percebidos, por cada sociedade. Há riscos de perigo global, vinculados à destruição ecológica causada pelo processo de industrialização, os quais podem passar despercebidos dos sentidos e por isso se apresentam ainda mais danosos e clamam por maior atenção na sua prevenção ou punição pelas suas consequências. Também, os riscos da pobreza são observáveis, notadamente em nosso contexto social, decorrentes do capitalismo, bem como riscos de terrorismo fundamentalista ou privado<sup>20</sup>, o risco das armas de alto poder destrutivo com a iminência de conflitos militares entre Estados. A sociedade de

---

2015, p. 74). E, diante das vulnerabilidades frente aos riscos, não basta a estratégia política de prever ou mitigar os danos decorrentes dos riscos sociais, mas, antes, torna-se necessária a diminuição das vulnerabilidades. Por esta razão, é criticada a adoção de estratégias legislativas de punição pela produção de riscos como única forma de combate aos riscos sociais, pois somente a utilização do Direito Penal para tanto não teria o efeito de diminuir os perigos desta sociedade marcada pela desigualdade quanto à exposição aos riscos, mas limita-se, antes, a um efeito aparente ou simbólico de resolução dos problemas, muito mais profundos do que hodiernamente alcançados pelas normas. Entendemos, no entanto, que na gestão dos riscos a repressão penal da condução arriscada das atividades não deve ser a única forma de atuação estatal, mas também não pode ser afastada, em razão da importância dos bens jurídicos afetados.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 64.

<sup>19</sup> Para Souza Santos, no estágio atual da modernidade, convivem tanto o excesso do cumprimento do projeto da modernidade, especialmente experimentado pelas sociedades capitalistas avançadas, e, contraditoriamente, o déficit vital das promessas não cumpridas – nos países cujo desenvolvimento não se deu por completo. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O Social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 79).

<sup>20</sup> DA ROSA, Fabiano. **O Direito Penal na Sociedade do Risco: reflexos sobre os tipos penais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2007, p. 28.

riscos consiste na identificação de todas estas ameaças existenciais, as quais se complementam e se acentuam, inaugurando uma sociedade fundamentada no medo e na incerteza sobre tais riscos<sup>21</sup>. E existe no risco um caráter fortemente subjetivo, na medida em que a percepção que se faz dos riscos determina a ação, pois a consciência da falta de segurança leva ao sentimento de impotência para controlar e gerir tais riscos, de modo que esses se agigantam, muitas vezes em proporção maior do que objetivamente são. O medo passa, então, a ser predominante na sociedade da busca por segurança.

É certo que a forma de percepção e o grau de manipulação dos símbolos<sup>22</sup> permitido por determinada população depende, sobretudo, do grau de conhecimento desta comunidade, de modo que a construção de um entendimento concreto acerca dos riscos existenciais e as necessárias e efetivas medidas que devem ser tomadas para proteção contra esses, passa necessariamente pela busca por informação confiável e construída no seio da sociedade, e não apenas absorvida por determinadas instâncias de produção de conhecimento<sup>23</sup>. A informação verdadeira acerca dos perigos existenciais, construída no espaço público, é fundamental para afastar tais ameaças e por isso tal conhecimento deve se dar na esfera pública, evitando, portanto, soluções aparentes ou que não atendam às necessidades sociais frente aos riscos<sup>24</sup>.

O risco é mais perigoso quanto mais imperceptível, pois assim eles permeiam entre nós sem que nos apercebamos da sua existência ou da extensão da sua danosidade e é justamente a sua invisibilidade que permite que ele circule livremente, já que inexistem qualquer barreira de contenção<sup>25</sup>, jurídica, social ou política. Somente a partir da dimensão da sua periculosidade é que os perigos passam a ter relevância social e política, sendo possível a implantação de métodos efetivos para os deter. Neste sentido Bauman afirma que:

---

<sup>21</sup> Caracterizada por Silva Sánchez como a sociedade da “insegurança sentida”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl., Madrid: Civitas, , 2001, p. 33).

<sup>22</sup> Símbolos são criados, como formas de identificação dos riscos pela sociedade e, independente do grau de correspondência com a realidade, de alguma forma eles são absorvidos pela generalidade da população. E os símbolos manipulados direcionam as políticas públicas: “A percepção do risco pode, assim, ser condicionada por mecanismos de visibilidade ou de invisibilidade determinados pelos poderes políticos ou económicos” (MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco**: uma breve introdução e algumas lições. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 29).

<sup>23</sup> Beck propõe uma participação pública ativa no processo de conhecimento dos riscos existenciais, descartando a ideia de hierarquia do conhecimento científico sobre a racionalidade construída socialmente. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 71).

<sup>24</sup> O conhecimento é mais um aspecto em que os riscos atingem de forma desigual, de acordo com os recursos financeiros: “Que o debate sobre riscos tenha que ser feito na linguagem da ciência deixa atores das regiões onde há menos recursos para pesquisa em desvantagem nesta teoria. Se o uso do termo ‘risco’ depende de capital científico, o qual é altamente concentrado, não se pode dizer que ele ultrapassa as velhas lutas por distribuição de recursos.” (MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 29, nº 86, p. 15-27, out., 2014, p. 21).

<sup>25</sup> BECK, op. cit., p. 55.

Nenhum perigo é tão sinistro, nenhuma catástrofe fere tanto quanto as que são vistas como uma probabilidade irrelevante. Considera-las improváveis ou nem mesmo pensar nelas é a desculpa para não fazer nada contra elas antes que atinjam o ponto em que o improvável vira realidade e subitamente é tarde demais para aliviar seu impacto, que dirá impedir sua chegada.<sup>26</sup>

Embora objeto de manipulação, a existência dos riscos não é apenas subjetiva a partir da sua percepção, pois, há uma inegável presença objetiva dos riscos<sup>27</sup> e o pânico e insegurança que eles geram não são apenas fruto da exposição alarmista sobre eles, mas sobretudo das suas consequências catastróficas, atuais ou potenciais.

Assim, diante dos perigos, que são reais, e não exclusivamente produto da manipulação dos símbolos, torna-se necessária, não somente uma percepção pelos cidadãos que corresponda ao perigo concreto e suas ameaças, mas também uma gestão sobre os riscos que leve em conta a efetividade das políticas tomadas para a contenção destes riscos. Enquanto Beck propõe uma ruptura com os paradigmas da sociedade precedente e se passe a fundamentar uma nova sociologia com base no risco, seus opositores indicam que a ruptura não é possível, pois a desigualdade social não foi suprimida pela modernização, antes foi acentuada, devendo tal dado ser levado em conta nos processos de construção social do risco.

Diante destas constatações, surge para o Direito e, especialmente, o Direito Penal a missão de extrair da realidade social de um país em desenvolvimento, fortemente marcado por desigualdades, uma forma de conter as barreiras do risco para fazer possível a existência da própria vida ameaçada caso nada se faça para conter os muitos perigos existenciais da sociedade de riscos. O desafio é assegurar a garantia de bens jurídicos, individuais e coletivos, segundo orientações político-criminais, sem, contudo, permitir o uso de simbolismo que apenas perpetue o escape do poder dos poderosos, fazendo pesar ainda mais sobre os grupos vulneráveis<sup>28</sup> os efeitos deletérios da segunda modernidade.

---

<sup>26</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 24.

<sup>27</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 63-64.

<sup>28</sup> A vulnerabilidade aqui aborda a vulnerabilidade aos riscos, como trabalhado anteriormente. Não se refere à vulnerabilidade ao sistema penal, ideia elaborada por Zaffaroni que sustenta que há alguns indivíduos que são mais propícios de serem alcançados pelo sistema penal, independente do grau de esforço que efetivamente empreendam, notadamente aquela criminalidade grosseira mais visível e por isso mesmo alcançável, ao passo que a criminalidade rebuscada exige um esforço muito maior do indivíduo para que seus atos sejam percebidos. Sobre o último aspecto, remetemos tanto à obra do autor: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Remetemos, também, à tese de Thais Bandeira sobre os aspectos desta teoria de Zaffaroni para a criminalidade econômica, que faz surgir novos sujeitos vulneráveis ao sistema de criminalização primária e secundária: PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **A neossletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco**: uma aproximação entre e dogmática e os aspectos criminológicos. 2015. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

### 2.3 OS RISCOS PERMITIDOS

A reflexão sobre a sociedade de riscos remete à complexidade social que se instalou nesta sociedade a partir da relação entre a necessidade de produção dos riscos para o almejado desenvolvimento e as consequências atuais e potenciais que tais riscos trazem. À medida que a responsabilidade do indivíduo pelos riscos sociais, oriundos do desenvolvimento tecnológico, passa a ser reconhecida, vivenciamos um paradoxo entre os riscos do desenvolvimento e a busca de mecanismos para contenção de tais riscos para patamares seguros e toleráveis<sup>29</sup>.

Os riscos ganham relevância a partir da sua percepção, seja por meio de pesquisas científicas ou pela vivência de perigos tornados visíveis, não restando mais espaço para sua livre circulação, pois os cidadãos agora cientes dos riscos da modernização não mais aceitam as ameaças existenciais como mero preço do desenvolvimento. E é justamente esta conscientização dos riscos que faz surgir no seio da sociedade pautas de reivindicação de atuação do poder público. Espera-se que os mecanismos estatais sejam capazes de evitar a concretização das ameaças iminentes e este passa a ser o principal anseio de uma população cada vez mais temerosa, tomada pelo vazio da impotência para controlar os riscos.

A ponderação que deve ser feita diante dos perigos sociais e existenciais passa pela identificação de quais riscos serão tolerados – consequência da admissão do novo modo de vida abraçado por toda uma geração – e aqueles riscos insuportáveis, que se perpetrados resultarão na degradação de bens caros à vida, seja imediatamente, ou num futuro próximo. O risco é, em certa medida, socialmente tolerado e somente a partir do conhecimento socialmente produzido será possível determinar os níveis de aceitação de determinado risco. É preciso, portanto, admitir que a atuação estatal na gestão dos riscos é limitada: a definição dos riscos não permitidos abrange ofensas inadmissíveis e a criminalização somente poderia alcançar estas últimas<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> MASI, Carlo Velho. **A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 75.

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 50. Fundamenta, ainda, o mesmo autor que a distinção entre o que pode ser considerado como risco aceitável ou não passa por uma ponderação de interesses, complexos e diversificados, difícil e muitas vezes questionável.

A noção de riscos permitidos e não permitidos é fator fundamental para se falar em uma criminalidade da sociedade de riscos e esta é uma construção desenvolvida conforme o contexto social:

Uma sociedade saturada de tecnologia esperará de um fabricante de máquinas que este não crie novos riscos e, portanto, lhe imporá o dever de garantir a segurança em todas as condições de funcionamento, exonerando tanto o comprador da máquina como a vítima. Pelo contrário, uma sociedade que precisa de avanços técnicos tolerará riscos suficientes; por consequência, irá exonerar o fabricante e impor ao proprietário e à potencial vítima a obrigação de garantir a segurança<sup>31</sup>.

O legislador tolera determinados focos de perigo, visto que mesmo aqueles perigos ocasionados pela atividade humana, não podem ser de todo afastados, pois se considera que são imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade: o fluxo de carros, a construção de edifícios, a manipulação de determinados produtos que em certos graus comprometem a salubridade das pessoas. Dentre tais atividades, até mesmo as perigosas, mas que servem à diversão<sup>32</sup>, podem ser objeto de tolerância e ainda enquadrarem-se como permitidas. Por outro lado, há riscos que o ordenamento não apenas tolera como os fomenta, por entender que muitos deles são necessários para o progresso da sociedade<sup>33</sup>, assim abarcados os decorrentes das atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas produtoras de bens e serviços. Tais riscos existenciais, tolerados ou estimulados, precisam estar circunscritos à esfera do permitido e para tanto a norma prescreve a determinadas pessoas a obrigação de aplicar medidas de precaução para que o âmbito do permitido não seja violado.

A noção de risco permitido e proibido passou a ser levantada pela doutrina a partir da sentida necessidade de fixar o teor do dever de cuidado quando da identificação da conduta negligente. Isto porque, se toda conduta negligente que resultasse em um evento lesivo fosse objeto de punição pelo Direito Penal isto levaria a uma amplitude excessiva do espectro de condutas negligentes e, por tal motivo, a doutrina passou a associar o dever de cuidado à atuação além do risco permitido: se dentro da esfera do risco permitido, ainda que com resultado lesivo, a conduta negligente não poderia ser considerada típica. Com a construção

---

<sup>31</sup> “una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad” (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997, p. 17, tradução nossa).

<sup>32</sup> Neste sentido Gimbernat Ordeig exemplifica a corrida de automóveis e a corrida de touros. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 39.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 46.

dos elementos da teoria da imputação objetiva o risco não permitido passou a integrar o conceito de tipo penal, tanto para delitos culposos ou dolosos, firmando a concepção de que a imputação penal consistia no desvalor da conduta e, caso esta conduta estivesse abarcada pela categoria do risco permitido, estaria afastada a tipicidade. Mais que o resultado, na sociedade de riscos a relevância maior passa a ser dada à atuação além do risco permitido e esse se torna categoria central do injusto penal. Neste sentido, a pergunta acerca da tipicidade se converte em uma pergunta acerca do risco permitido<sup>34</sup>.

A determinação do que se compreende por risco permitido ou não permitido deve levar em conta uma ponderação de interesses segundo os critérios de valoração que correspondam ao desenvolvimento de determinada sociedade ao longo da história. Segundo Roxin, “o critério do risco não permitido aporta, assim, pois, para o âmbito do injusto, a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil”<sup>35</sup>. A prevenção total destes riscos, além de inalcançável, é indesejável, pois não seria possível fazê-lo sem restringir a liberdade de atuação do homem moderno. Para que a vida seja possível, mas resguardando-se de abusos os interesses do indivíduo, tanto da presente quanto das futuras gerações, o legislador deve determinar certos limites de atuação, cujo descumprimento – atuação além do risco permitido – configura a atuação típica, podendo-se atribuir ao agente que não observou a esfera do permitido a responsabilidade pelo resultado lesivo contido na norma penal.

A seleção dos riscos socialmente permitidos deve proporcionar certa liberdade de atuação, identificando as atividades imprescindíveis ou socialmente úteis, bem como aquelas reconhecidas, de forma inequívoca, no seio social como aceitáveis<sup>36</sup>. Não se pode perder de vista que o risco socialmente permitido deve ter reconhecimento pela norma conforme ele é recepcionado pela sociedade através do tempo, pois “a sociedade vai aceitando uma série de riscos e estabelecendo um determinado contexto normal de interação”<sup>37</sup>. Deste modo, o determinante não é que o legislador defina quais as condutas podem levar a um maior âmbito de atuação individual ou que se resguarde uma categoria de permissão que seja socialmente útil, mas, antes, cabe ao Direito fazer o reconhecimento do que aquela sociedade entende

---

<sup>34</sup> MARAVER GÓMEZ, Mario, Riesgo permitido por legitimación histórica. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 209-235, p. 216.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 41.

<sup>36</sup> MARAVER GÓMEZ, op. cit., p. 217.

<sup>37</sup> “la sociedad va aceptando una serie de riesgos y estableciendo un determinado contexto normal de interacción” (Ibidem, p. 210-211, tradução nossa).



como uma conduta permitida<sup>38</sup>. Não se deve partir de critérios fixos de ponderação, pois as razões pelas quais uma sociedade passa a aceitar determinadas formas de conduta não são predeterminadas e nem imutáveis. A ponderação a ser feita reside, portanto, na identificação dos valores socialmente reconhecidos e esta identificação dos riscos não deve permanecer à margem do Direito, pois este é o ramo da ciência que compreende as valorações sociais<sup>39</sup>.

Conforme uma necessária ponderação de interesses sociais de não restringir a liberdade de atuar, mas por outro lado, sem comprometer a coexistência em sociedade e o bens individuais e coletivos da presente e das futuras gerações, a norma jurídica fixa limites de atuação dentro dos quais se diz que o indivíduo atua conforme o risco permitido.

O reconhecimento dos valores sociais é bem próxima à concepção da adequação social, cuja ideia surgiu no Direito Penal visando evitar que o tipo penal direcionasse uma proteção a bens jurídicos de forma apartada da vida real. As ideias de adequação social e risco permitido são próximas porque ambas limitam o alcance do tipo penal<sup>40</sup>, mas aquela parece ter sido superada a partir da formulação da teoria da imputação objetiva. É possível, no entanto, a convivência das duas considerações dentro do Direito Penal, com o fim de assegurar a correspondência da interpretação das normas penais a partir da sua relação com os valores juridico-socialmente reconhecidos.

Há quem sustente que a posição que deve ser reservada hoje para a adequação social deve se manter em um momento prévio à valoração normativa, identificando os comportamentos socialmente adequados que, por isto, não integram a esfera da tipicidade. Antecipa-se, portanto, o juízo de adequação social a um momento pré-típico, quando caberia a avaliação de tolerabilidade de uma conduta no meio social e, em caso positivo, a tipicidade sequer se aperfeiçoa, pois a adequação social serve como limitador da legitimação do tipo e “acaba por não autorizar a ultrapassagem da fronteira de tipicidade pelos próprios vínculos histórico-culturais daquela ação”<sup>41</sup>. Em outras palavras a adequação social abarca condutas irrelevantes para o Direito Penal por não conter periculosidade. O risco permitido, por sua

---

<sup>38</sup> MARAVER GÓMEZ, Mario, Riesgo permitido por legitimación histórica. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 209-235, p. 220.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 233.

<sup>40</sup> A concepção originária da teoria da adequação social surgiu por Welzel com vistas a determinar a própria tipicidade da conduta, caso socialmente adequada, mas em formulações posteriores ele parece ter direcionado a teoria como critério de exclusão da antijuridicidade. (Ibidem, p. 231).

<sup>41</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e direito penal. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 57-82, p. 72.

vez, se vale da análise típica de exclusão de tipicidade caso o risco esteja dentro da esfera do permitido.

A ideia que segue a teoria da adequação social de que são socialmente toleradas as atividades desenvolvidas dentro da esfera de ordens ético-sociais, estabelecidas através da história,<sup>42</sup> são compatíveis com a ideia concebida por Jakobs<sup>43</sup> de risco social surgido por legitimação histórica. Segundo o mencionado autor, junto ao risco permitido por ponderação, há riscos que sobrevivem historicamente e que são aceitos como socialmente adequados, como parte da própria configuração da sociedade. Jakobs<sup>44</sup> não afasta a coexistência destes dois conceitos ao expor que a categoria do risco permitido deve ser entendida como uma concreção da adequação social e esta, por ser genérica, não serve por si só para a imputação penal. Por esta razão, é imprescindível a consideração acerca do risco permitido a partir do cálculo entre custos e benefícios, ou seja, a ponderação entre a liberdade de comportamento com a autorização de se operar sobre riscos, ainda que isto custe a perda de determinados bens que tais riscos causam.

A melhor análise acerca desta discussão é desenvolvida por Maraver Gómez<sup>45</sup>, que conclui que em qualquer dos casos sempre há uma ponderação de interesses, e o que, ao final, importa saber é de que forma os interesses aceitos historicamente condicionam a ponderação feita pela norma. Nesse sentido, é possível dizer que o risco permitido é uma categoria reconhecida pela norma jurídica, mas a sua extensão não deve ser limitada apenas ao reconhecimento pela norma, pois haverá casos em que a valoração acerca da adequação social deverá recair sobre a conduta não regulada para averiguar se se encontra dentro do risco permitido. Numa palavra, o risco permitido não pode ser limitado à compreensão do quanto previsto na norma, mas a norma deve refletir a aceitação social do risco sob o ponto de vista histórico e cultural.

#### 2.4 A “NOVA” CRIMINALIDADE DA SOCIEDADE DE RISCOS

---

<sup>42</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e Direito Penal. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 57-82, p. 60.

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1997, p. 29.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>45</sup> MARAVER GÓMEZ, Mario, Riesgo permitido por legitimación histórica. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 209-235, p. 210.

Diante do novo molde que o atuar em sociedade passa a ter na sociedade de riscos, é possível reconhecer um operar criminoso próprio da sociedade pós-industrial, consequência dos processos de internacionalização da economia, rompimento das fronteiras dos Estados e esvaziamento da soberania destes, bem como a diluição do tempo e do espaço<sup>46</sup>. Estas características próprias da sociedade globalizada foram incorporadas às formas de vida e se fizeram acompanhar pelo surgimento de novas condutas perigosas e potencialmente danosas.

A complexidade que marca a sociedade de riscos é, assim, incorporada pelo Direito Penal, e a criminalidade, que necessariamente acompanha as modificações sociais, não mais corresponde às previsões típicas de um Direito Penal pensado em termos individuais. O objeto primordial desse Direito Penal é a tutela de bens jurídicos exclusivamente referidos à pessoa, lesionados por uma ação, dolosa, com os contornos previstos em tipo penal fechado, obra de uma pessoa identificada, cuja autoria é determinada com base na causalidade física entre a ação e o resultado. A criminalidade contemporânea é marcada pelo afastamento do autor com o dano causado, o que, de logo, dificulta a possibilidade de punição exclusivamente com base na causalidade. As responsabilidades passam a ser compartilhadas, notadamente nos âmbitos empresariais e nos delitos de acumulação, desafiando a lógica das formas admitidas de autoria e participação. Bens jurídicos coletivos, ainda que sem referência a interesses individuais, são cada vez mais aceitos como objeto de tutela penal e a própria existência do dano é relativizada<sup>47</sup>, dada a necessidade de tutela antecipada para preservação dos interesses essenciais à sociedade. Neste sentido é a análise feita por Figueiredo Dias que aponta as profundas discrepâncias entre as demandas da sociedade industrial e da sociedade de risco:

Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente

---

<sup>46</sup> Como corolário de transformações sociais tão acentuadas, o crime também torna-se global. (FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns, Coimbra: Almedina, 2001, p. 36).

<sup>47</sup> Fala-se mesmo que a lesividade material do bem jurídico, torna-se prescindível, sendo reinterpretada na sociedade de risco como “lesividade da confiança”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 110).

distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.<sup>48</sup>

Na sociedade de riscos os danos à ordem econômica, a lavagem de capitais, lesões contra o meio ambiente, encontram terreno fértil para proliferar e disseminar riscos existenciais. De igual modo, mesmo os crimes que já existiam agora se especializam na internacionalização e se valem da facilidade da fuga do controle estatal, ampliando a sua danosidade e esvaindo a possibilidade de responsabilização penal. É a “globalização dos crimes e dos criminosos”, haja vista as facilidades de circulação de capital, informação e pessoas”<sup>49</sup>. A superação do espaço, conquista da modernidade líquida, tem seus efeitos diretos sobre a nova criminalidade, desde que permite que o espaço seja atravessado numa parcela de tempo ínfima, possibilitando aos danos também independem-se das barreiras do tempo e do espaço e com isso desfaz-se a possibilidade de identificação do locus delicti e, consequentemente, a atribuição de responsabilidade individual por aquele risco que já se alastrou no espaço.

A dificuldade de identificação dos infratores não se restringe à disseminação dos perigos pelo globo, mas também à facilidade de fuga possibilitada pela conquista do espaço. Os reais responsáveis pela produção dos riscos existenciais podem se locomover pelo globo com uma facilidade que lhes proporciona a invisibilidade. Além disso, é traço marcante das relações contemporâneas a diluição das responsabilidades, especialmente se pensadas no âmbito das atividades empresariais, em que se torna desnecessária a presença física num mesmo espaço de todos quantos contribuem para a produção de uma mesma atividade. A produção de risco realizada simultaneamente por pessoas e em lugares distintos desafia a contenção de tais riscos pela inviabilidade de referenciar esta criminalidade a uma pessoa ou coisa individual. Neste sentido, a divisão de competências, repartição de responsabilidades de fiscalização e fragmentação do conhecimento sobre elementos essenciais dos bens ou produtos, disseminadas no interior das empresas devem fazer surgir novos contornos sobre autoria e participação.

É peculiar da criminalidade contemporânea a frequência com que o delito empresarial é noticiada. Esta forma de criminalidade acaba ganhando relevo porque os interesses das pessoas jurídicas e pessoas que agem em nome destas dizem respeito a riscos existenciais, causando perigos de danos indetermináveis, como os crimes contra o meio ambiente e o

---

<sup>48</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33, ano 9, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 39-65, p. 41.

<sup>49</sup> MASI, Carlo Velho. **A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 57.

consumidor. Além disso, com o fortalecimento das empresas no mercado mundial, a delinquência através das atividades empresariais também adquiriu novas formas, notadamente por meio de crimes de corrupção, lavagem de capitais, entre outros.

Neste cenário o Direito Penal é levado a repensar a responsabilidade individual, não somente admitindo a responsabilização de entes coletivos, mas ampliando as formas de imputação penal por omissão que passa a ser a forma mais comum de cometimento de ilícitos nesta “nova” criminalidade, sendo que “a omissão converte-se em categoria primária da responsabilidade penal, evidenciando questões totalmente inéditas acerca do conteúdo do conceito de ação e sobre a relação entre ação e omissão”<sup>50</sup>. É problemático continuar a pensar-se no delito doloso de ação como “forma normal” de cometimento de ilícitos<sup>51</sup>, quando a realidade aponta para o crescimento dos delitos de negligência e omissão, pois, ao tomar a conduta dolosa por paradigma da conduta delituosa, as teorias que fundamentam a punibilidade são formuladas a partir da ação sem tomar em conta as especificidades da conduta omissiva.

Além disso, a imprevisibilidade dos riscos, que não indicam os limites da sua extensão, seja de alcance geográfico ou através do tempo, evidencia uma periculosidade não completamente conhecida. Por esta razão, os riscos causam tamanho pavor social que a sua prevenção passa a ser predominante no discurso que exige atuação estatal. As políticas de prevenção dos danos devem, portanto, ser o principal instrumento na gestão de riscos, sendo impensável aguardar a concretização de tais danos para somente depois buscar a reparação tardia pelos estragos experimentados. Proliferam, assim, normas de comando, deveres de obediência a limites de segurança, deveres de informação, surgindo o questionamento sobre quem reside a responsabilidade de agir diante deste emaranhado de normas mandamentais, inclusive de natureza administrativa, com consequências penais.

A criminalidade toma, ainda, novos contornos em face da integração supranacional própria da sociedade global e desafia um Direito Penal pensado apenas localmente dentro dos limites e relacionados aos conflitos internos de cada Estado. O cenário posto converge para uma unificação legislativa, pois “a globalização conduz a uma diminuição da importância da

---

<sup>50</sup> MASI, Carlo Velho. **A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 87.

<sup>51</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33, ano 9, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 39-65, p. 42.

legislação penal e da política criminal do Estado e à conseqüente redução da soberania nacional”<sup>52</sup>.

A globalidade dos riscos tem reflexo direto no Direito Penal característico da pós-modernidade, pois há uma distância física entre as vítimas dos mesmos perigos globais, efeito da disseminação dos riscos possivelmente entre todas as pessoas do globo – embora desigualmente, repise-se. Por não encontrar limites geográficos, os perigos globais são também perigos comuns a todos e isto tem o efeito direto de afetar como vítimas destes danos um número indeterminado de pessoas. A identificação das suas vítimas, detentoras do bem jurídico penalmente protegido, nem sempre é possível, o que torna natural falar em danos coletivos, ou para o Direito Penal, em bens jurídicos coletivos, pela impossibilidade de determinação do titular do bem jurídico afetado.

Se esta comunhão global não conduz a uma solidariedade global, como quis Beck, ela deve ter o efeito de fazer com que os indivíduos que decidiram conviver em sociedade reconheçam a imperativa necessidade de obedecer a deveres de solidariedade, impedindo que a sua atuação arriscada interfira na esfera de livre organização dos demais indivíduos. Os deveres de solidariedade e de humanização do outro se constituem como ponto de partida da norma penal da pós-modernidade e possibilitam uma convivência harmônica<sup>53</sup>.

Tais características da criminalidade própria da sociedade de riscos levam ao questionamento acerca de que forma o Direito Penal pode construir categorias para os novos desafios colocados diante de si para corresponder à realidade social imposta pelos riscos existenciais.

## 2.5 DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL DO RISCO

A complexidade da sociedade de riscos ocasionou para a dogmática jurídico-penal uma sentida ausência de referência com a realidade social, passando-se, portanto, a admitir uma crise do Direito Penal, a qual só poderá ser superada com uma atuação penal que resulte imanente à sociedade, e não transcendente a esta<sup>54</sup>. Desta forma, é imprescindível à ciência do Direito conhecer o fenômeno social próprio da sociedade de riscos, para admitir a

---

<sup>52</sup> MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. Globalização e o direito penal. **Revista Liberdades**, v. 18, p. 16-43, 2015, p. 39

<sup>53</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 149-0.

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, Barcelona: Bosch, 1992, p. 15.

possibilidade de superar a crise da dogmática e fornecer meios de atuação penal adequados à realidade estudada.

Não é possível ignorar o potencial lesivo das ameaças surgidas na sociedade pós-industrial, as quais podem por em risco a própria existência da vida e o reconhecimento do risco e seus efeitos possivelmente catastróficos impulsiona o desenvolvimento de novas formas de controle. Um cenário de riscos reais exige respostas também reais e adequadas à realidade que se mostra.

Como já mencionado, a indiferença frente aos riscos impulsiona a sua proliferação, de modo que já não se questiona acerca da necessidade de atuação do Direito Penal frente aos perigos, pois ele é confrontado a se posicionar diante do conflito crescente da sociedade de risco entre liberdade e segurança e esta se converte numa pretensão social para a qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta<sup>55</sup>.

A atuação penal consiste na resolução do conflito instalado nesta sociedade entre liberdade e segurança. Segundo Jimenez Diaz<sup>56</sup>, não se pode entender que a atuação penal neste contexto significaria necessariamente em prejuízos à liberdade individual, pois o Direito Penal não infringe as liberdades individuais ao tutelar as novas situações colocadas pela sociedade de risco, pois ao fazê-lo busca dar segurança aos indivíduos, trazendo-lhe, na verdade, efetiva liberdade. Para aquela autora, segurança e liberdade não se contrapõem, mas são conceitos que se unificam, pois a segurança é um pressuposto para a liberdade; assim, somente num ambiente de segurança é possível se falar em liberdade, pois a segurança é o que torna possível o livre desenvolvimento da personalidade. A liberdade somente pode existir com a consequente responsabilização por atos atentatórios à liberdade alheia, razão pela qual Zini<sup>57</sup> fundamenta que convive na sociedade o binômio liberdade e responsabilidade e esta exige que o indivíduo arque com as consequências das suas ações e omissões.

Somente com a ponderação entre liberdade e responsabilidade individual é possível gerir os riscos sociais da modernidade reflexiva. Tais riscos – tanto por sua iminência, quanto pela extensão do dano que podem causar, bem como pela particularidade de muitos destes riscos de não obedecerem a fronteiras – desafiam a atuação do Direito Penal nos moldes tradicionais de repressão a uma ofensa efetiva a um bem jurídico individual. O temor do

---

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl., Madrid: Civitas, , 2001, p. 40.

<sup>56</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, María José. “Sociedad del riesgo e intervención penal”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>, p. 21.

<sup>57</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 238.

futuro faz com que a tradicional posição do Direito Penal de retribuir passe a ser a de prevenir o dano e controlá-lo, buscando a sempre almejada segurança.

Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal no contexto de risco não são os bens classicamente protegidos de natureza individual, mas passa-se a admitir bens coletivos ou transindividuais como objeto da tutela penal. Há autores que admitem que nesta nova realidade o Direito Penal deve se voltar à proteção de bens jurídicos coletivos, desde que tenham relação com bens individualmente identificados. Entretanto, a doutrina que defende a imprescindibilidade da proteção de bens jurídicos<sup>58</sup>, tem se inclinado a admitir proteção ampla: tanto bens individuais, ou dotados de referentes individuais, como também autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, coletivos, etc.<sup>59</sup>

A discussão acerca da necessidade de justificação da norma penal em razão da proteção de determinado bem jurídico, seja individual, com referência a bens individuais, ou coletivos e transindividuais, parece perder importância no cenário atual em que a tônica é a resposta à necessidade de segurança, como anteriormente apontado, e a resolução do conflito entre liberdade e segurança.

Neste cenário, muitos desafios são apresentados para o Direito Penal, em que “o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional desses novos delitos”<sup>60</sup>. Diante disso, parece restar ao Direito Penal a alternativa da expansão penal, pois as transformações tecnológicas, econômico-sociais, políticas e culturais, vêm reclamando um crescimento no específico sistema de controle penal, cabendo avaliar sob quais condições deve ocorrer uma neocriminalização, com o surgimento de figuras típicas inéditas. Por outro lado, a regulação da vida é cada vez mais frequente. Através de mandamentos e regulamentos a atuação estatal é específica ao delimitar as formas de atuação individual ou de uma coletividade, de modo que o não fazer passa a ter uma nova relevância com consequências penais. A amplitude da atuação penal, ou expansão penal, não se resume, portanto, tão somente à criação de novos tipos penais, sendo mais problemática a nova

---

<sup>58</sup> Em sentido contrário, dispensando a necessidade de referência a bens jurídicos, parece se inclinar a doutrina de Jakobs que fundamenta que o delito não significa a lesão a bens jurídicos, mas a vulneração de uma relação jurídica, por quebra de expectativas normativas. Neste sentido: JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1994; e SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 08/03, 2006.

<sup>59</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. n. 33, ano 9, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 39-65, p. 48.

<sup>60</sup> MASI, Carlo Velho. A superação do direito penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades**, v. 15, p. 46-72, 2014, p. 69.



relevância da omissão, sobretudo da omissão imprópria, pela incerteza que gira em torno da figura do garantidor, a quem é atribuído o dever de agir.

### 2.5.1 O expansionismo penal

A gravidade das ameaças sentidas pela sociedade de riscos confere ao Direito Penal a missão de afastar tais perigos do seio da sociedade e isto somente será possível, admite-se, com uma expansão penal, envolvendo necessariamente a neocriminalização<sup>61</sup>. Para tanto, ou seja, para que determinado fenômeno seja encoberto pela onda neocriminalizadora, própria de um Direito Penal expandido, há que identificar se, por um lado, se trata de fenômeno social evidenciado pela dinâmica da sociedade de riscos, e desde que desencadeie consequências insuportáveis e contra as quais só o Direito Penal é capaz de proporcionar proteção.

O surgimento dos novos riscos e, conseqüentemente, a sentida necessidade por mais segurança, a desconfiança em outras instâncias de controle, a identificação global entre as vítimas dos riscos, são motivadores da expansão penal<sup>62</sup>, dado irreversível da nossa sociedade, pelo processo de ressignificação trazida pela reflexividade.

Esta expansão surge num contexto social em que os desafios não podem ser contidos pelo Direito Penal clássico, pois esse não mais se coaduna com as demandas advindas dos perigos existenciais, que tão de perto nos rodeiam. Tanto a sua forma de produção legislativa, amparada num processo moroso e, por isso, produzido com atraso em relação às transformações sociais, quanto a tentativa de ancorar a sua legitimação nos fundamentos da exclusiva proteção de bens jurídicos individuais, se tornaram obsoletas. Tais embasamentos não mais correspondem aos novos objetos de tutela do Direito Penal, de modo que

---

<sup>61</sup> A crescente tendência neocriminalizadora pode ser sentida a despeito do movimento de descriminalização que, constatando a crise da sobrecriminalização, questiona a própria eficácia do Direito Penal como instrumento de controle.

<sup>62</sup> Silva Sanchez aponta dez principais causas que levam à expansão penal: 1) novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes; 2) aparecimento de novos riscos; 3) a institucionalização da segurança; 4) Sensação social de insegurança; 5) A configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”, configurado no sentimento público de que há sempre alguém a quem atribuir a responsabilidade por um fato danoso; 6) A identificação da maioria com a vítima do delito; 7) O descrédito de outras instâncias de proteção; 8) os gestores atípicos da moral: movimentos feministas, ecologistas, pacifistas, etc., que encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal numa crescente proteção dos seus respectivos interesses; 9) a atitude da esquerda política, tentativa de criminalizar ofensas aos valores como os direitos dos trabalhadores e das mulheres, a proteção ao meio ambiente, etc.; 10) o gerencialismo, em que o Direito Penal aparece assim, sobretudo, como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 25 e ss.).

permanecer nesta fundamentação, segundo Figueiredo Dias, significaria a confissão de que ao Direito Penal não pertence nenhum papel na proteção das gerações futuras:

Não abarcar as novas situações significa por o princípio jurídico-penal de subsidiariedade de pernas pro ar ao subtrair à tutela penal as condutas socialmente tão gravosas que põem em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas.<sup>63</sup>

A expansão do Direito Penal abrange uma expansão típica, com o fenômeno da neocriminalização, com a previsão de tipos penais nos diferentes microssistemas que regulam matérias específicas, como meio ambiente, consumo, trânsito. Neste cenário recorre-se a figuras de omissão, incriminando a não observância de normas de conteúdo mandamental, assim como aos tipos de perigo abstrato e normas penais em branco. A expansão típica, entretanto, não é a única face do expansionismo penal que também alarga as categorias dogmáticas para ampliação do conceito de responsabilidade individual para alcançar áreas onde o Direito Penal de outrora baseado na responsabilidade individual não teria instrumentos para alcançar.

Silveira<sup>64</sup> entende o fenômeno expansivo através de duas formas de inovação das condutas penais, seja através da tipificação de condutas inéditas, que ele denomina de sobrecriminalização direta, consubstanciado nos novos tipos penais surgidos a partir do contexto de risco; e, ainda, através de um novo modo de interpretar a conduta penalmente relevante a partir do descumprimento de normas de dever, que se configura, segundo ele, numa sobrecriminalização indireta. Acerca dos aspectos da sobrecriminalização direta e indireta dedicaremos as próximas linhas.

#### *2.5.1.1 Os contornos típicos do direito penal expandido*

No que diz respeito à tipicidade penal, além do aumento quantitativo de leis penais com a neocriminalização, são, também, fenômenos expansivos manifestos a tendência de antecipar o momento da tutela penal, com a tônica na prevenção de danos e conseqüentemente a utilização dos tipos de perigo abstrato; o aumento das normas penais em branco, condicionadas a conhecimentos próprios de linguagens alheias ao Direito Penal; a flexibilização dos critérios de imputação; o reconhecimento do delito de acumulação

---

<sup>63</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33, ano 9, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 39-65. p. 45.

<sup>64</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord). **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 5. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 75.

aceitando-se, no molde típico, o afastamento da rigorosa comprovação do nexos entre ação e resultado nos crimes de dano. Estas manifestações próprias de um Direito Penal secundário exigem a ressignificação de princípios como da legalidade, da lesividade, ou ainda da materialidade ou exterioridade da ação.

É cediço que o Direito Penal clássico tem o crime de dano como forma normal de comportamento delitivo, o qual, segundo os princípios da materialidade e da lesividade, é manifestado por uma ação exteriorizada e um resultado danoso a um bem jurídico. Todavia os resultados, outrora fundamento da punição, num contexto pós-industrial se produzem a longo prazo e, muitas vezes, com uma multiplicidade de causas, restando uma incerteza sobre a relação causa-efeito. Por esta razão, os delitos de resultado se mostram insatisfatórios, restando ao Direito Penal o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo<sup>65</sup>. Neste sentido, ganha relevo a punição de atos preparatórios e a substituição dos crimes de dano pelos crimes de perigo abstrato.

A sociedade de riscos traz ameaças que decorrem de uma forma de conduta perigosa. Diz-se que, nesta sociedade, a tendência é que a própria liberdade de ação se torne um perigo que deve ser rodeada de especiais exigências de cuidado, dada a gravidade das suas consequências: “todos seremos sujeitos à demanda de responsabilidades caso o nosso atuar se consubstancie em um por-em-perigo de um determinado bem”<sup>66</sup>. Assim, há uma crescente desconfiança nas atividades empresariais, por exemplo, que por si só são atividades de risco, e até mesmo uma desconfiança em ações neutras, como a conduta de advogados e contadores ou dos sócios e gerentes de empresas, que passam a ter a obrigação de redobrada atenção no cumprimento de suas funções habituais<sup>67</sup>.

Numa inversão ao princípio de confiança<sup>68</sup>, há quem se refira que na contemporaneidade impera, em verdade, o “princípio da desconfiança”, que nas relações empresariais se consubstancia no dever de conhecimento que o superior hierárquico deve possuir sobre as atividades a serem desenvolvidas por seus subordinados e a exigência que

---

<sup>65</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl., Madrid: Civitas, , 2001, p. 31.

<sup>66</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 91.

<sup>67</sup> “A tutela jurídico-penal das gerações futuras passa pela assunção de um Direito Penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58).

<sup>68</sup> Segundo o qual não se pode exigir controle sobre o rol de condutas pertencentes a outras pessoas, pois somente assim a vida em comunidade seria possível, sendo insustentável a constante vigilância sobre a ação uns dos outros – este conceito será estudado em momento posterior. (JAKOBS, Günter, **La imputación objetiva en el Derecho Penal**. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1997, p. 29).

esses se portem segundo tal rol de atividades evitando resultados lesivos. Esta crescente tendência de vigilância sobre as atividades, mesmo as mais corriqueiras, em razão da sua potencialidade danosa é corolário da própria estrutura da sociedade de riscos, ciente das possíveis consequências das atividades humanas, daí porque impera, no âmbito da tipicidade de um Direito Penal expandido, um maior desvalor na ação do que propriamente no resultado efetivamente lesivo.

O crime de perigo abstrato, por sua vez, prescinde da ocorrência do dano, bastando uma ação perigosa independente de qualquer resultado material. No âmbito da criminalidade econômica e empresarial a figura dos delitos de perigo abstrato surge a partir da admissão de novos bens jurídicos, como a confiança ou boa-fé nos negócios, que se lesionados pelos indivíduos que compõem as organizações empresariais configuram em ilícitos por desobediência a preceitos administrativos<sup>69</sup>. Não parece ser possível prescindir da utilização de tipos de perigo abstrato nos tempos atuais, visto que bens tais como o meio ambiente, que antes pareciam inesgotáveis, hoje geram preocupação, exigindo a antecipação da resposta penal num sentido de prevenção do dano que, caso viesse a se concretizar, teria um efeito comprometedor da própria existência da vida. No contexto de risco, limitar o Direito Penal aos crimes de dano recairia no indesejado efeito de desproteger determinados bens preciosos demais para serem ignorados pelo Direito Penal.

Ainda mais significativo do Direito Penal da sociedade de riscos é o uso das normas penais em branco. Em razão da flutuação dos conceitos própria de uma sociedade líquida, as normas penais em branco se apresentam como um meio mais ágil de controle, pois atento às constantes modificações das circunstâncias. A previsão legislativa de hipóteses específicas de incriminação inviabilizaria a punição de novas práticas, portanto, para evitar esta deterioração do bem a ser protegido, estabelece-se um marco nas normas penais em branco, a ser submetido a disposições administrativas que individualizarão seu conteúdo.

A complexidade e as constantes alterações de determinadas atividades faz com que a incriminação de condutas afetas a estas áreas necessitem de regulação específica posterior. O ideal da taxatividade no contexto atual torna-se cada vez mais distante em razão da complexidade social, e as normas penais possuem uma abertura que possibilite se adaptar à rapidez com que se formam e se modificam as relações e os fatos sociais que dão azo à punição. Isto porque o processo legislativo em seu normal funcionamento mostra-se

---

<sup>69</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 330.

incompatível com a velocidade das informações e relações que a criminalidade consegue acompanhar com muito mais facilidade que o Direito Penal engessado aos moldes tradicionais. Neste sentido, o recurso às leis penais em branco parece ser inevitável para fazer o Direito Penal efetivo num cenário em que a criminalidade com rapidez se instala e se adequa às modificações sociais. Como consequência da utilização de normas penais em branco, são fenômenos correlatos o alargamento do âmbito de regulação, assim como a aceitação de delitos de acumulação e a utilização indiscriminada de elementares do tipo que tomam novos contornos nos tempos atuais.

A expansão penal, que acaba por permitir a multiplicação dos tipos penais, representa uma tentativa de adequação do Direito Penal à realidade hodierna, mas é preciso reconhecer que um excesso legislativo pode acabar gerando o indesejado efeito de resultar num abismo entre a comunicação jurídica e social. Isto por duas razões: em primeiro lugar, pela especialidade da linguagem aplicada seja aos tipos penais, seja aos elementos normativos do tipo, tornando a comunicação jurídica dependente de outras fontes de interpretação – em razão das características específicas da sociedade de risco o jurista precisa adentrar em questões técnicas alheias à ciência jurídica, a exemplo daquelas próprias do direito econômico, administrativo, da tecnologia, etc. E, por este motivo, conforme apontado por Sebastian, é comum que os microssistemas que surgem para regular determinada matéria incorporem “uma linguagem própria ao setor que regula, de modo que o significado próprio das palavras neles contidas adquira um caráter particular, congruente com o objeto da disciplina setorializada”<sup>70</sup>.

Em segundo lugar, e como consequência do caráter especializado que as normas penais assumem nos microssistemas, o conhecimento das leis, supostamente requerido de todos os cidadãos, torna-se algo inalcançável: a pulverização do conteúdo do Direito Penal para fora do Código sedimenta o desconhecimento das normas de caráter e com consequência penal<sup>71</sup>. A profusão legislativa torna, mesmo para os operadores do Direito, uma tarefa impossível o conhecimento de todos os tipos penais, o que acaba por colocar em questão a necessidade de um conhecimento especial para a imputação penal.

Além do alargamento do âmbito de regulação, foi mencionado que, também, os delitos de acumulação se apresentam como uma faceta do fenômeno da expansão típica, ou, dito de outro modo, da sobrecriminalização direta. Por delitos de acumulação diz-se daqueles tipos

---

<sup>70</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal:** sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 118.

em que se proíbe uma conduta que em si só não possui lesividade concreta, mas a sua reiteração no tempo e por pessoas distintas pode vir a produzir um dano ou perigo de dano a um bem jurídico. Dispensa-se, aqui, qualquer exigência de nexos causal entre o comportamento e os efeitos danosos. A tendência por valorar uma lesividade global, em detrimento de uma lesividade atribuída a uma única conduta, parece ser crescente nas sociedades industrializadas em razão da própria característica dos perigos que possuem uma multiplicidade de autores disseminados muitas vezes no tempo e no espaço, mas cujas condutas conjuntamente consideradas podem vir a ser lesivas a bens jurídicos caros à sociedade. Neste caso, pune-se a conduta individual, ainda que não lesiva, contando com a possibilidade certa de que a mesma conduta será reiterada por outras pessoas, quando então haverá uma lesividade concreta ou, ao menos, um perigo de lesão<sup>72</sup>.

Por fim, é manifestação da expansão penal, no que diz respeito aos novos contornos típicos, o uso recorrente às elementares do tipo. Expressões “coisa alheia”, “degradante”, “atos idôneos para”, dentre outros, são há muito admitidos no ordenamento, todavia a sua proliferação cada vez maior é característico da abertura dos tipos penais no Direito Penal de emergência. Exemplo emblemático do perigo da ampla abertura dos elementos normativos é o crime de gestão temerária<sup>73</sup>, sobre o qual reside uma incerteza quanto à definição do que vem a ser esta gestão temerária, já que o termo “temerária” remete ao risco empresarial, o qual, na nossa sociedade, mais que tolerado, é estimulado para o lucro da atividade.

Além das figuras típicas de perigo abstrato e normas penais em branco, o Direito Penal do Risco tem inovado também na modalidade de cometimento do ilícito, com uma tendência a deixar de considerar a ação como forma normal do comportamento delitivo, passando a inserir a omissão como conduta penalmente relevante. A busca por punição de condutas omissivas ganha relevo, pois especialmente no âmbito empresarial a omissão torna-se uma popular forma delitiva<sup>74</sup>, numa realidade em que as formas de delinquir adquirem novos contornos, amparados pela facilidade do rompimento das fronteiras, ou pelas complexas

---

<sup>72</sup> Defensor da previsão de delitos de acumulação é Figueiredo Dias, que entende esta forma delitiva como desobediência às prescrições administrativas (DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 57). Da mesma forma, Corcoy Bidasolo fundamenta que todos os delitos, com exceção do homicídio, somente lesionam o bem jurídico a ponto de destruí-lo, se houver uma repetição de condutas que lesionem este bem, a exemplo do roubo como delito contra o patrimônio: o indivíduo não perde o seu patrimônio, ainda assim não se questiona a lesividade de um roubo. Para esta autora, tanto nos delitos em que se protege bens jurídicos individuais, ou supraindividuais, o delito não implica na sua destruição, mas sim na sua afetação. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. Santiago Mir Puig (Dir.), n. VIII, 2007, p. 364-402, p. 377).

<sup>73</sup> Art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

<sup>74</sup> No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) temos uma evidência desta tendência, pois quase metade dos tipos penais tem a omissão como conduta típica.

relações nos âmbitos das empresas. A omissão se torna relevante ainda mais porque, num contexto de medo, o deixar de fazer ou o descumprimento de uma norma de dever pode ter sérias repercussões causando dano à saúde, ao meio ambiente, às formas futuras de vida, sendo justificável, destarte, a tutela penal dos comportamentos omissivos impróprios.

A justificativa para estas formas típicas omissivas, de perigo abstrato e tipos abertos, bem como os delitos de acumulação e a constante referência a elementos normativos do tipo, está assentada na dinâmica da sociedade moderna que exigiria do Direito Penal uma atuação fora dos moldes clássicos, adequada às exigências político-criminais, admitindo nova valoração acerca da responsabilidade individual, que passa a fundamentar em normas de dever o “deixar de fazer” penalmente relevante. Silveira aponta que a mutação do Direito Penal nos últimos anos passa do Direito Penal de dano para o Direito Penal de perigo e por fim chega a um “Direito Penal do não fazer”<sup>75</sup>, e isto porque as normas de natureza administrativa possuem conteúdo mandamental cujo descumprimento pode constituir um delito, caso evidenciada a posição de garantidor do sujeito omitente, bem como os demais requisitos para a imputação por omissão.

#### *2.5.1.2 Expansão penal através de normas mandamentais: o atuar empresarial sob o enfoque do Direito Penal*

A incerteza quanto aos riscos à saúde e à vida, causados pelos produtos consumidos, ou quanto à disponibilidade futura dos bens naturais, ou à segurança da ordem financeira, gera uma expectativa de fixação de limites na produção de riscos. São impostas normas que contém restrição à atuação perigosa, estabelecendo os níveis “toleráveis”<sup>76</sup> de risco, ou seja, as pessoas, físicas e jurídicas, devem se abster de praticar determinados atos que ultrapassem os parâmetros estabelecidos (deveres negativos). Com incidência cada vez maior, no entanto, impõe-se obrigações de agir para evitar o risco além do permitido: diante da necessidade maior de fiscalização estatal das atividades que se utilizam de fontes de perigo, proliferam na

---

<sup>75</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord). **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 5. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 48.

<sup>76</sup> A tolerância aos riscos, fruto do conhecimento construído socialmente, também não pode ficar adstrita às ciências naturais, as quais devem ser questionadas e submetidas à discussão pública sobre a sua abordagem (se os testes realizados são os mais propícios para a averiguação da lesividade), imparcialidade (se servem ao interesse de algum ente financiador que visa lucrar com o resultado da pesquisa) e amplitude (se foram consideradas outras variáveis, como a periculosidade de produtos em interação com outros, não apenas isolados).

sociedade de risco as normas mandamentais com delimitação do modo de conduzir as atividades perigosas (deveres positivos).

Para compreender os tempos mais recentes é imposta ao Direito Penal uma necessária reflexão dos seus fundamentos, desde a superação da forma de punir as condutas tão somente proibindo um comportamento danoso, passando a impor a atuação com o fim de evitar o resultado lesivo. E a sujeição a ordens imperativas de agir inverte a lógica clássica de liberdade de agir (a menos que a lei proíba), para aceitar com uma naturalidade crescente as formas de intervenção positiva do Estado, em que a atuação do indivíduo deverá ser estrita às determinações legais que cercam muitos aspectos das atividades, sobretudo, empresariais.

Nestas organizações, a produção passa por vários setores e, por ser uma atividade perigosa, sua atuação é regulada por leis e regramentos administrativos que visam impedir que riscos não toleráveis integrem a cadeia de produção. É notório que as consequências das condutas criminosas das empresas, ou através das empresas, são muito maiores do que quando se trata de condutas individuais. Os danos à saúde, ao meio ambiente, à ordem econômica, que podem advir da atividade empresarial possuem um potencial de dano incalculável, além disso, as lesões levadas a cabo têm maior proporção do que geralmente ocorre nas condutas criminosas individuais, a exemplo do maior número de feridos e mortos em decorrência de algum erro no desempenho da atividade empresarial. Deste fato decorre uma hipervigilância sobre as atividades empresariais e uma nova pauta de comando de agir para que os riscos de lesão sejam afastados.

Com toda a modificação social a partir da globalização as pessoas coletivas ocuparam uma centralidade, adquirindo novos espaços e finalidades, dentro da sociedade, não podendo mais as organizações empresariais ser tratadas simplesmente como a soma de indivíduos, mas sim como uma nova realidade deles distinta<sup>77</sup>. Tal constatação levou à paulatina aceitação da responsabilidade da pessoa jurídica, tema debatido por muitos anos, mas que, seguindo uma tendência mundial, favorável à imputação penal dos entes coletivos, associada à previsão constitucional de tutela do meio ambiente com a responsabilização da pessoa jurídica<sup>78</sup>, é hoje

---

<sup>77</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr 2012, p. 26-57, p. 27.

<sup>78</sup> A previsão é do art. 225, § 3º da CF/88: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Mas além da previsão constitucional, são argumentos que justificam a responsabilidade penal da pessoa jurídica: o fraco potencial repressivo das sanções civis e administrativas (sobretudo se o crime “compensar” financeiramente) e, ainda, o fato de que possíveis sanções individuais não possuem qualquer força preventiva, pois não impede que se continue praticando aquele crime através da organização.



aceito com menos reserva<sup>79</sup>. A responsabilização penal das pessoas jurídicas é considerada por seus defensores como uma superação do “dogma” da individualização da responsabilidade penal<sup>80</sup>, pela qual se possibilita a efetiva contenção destes mega riscos que, de outro modo, resultarão impunes. Esta opção político-criminal de responsabilização da pessoa jurídica se fortalece em razão da dificuldade de imputação penal das condutas dos indivíduos que atuam através destes entes coletivos.

Nas sociedades empresárias mais complexas, as atividades são empreendidas através da fragmentação das competências, exigindo conhecimento específico para os distintos setores, com diferentes graus de poder de decisão, fiscalização e mando. O poder se dilui através da facilidade de distanciamento entre as pessoas com capacidade de chefia e os remotos elos mais fracos da corrente que executam a ordem sem poder de decisão ou de ingerência sobre o risco da atividade. Difícil é a tarefa de identificar os responsáveis:

A globalização e o controle da economia estão nas mãos de algumas poucas empresas multinacionais que ditam suas próprias leis, à margem ou até mesmo claramente contra as normas legais que regulam suas atividades, sem que isso represente qualquer responsabilidade criminal para seus dirigentes e as pessoas físicas que atuam em seu nome e representação<sup>81</sup>.

Ainda que os atos lesivos praticados em consequência da atividade empresarial possam ser atribuídos à pessoa jurídica<sup>82</sup>, como é possível nos crimes contra o meio ambiente em nosso sistema jurídico, a responsabilização da pessoa jurídica não supre a necessidade de individualizar as condutas individuais dos verdadeiros causadores dos riscos sociais, sendo imperioso identificar meios para a imputação das pessoas que possuem o controle sobre as

---

<sup>79</sup> A doutrina contrária à responsabilidade da pessoa jurídica alude à ofensa aos princípios de culpabilidade e individualidade da pena diante da principiologia do sistema jurídico-criminal. Além disso, Juarez Cirino dos Santos entende que não há previsão constitucional para tanto, sustentando que há uma diferença semântica das palavras condutas e atividades, previstas no art. 225, § 3º da CF/88 (nota 73), e por esta razão, segundo ele, a melhor interpretação do dispositivo constitucional seria que as condutas de pessoas físicas sujeitarão os infratores a sanções penais, enquanto que as atividades de pessoas jurídicas sujeitarão os infratores a sanções administrativas. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC, 2014, p. 676).

<sup>80</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53.

<sup>81</sup> “La globalización y el control de la economía están en manos de algunas pocas empresas multinacionales que dictan sus propias leyes, al margen o incluso claramente en contra de las normas jurídicas que regulan sus actividades, sin que ello plantee ninguna responsabilidad penal para sus dirigentes y las personas físicas que actúan en su nombre y representación”. (CONDE, Muñoz. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”. **Revista Penal**, n. 9, Salamanca, 2002, p. 59-98, p. 74, tradução nossa).

<sup>82</sup> A justificativa da comissão do projeto de Novo Código Penal (PLS 236) para a responsabilização da pessoa jurídica, é em razão da dificuldade de identificação do sujeito responsável pela ordem que resultou na lesão do bem jurídico. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Institui o novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 07 ago. 2018).

fontes produtoras de perigo, os quais, em razão da competência em que atuam, são responsáveis por criar o risco proibido penalmente censurado, ainda que esta atuação seja diretamente realizada por terceiros integrantes da organização. A identificação de quem é este indivíduo e qual o alcance dos seus deveres sobre os quais responde por omissão dentro da empresa se constitui o principal desafio, e a questão a ser respondida neste trabalho.

Dissemos que o descumprimento das normas de dever, que visam regular a atividade empresarial, pode ter efeitos penais, mas uma responsabilidade criminal não será oriunda apenas dos deveres de atuar, contidos em normas mandamentais (extra-penais). Não se pode confundir a mera existência de uma proibição civil ou administrativa com a posição de garante<sup>83</sup>, pois a responsabilidade penal por omissão imprópria passa, necessariamente, pelo dever de proteção ou vigilância incubido a determinadas pessoas (garantidores) e a responsabilidade destes é desenhada a partir das normas mandamentais que regulam as atividades empresariais, mas estas normas de dever somente têm relevância para a imputação penal a partir da definição prévia da posição de garante. A atribuição de autoria nas organizações empresariais passa, portanto, pela identificação das funções de garantia a partir das competências desenvolvidas dentro da empresa.

## 2.6 ATUAÇÃO ATRAVÉS DAS ORGANIZAÇÕES: AUTORIA POR RESPONSABILIDADES COMPARTILHADAS

Como consequência da reflexividade da sociedade de riscos, se reconhece na atualidade que as organizações empresariais, figuras centrais de atuação da sociedade contemporânea, não são apenas um centro de distribuição de riquezas, mas também um centro gerador de riscos a bens e interesses diversos<sup>84</sup>. Esta identificação leva à necessidade de individualizar os responsáveis pela atuação arriscada, razão pela qual se busca definir quem detém a competência de atuar sobre este risco e que, por esta razão, seria incumbido da vigilância desta fonte de riscos, respondendo caso não agisse para impedir o resultado lesivo. Daí a recente relevância dada à omissão imprópria e o surgimento de novos papéis de garantidor atribuídos aos responsáveis pela vigilância da empresa, como fonte de perigo.

---

<sup>83</sup> As normas mandamentais delimitam a medida do dever de cuidado, mas não tem o poder de ampliar o círculo de autores responsáveis. (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. **Anuário de derecho penal económico y de la empresa**. Dino Carlos Caro (Dir.), Lima, CEDPE, 2012, pp.125-141, p. 131).

<sup>84</sup> DA SILVA, Leonardo Henriques. A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. **Revista de Direito**, vol. 14, nº 19, ano 2011, pp. 143-158, p. 155.

A atividade empresarial como fonte de risco justifica uma vigilância do Estado sobre as atividades das pessoas jurídicas para que não resultem em danos a terceiros. Há, entretanto, no âmbito da esfera civil uma proposta de isenção de responsabilidade civil do administrador por danos a terceiros, se a decisão que redundou num resultado lesivo foi tomada a partir de um fundamento racional e consoante o interesse da sociedade empresária. É a chamada “regra de decisão empresarial”<sup>85</sup>, construção da jurisprudência americana<sup>86</sup>, segundo a qual o Estado deve ficar à parte da discussão sobre os danos a terceiros, pois as sanções decorrentes de decisões equivocadas devem vir do próprio mercado e não do juiz. Esta regra de isenção de responsabilidade civil visa “proteger a discricionariedade decisória de administradores bem intencionados, eximindo-os do dever de indenizar por eventuais prejuízo gerados à companhia”<sup>87</sup>.

A regra de decisão empresarial parte do reconhecimento de que a atividade empresarial é uma atividade de risco e, como forma de não tolhir a liberdade de atuação dos indivíduos responsáveis pela gestão destas atividades, libera o administrador de uma responsabilidade, para que eles sejam livres na tomada de decisões (desde que de boa-fé), sem o medo de que serão responsabilizados caso estas decisões tenha um resultado negativo.

No campo do direito penal a regra que direcionará esta conduta do empresário diz respeito à atuação dentro do risco permitido, em cujo âmbito é possível atuar de forma arriscada, resguardando certa liberdade de atuação, desde que esta atuação não ultrapasse o limite do permitido. Isto porque a atividade empresarial não pode ser desenvolvida sem o correspondente dever de não lesionar bens e direitos de terceiros. Integra a própria liberdade de atuação empresarial o correspondente comprometimento de que esta atividade não implicará em danos, razão pela qual são atribuídos deveres especiais aos administradores e aos órgãos que integram a empresa acerca da atividade empresarial, de proteção de bens jurídicos.

---

<sup>85</sup> Ou “business judgment rule”, segundo a qual se o dirigente da empresa atuou visando o bem desta, não é possível fazer uma revisão judicial da decisão empresarial, ainda que outra decisão melhor pudesse ser tomada para evitar danos a terceiros (sócios, acionistas, ou mesmo consumidores). (PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, RT, v. 104, n. 953, pp. 51-74, p. 63).

<sup>86</sup> A lei brasileira prevê algo semelhante no art. 159, § 6º da lei 6.404/76 (Lei das S.A.): “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.” Esta previsão legal não significa a implementação de ausência de responsabilidade da forma como foi aderida no sistema americano e questiona-se a adequação da “business judgment rule” no sistema brasileiro, pois “tal regra traduz uma profunda aversão à ingerência estatal nos negócios privados e uma correlata crença nos mecanismos de mercado para a correção de abusos – visão de mundo esta que é conseqüente com o caráter extremamente liberal do sistema jurídico norte-americano, porém menos compatível com a mentalité subjacente ao direito brasileiro”. (Ibidem, p. 67).

<sup>87</sup> Ibidem, p. 58.

Esta responsabilização, embora necessária para a própria subsistência da vida em sociedade, não pode, por outro lado, ser ampla a ponto de impossibilitar a organização das sociedades empresárias, portanto surge a necessidade de identificação da extensão e dos limites quanto à atuação arriscada. No âmbito da responsabilidade civil a reparação civil pode ser requerida ao empresário, de forma objetiva, pela conduta dos empregados e prepostos ao serviço da empresa<sup>88</sup>. Na esfera penal, contudo, não é possível admitir a concentração de deveres de garantia nas mãos de uma pessoa ou de apenas um órgão por todas as ações que são produzidas na empresa.

### 2.6.1 Complexidade organizacional, divisão funcional e alcance das responsabilidades

A admissão da tutela penal sobre os riscos existenciais, próprios da sociedade de riscos, passa pelo reconhecimento de que a atribuição da condição de autor não pode mais circunscrever-se a uma proximidade espaço-temporal entre o autor e a produção do resultado<sup>89</sup>. O poder se dissolve entre os mais distintos graus de hierarquia dentro das organizações empresariais e, quanto mais complexa, mais emaranhadas são as compartimentalizações das competências de decisão, controle, planejamento, execução. Dentre estas divisões de tarefas, tanto a execução, quanto o próprio conhecimento se disseminam entre sócios, diretores, supervisores, gerentes técnicos, gerentes de produção e funcionários executores. Cada um deles assume parcela mais ou menos determinante para a atividade final da empresa.

Na esfera organizacional a distância entre ordens ilícitas e seu cumprimento efetivo passa por diversos setores, nos quais atuam indivíduos plenamente responsáveis, porém com distintos graus de conhecimento sobre a produção – e conseqüentemente sobre a lesividade concreta de sua conduta isolada para o resultado danoso. Melhor análise é feita por Feijoo Sanchez:

Neste domínio de criminalidade já não encontramos um autor que toma a decisão de realizar um facto típico, com conhecimento do alcance da sua decisão, e que executa essa decisão. Muito pelo contrário. Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e recolha de

---

<sup>88</sup> É o quanto previsto no art. 932, III, do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

<sup>89</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356, p. 345.

informações pelas empresas sobre o seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a actividade empresarial. Os gerentes e administradores têm uma visão demasiado global e aqueles que conhecem directamente os efeitos da actividade empresarial não têm a visão de conjunto necessária para compreender a perigosidade que encerram certas actividades industriais ou empresariais. Na grande empresa não concorrem nas mesmas pessoas informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Há um desmembramento entre a actividade de direcção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade<sup>90</sup>.

Com efeito, os ilícitos que acontecem dentro da pessoa jurídica e em razão da sua actividade podem ter origem nos mais distintos setores da empresa, e envolve a possibilidade de desvirtuamento das políticas da empresa desde a sua concepção, através da conduta direta dos membros pertencentes aos escalões superiores, bem como por seus subordinados imeditados que podem exercer uma supervisão inadequada ou, ainda, podem ser executadas de modo incompleto pelos funcionários executores diretos das ordens<sup>91</sup>.

Como consequência do distanciamento do poder de decisão e dos atos de execução, mais acentuado conforme mais complexa for a sociedade empresarial, os executores diretos das ordens geralmente são os funcionários pertencentes ao menor nível hierárquico dentro da empresa e que possuem menos conhecimento e, o que é ainda mais importante, nenhum poder de decisão quanto à atividade desenvolvida da organização. A competência sobre a atividade empresarial se torna mais determinante do que a própria execução direta da atividade típica e, por tal motivo, deve ser afastada a tendência de liberação dos membros pertencentes aos altos escalões de qualquer responsabilização. Verifica-se a chamada “irresponsabilidade organizada” quando os superiores hierárquicos, por não exercerem o domínio direto sobre a atuação típica, alegam uma suposta ausência de conduta típica<sup>92</sup> e os funcionários, por sua

---

<sup>90</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr 2012, p. 26-57, p. 27,28.

<sup>91</sup> GOBERT, James. Criminalidade da pessoa jurídica: os novos crimes da atualidade. Tradução de Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, pp. 173-188, p. 174.

<sup>92</sup> De fato, esta alegação é reforçada se tomar a conduta do empresário a partir da teoria do domínio do fato, pois esta afasta a possibilidade de coautoria do superior hierárquico e do seu funcionário, pois não há o desígnio em comum e a execução conjunta, requisitos da coautoria. Igualmente não é possível falar em autoria mediata, pois não se configura na prática empresarial coação ou erro, pois o sujeito executor é, em regra, inteiramente responsável e, não raro, é conhecedor das implicações oriundas do seu atuar. (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81-121). Não há, também, como fundamentar a autoria mediata com base em domínio da organização, pois, como já esclarecido pelo próprio proponente da teoria do domínio do fato, esta forma de autoria mediata não se destina a empresas que atuam dentro da licitude (ROXIN, Claus. O

vez, por desconhecer, na maioria das vezes, o sentido final da operação para a qual contribuem com um simples aporte causal<sup>93</sup>, e, sobretudo, por não possuírem a capacidade de determinar o rumo da atuação da empresa, alegam erro por desconhecimento de algum elemento fundamental da produção.

Por essa razão, tem-se sedimentado que os superiores hierárquicos, mais do que o conhecimento técnico sobre a sua produção, detém os meios e instrumentos necessários para fomentar ou fazer parar o processo que pode desencadear um ilícito penal e esta é a razão para sua responsabilização por omissão acerca de algum ato lesivo ocorrido na empresa, ainda que executado por outro indivíduo inteiramente responsável. Por outro lado, entendemos que tal constatação não pode servir para fundamentar uma responsabilidade a partir do domínio<sup>94</sup> que o administrador possui, tampouco pela posição que ocupa, pois, mais que tudo, se torna fundamental definir o âmbito de competência sobre o qual atua o indivíduo, e, por esse motivo, “a ideia de domínio sobre tudo o que acontece na empresa deve ser substituída pela ideia de competência: cada nível da empresa possui competências diferentes que geram fundamentos distintos da responsabilidade penal”<sup>95</sup>. Fundamental é, portanto, a delimitação do âmbito de atuação, qua funcionará como indicativo das responsabilidades.

Dentre as propostas de individualização da conduta das pessoas que atuam através das sociedades empresárias surge a solução que atribui aos membros da administração da empresa uma competência geral<sup>96</sup>, ou seja, a responsabilidade primária e original sobre os fatos ocorridos na empresa e, portanto, a sua responsabilidade é a regra, e não a exceção. Tal recomendação supera a ideia de causalidade, que atribui a competência a partir da proximidade do sujeito com a fonte de risco, e redireciona a responsabilidade entre deveres de

---

domínio por organização como forma independente de autoria mediata, **Revista Panóptica**, ano 3, vol 17, 2009, p. 69-94, p. 90). Desse modo, a forma de responsabilização dos superiores será, com efeito, por meio da omissão imprópria.

<sup>93</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p. 886.

<sup>94</sup> Desde já, se afasta qualquer possível referência à responsabilidade do administrador por supostamente possuir o domínio da organização. Como mencionado na nota 97, este desdobramento da teoria do domínio do fato foi desenvolvido para a lógica seguida pelas organizações criminosas, e não por grupos de pessoas reunidas para o desenvolvimento de uma empresa lícita. Cf.: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

<sup>95</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr 2012, p. 26-57, p. 44.

<sup>96</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 56.

garantidor primário e secundário. Os deveres primários são oriundos da competência originária que o administrador atrai para si a partir da formação da pessoa jurídica, que já surge com o encargo de atribuição de deveres aos seus responsáveis primários, em reconhecimento ao fato de que os processos lesivos que podem ser atribuídos à pessoa jurídica emanam da mais alta instância<sup>97</sup>. Neste sentido, deveres secundários são aqueles que envolvem as funções delegadas a certo indivíduo que compõe a sociedade e que, posteriormente ao momento de constituição da pessoa jurídica, acaba assumindo a responsabilidade pela execução de uma parte das funções, que anteriormente integravam os deveres primários do administrador.

A responsabilidade dos membros que compõem as organizações empresariais se torna, desta forma, objeto de estudo do Direito Penal que busca fundamentar a imputação do indivíduo que, embora tenha competência sobre certa parcela do funcionamento da atividade empresarial (ninguém pode dominar tudo), não impede que seu funcionário realize um fato típico, antes utiliza da atuação deste como mero instrumento no maquinário empresarial.

Para a completa compreensão das responsabilidades seria necessário identificar as funções englobadas pela competência de todos os atores que formam as organizações: o superior hierárquico, assim entendido os diretores e os sócios com poder de decisão, assim como o delegado imediato, responsável pelo desempenho de determinadas funções do superior, o empregado responsável pela supervisão da execução de determinada tarefa, ou ainda a pessoa ou órgão responsável exclusivamente pela fiscalização do cumprimento de normas técnicas e de segurança, assim como o próprio subordinado no cumprimento de sua função, com menor ou nenhum poder de decisão e até mesmo a vítima, seja o funcionário, seja um terceiro (consumidor, acionista, etc.) pode possuir uma esfera de atuação determinante para um resultado lesivo. Neste trabalho, no entanto, somente iremos perquirir sobre os deveres de vigilância e proteção atribuídos aos diretores e sócios, primários, e dos delegados, responsáveis secundários, mas é determinante sedimentar o entendimento segundo o qual nas organizações complexas o poder não é uno, mas difuso e, por esse motivo, a responsabilidade também assim deve ser. A imputação penal somente será possível tendo em conta a efetiva competência que o indivíduo assumiu dentro da complexa cadeia empresarial.

A disseminação da responsabilidade pelo evento danoso é consequência da distribuição de funções sob a qual funcionam as organizações e, segundo um princípio de

---

<sup>97</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 56.

autorresponsabilidade, um indivíduo se isenta de responsabilidade se outra pessoa com capacidade de auto-organização atuou de forma imediata. O mencionado princípio de autorresponsabilidade indica que, em regra, não se admite a responsabilização de um indivíduo quando a atuação determinante para o evento lesivo foi realizada por um terceiro completamente responsável, mas esta regra tende a ceder espaço à noção de dever e passa a ser mais relevante a conduta de quem tinha o encargo de atuar para impedir um resultado, do que daquele sujeito que atuou diretamente, sem o mencionado dever de agir, ainda que aquele fosse inteiramente autorresponsável<sup>98</sup>. Neste sentido, Estellita afirma que

a fundamentação da posição de garantidor na criação da fonte de perigo empresa parece não oferecer fricções com a diretriz da autorresponsabilidade do agente ativo. Não só porque o dever de atuar não se dirige ao subordinado, mas, sim, à evitação do resultado, como porque a responsabilização do garantidor não é por um fato alheio, do agente ativo, mas oriunda a quebra de seu próprio dever de agir para evitar o resultado<sup>99</sup>.

Diante deste emaranhado de atuações, a atribuição de autoria, ou outras formas de participação acessórias ao delito, passa pela identificação de questões como: se o empregado que diretamente realiza a ação típica é considerado autor; ou quais as hipóteses em que ele age sob erro por desconhecimento da proibição da sua ação ou sobre especificidades que exigiriam conhecimento técnico; se o superior que emite uma ordem ilícita é mero cúmplice por instigação ou pode ser considerado também autor; se é possível que o superior hierárquico, embora com poder de decisão e supervisão sobre a empresa, atue por erro por estar amparado em parecer técnico de outro setor da empresa; se o domínio da organização permite a atribuição de autoria aos sócios, diretores e gerentes<sup>100</sup>.

Muitos são os desafios para a dogmática penal neste sentido, todavia o maior problema, e o que constitui o marco de estudo do presente trabalho, consiste na definição da responsabilidade por omissão, pois esta forma de conduta tende a se tornar a regra na atuação empresarial. Por esta razão, quando não for possível imputar a autoria ao superior hierárquico de determinada organização por sua conduta ativa, ainda restará a possibilidade de

---

<sup>98</sup> Para uma maior discussão sobre este princípio de autorresponsabilidade, remetemos o leitor para o estudo de Luís Greco: GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. Em: GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 204-214.

<sup>99</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 126.

<sup>100</sup> Acerca das diversas hipóteses de autoria e participação nas organizações empresariais, sob o enfoque da teoria do domínio do fato: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81-121.



responsabilização penal dos superiores por omissão imprópria. Isto porque a previsão do art. 13, §2º do Código Penal dá margem ao entendimento de que o domínio sobre uma fonte de risco (a atividade empresarial) gera o dever de garantia, que, dentro da empresa, seria atribuído às pessoas que lideram a atividade perigosa. Tal entendimento é reforçado por previsões em legislações penais extravagantes sobre a omissão dos administradores, diretores, gerentes<sup>101</sup>, os quais, quando deixam de impedir a conduta criminosa de outrem dentro da empresa, concorrem para o crime. Para que se possa falar em responsabilização penal das pessoas que compõem as organizações empresariais, é necessário identificar os limites da atribuição da posição de garantidor dentro do âmbito das relações empresariais, ou seja, quem, dentre as pessoas que atuam em nome da organização, assume o dever de garantidor, de modo que a sua inação resulte em uma imputação penal como se tivesse agido de forma positiva.

---

<sup>101</sup> O art. 2º da Lei n.9.605/98 (Lei de crimes ambientais) acrescenta, ainda, nesta lista de responsabilização por omissão: o auditor, o membro de conselho ou órgão técnico, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica. No mesmo sentido, o art. 75 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

### 3 OS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DA OMISSÃO

Até aqui se demonstrou que a formação social inaugurada pela sociedade de riscos trouxe novos interesses, assim como o reconhecimento de bens jurídicos inéditos, além de pautas de atuação penal a partir da insegurança crescente e tudo isso resultou numa sobrecriminalização que desperta a atenção da doutrina penal, quanto à sua legitimidade frente ao sistema jurídico penal. E, apesar das muitas críticas sobre esta tendência expansiva, quando se trata da realidade econômico-empresarial esse incremento tende a ocorrer, ainda, de modo indireto, com o recurso à imputação penal através de delitos de omissão imprópria.

Se a legitimidade da sobrecriminalização direta, com a proliferação de novos tipos penais, é criticada, apesar das possibilidades de controle pelos instrumentos acessíveis ao direito<sup>1</sup>, com mais intensidade, a forma indireta de incriminação tem começado a receber a atenção da doutrina pela sentida necessidade de estabelecer os fundamentos desta forma de imputação. Isto porque a omissão imprópria não possui o seu conteúdo expresso nos tipos penais e a atribuição de responsabilidade face à posição de garante é feita a partir dos tipos comissivos previstos na parte especial do Código e em leis extravagantes. Assim, a tipologia dos delitos omissivos impróprios demanda, para a sua configuração, o descumprimento de normas de dever – que, em regra, são encontradas em textos legais não penais ou mesmo em disposições administrativas – e, ainda, depende que o sujeito ostente a posição de garantidor.

No contexto pós-moderno, a atuação dos entes econômicos ganha centralidade no interior de cada país, ao mesmo tempo em que a soberania do Estado e sua posição de único detentor do poder de instituição de normas se vê diminuída. A legislação nacional é mais e mais substituída pelos preceitos regulamentares das grandes empresas<sup>2</sup>. Como consequência, os delitos em geral se submetem a uma acessoridade administrativa<sup>3</sup>, pois nas normas sem dignidade penal é que o conteúdo do ilícito é inteiramente revelado<sup>4</sup> e, com mais razão, os delitos de omissão imprópria, pois nestas disposições administrativas é encontrado o conteúdo da norma de dever.

A regulamentação detalhada da forma de agir, que resulta em normas de conteúdo mandamental, é a realidade mais básica de toda atividade empresarial. Neste contexto, o dever

---

<sup>1</sup> Como a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo poder judiciário.

<sup>2</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 41.

<sup>3</sup> Neste sentido, as elementares do tipo dependem de regulamentação de matérias próprias, como do direito econômico, por exemplo.

<sup>4</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55.

de agir, elemento do delito de omissão, torna-se regra das atividades empresariais, reguladas em seus mais diversos segmentos, e gera para o empresário, responsável pelo desenvolvimento da atividade, o encargo de responder criminalmente caso tenha descumprido o dever. Isto porque a chamada sobrecriminalização indireta leva a norma mandamental à categoria de elemento do delito de omissão imprópria. Atribui-se aos responsáveis pela gestão da atividade empresarial certos deveres especiais, os quais garantem a não ocorrência do resultado típico, seja de perigo ou de dano, em razão do que é produzido nesta organização. O descumprimento destes deveres faz tais sujeitos responsáveis pelo resultado a título de omissão imprópria. Por esta razão é que se diz que o delito de omissão, sobretudo imprudente, se torna o paradigma do Direito Penal do presente e do futuro<sup>5</sup>.

A norma de dever se dissemina através dos variados graus de domínio e conhecimento da atividade da empresa, fazendo-se questionar a quem, efetivamente, deve ser atribuído o resultado ocasionado pelo descumprimento do dever. Em outras palavras, quem é o garantidor da atividade empresarial? Esta questão é fundamental para o estudo da omissão imprópria, e a identificação de responsabilidades no seio da empresa somente pode ser possível a partir da fundamentação do dever de garantidor, frente à dogmática penal da omissão e atento às situações sociais de risco que, buscando a segurança que o Direito Penal pode fornecer, alteram a noção de risco proibido e permitido, alargando, por conseguinte, o alcance das responsabilidades por omissão imprópria. Dita responsabilidade é atribuída àquele que, ao assumir uma função pela produção arriscada de produtos, adquire o encargo de não produzir qualquer sorte de danos a terceiros. A assunção de responsabilidade<sup>6</sup> é o fundamento da punição de uma omissão e é o que, em última instância, justifica o dever de garantia, pois sem a confiança de que tal garantidor cumprirá as normas de dever “a interação social seria sufocada por funções de supervisão e outras auxiliares”<sup>7</sup>.

Antes, entretanto, de abordar a questão crucial sobre os alicerces do dever de garantidor, é fundamental para o alcance dos objetivos do trabalho, se debruçar acerca do embasamento teórico para o delito de omissão imprópria.

---

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356, p. 331.

<sup>6</sup> A “assunção” como fundamento da responsabilidade de garantia é, aqui, usada em sentido amplo, na qual se dividiria os deveres de asseguramento, de assunção e de salvamento, que, de modo mais completo, formam a posição de garantidor pela omissão imprópria, matéria que será desenvolvido em momento oportuno.

<sup>7</sup> “la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares” (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 20, tradução nossa).

### 3.1 ANÁLISE NECESSÁRIA DOS FUNDAMENTOS DA NATUREZA DA OMISSÃO: UMA PASSAGEM SOBRE AS TEORIAS DA AÇÃO

O estudo do processo normativo de atribuição de valor a determinadas formas de manifestação do comportamento passa necessariamente pela determinação da natureza do ato que se quer imputar como delito<sup>8</sup>. Isto é verdade com relação à conduta ativa, e é esse motivo do surgimento das teorias da ação que visavam demonstrar a origem e a natureza da ação digna de tutela penal, as quais podem com facilidade cair na tendência de tomar a causação como fundamento para a imputação penal pelo fazer. A identificação da natureza da conduta penal é ainda mais necessária quando se trata de uma conduta omissiva, pois esta depende da obediência a uma norma mandamental emanada pelo Estado. Para que o delito não decorra de um mero dever de subserviência é necessário identificar qual o fundamento que se utiliza para a compreensão da natureza desta conduta, tanto para definir a extensão da sua punibilidade, quanto para justificar a própria legitimidade do Direito Penal.

Se precedente ou não ao próprio Direito, fruto da sua existência mesma na sociedade, a conduta terá tratamento diferenciado conforme for a teoria que a vise explicar. Neste sentido a teoria naturalista ao atribuir à causalidade o fator fundamental para determinar a conduta penal abrange em demasia a possibilidade de alcance de todas as contribuições causais para o desdobramento do fato delituoso. Por outro lado, uma concepção normativa da ação, que enxerga a conduta através do Direito, tende a restringir o âmbito de imputação somente àquelas condutas efetivamente relevantes para o Direito Penal.

Uma percepção ontológica da conduta consigna que a ação e a omissão são elementos da vida, preexistem ao próprio Direito e, por esta razão, devem ser consideradas a partir da sua manifestação no mundo. Segundo tal entendimento, a existência prévia ao Direito serve de delimitação às implicações do Direito Penal sobre a conduta, pois a ação antes de ser penalmente relevante é uma ação humana, guiada pela voluntariedade ou pela vontade final humana<sup>9</sup>, e por tais fatores, próprios à pessoa humana, deve ser entendida. Uma tal concepção resta prejudicada a partir do momento em que tenta explicar a omissão penalmente relevante. Com efeito, as teorias naturalistas, ou não normativas da conduta, falham em encontrar um elemento pré-jurídico que fundamente a imputação a título de omissão, haja vista que esta forma de conduta somente ganha relevância jurídica como comportamento reprovável capaz

---

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 179.

<sup>9</sup> Referimos aqui à explicação dada pelas teorias causalistas e finalistas, respectivamente, que entendem a conduta como critério pré-jurídico, as quais serão tratadas de forma mais aprofundada mais adiante.

de concretizar a imputação, à medida que encontra na norma um mandamento de agir inobservado, cujo descumprimento deve ser reprovado.

Assim, a teoria normativista ganha especial relevância com a identificação das falhas de concepções baseadas tão somente na causalidade ou na finalidade, para identificar os comportamentos que efetivamente importam para o Direito Penal, sob o viés dos fins que busca o ordenamento jurídico penal. Para tanto, o mesmo ordenamento não pode se restringir aos limites físicos impostos pela conduta e sua identificação no mundo fático, mas, antes, o Direito Penal como instrumento de valoração da ação e da omissão para assegurar os fins político-criminais, necessita adicionar valor a determinadas condutas.

O tema da natureza da conduta não possui unanimidade, havendo aqueles que advogam a necessidade de correspondência com a sua existência prévia ao Direito<sup>10</sup>, a qual deve servir como garantia de limite à imputação penal. Neste sentido Ilana Martins afirma que ação e omissão são distintas no plano do ser e, por esta razão, “as suas respectivas estruturas dogmáticas devem observância e compatibilidade com esta premissa ôntica”<sup>11</sup>. Noutra direção, no entanto, observa-se uma crescente tendência à adoção dos critérios normativos que entendem o comportamento somente a partir da sua absorção pelo Direito através de um exercício de valoração, pensamento ao qual nos vinculamos, conforme será desenvolvido nas linhas seguintes. Dada à controvérsia e, sobretudo a importância da definição dos critérios que devem guiar o entendimento acerca da conduta omissiva, dedicaremos ainda algumas linhas para o desenvolvimento desta questão prévia ao próprio estudo da omissão.

O fundamento da imputação penal da omissão remete à concepção da natureza da conduta humana, objeto do Direito Penal, recorrendo-se às explicações que as teorias da ação tentaram atribuir à conduta. Influenciadas pelo pensamento científico-natural<sup>12</sup> sobre o Direito, de necessidade de estrita comprovação empírica do objeto estudado, as teorias naturalistas, assim entendidas notadamente as concepções causalistas e finalistas, compreenderam a conduta a partir do seu referencial empírico, ao qual o Direito Penal deve estar subordinado: a conduta penal somente ganha relevância em razão da sua existência prévia ao Direito. As demais concepções, que surgiram após a profunda influência que estas teorias tiveram sobre a construção jurídica, partiram das falhas encontradas nestas teorias para

---

<sup>10</sup> Notadamente: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60. E entre nós: LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 181 e ss.

<sup>11</sup> LUZ, op. cit., p. 182.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287.

explicar algumas formas de comportamento, notadamente no erro das concepções naturalistas para explicar a omissão que, por essência, para ter relevância penal somente pode ser tida como forma de comportamento valorada. Antes de adentrar a tais concepções posteriores importa fazer uma análise nas teorias naturalistas da ação e o porquê do seu declínio.

### 3.1.1 Teoria causal naturalista

A influência das ciências naturais é notória na concepção da teoria causal-naturalista da ação, que descreve a conduta humana como o ato que causa alteração no mundo exterior. A ação é, para a teoria causal-naturalista, o movimento humano voluntário que altera o mundo exterior de forma perceptível aos sentidos<sup>13</sup>. A contribuição mais importante trazida por esta teoria é a ideia denexo causal entre a ação e o resultado perceptível no mundo exterior, entretanto, ao reduzir a ação à mera voluntariedade a concepção causal deixa de considerar qualquer elemento volitivo que envolva a conduta humana. Neste sentido, Listz descreve o ato de vontade humana que desencadeia a ação como movimento corpóreo voluntário e, para que não reste margem para inclusão de elementos subjetivos, descreve tal movimento corpóreo como a "tensão (contração) dos músculos" efetuada pela "inervação dos nervos motores"<sup>14</sup>. A separação entre elementos objetivos e subjetivos é intencional: buscava-se uma pureza objetiva imune de qualquer valoração<sup>15</sup>, pois para a concepção causal a conceituação de ação deve se dar de forma avalorada, justamente pelo influxo das ciências naturais, que supostamente não admitiriam qualquer forma de subjetivismo.

A elaboração do conceito de ação livre da influência de critérios valorativos, entendida como conquista para o Direito como ciência, pressupunha que a conduta fosse compreendida na sua fase prévia ao Direito, de modo que a esse não cabe criar, mas apenas reconhecer o conceito de ação. Na concepção ontológica a ação natural não se confunde com a conduta descrita no tipo penal e, conseqüentemente, a estruturação do delito era formulada de modo que no tipo somente cabia a descrição objetiva da ação que causava alteração no mundo exterior. A vontade, assim como qualquer outro elemento subjetivo, somente deveria ser considerada no momento de averiguação da culpabilidade, e não na categoria da tipicidade.

---

<sup>13</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 193.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>15</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

Esta, inclusive, era uma das principais críticas feitas por Welzel<sup>16</sup> à concepção causalista, pois segundo ele esta teoria considera a ação como fruto de um ato voluntário qualquer, sem levar em conta que a vontade é o guia de qualquer proceder causal.

Livre de qualquer valoração ou elemento subjetivo a influenciar no conceito de ação, a teoria causal encontrou dificuldades para abarcar a conduta omissiva. Von Listz, aparentemente desconsiderando esta dificuldade, inclui num mesmo grupo tanto a conduta ativa quanto a conduta omissiva, às quais igualmente é possível atribuir a mudança do mundo exterior: "1º quando a mudança foi causada voluntariamente; 2º quando voluntariamente não foi impedida"<sup>17</sup>. Segundo ele, a ação é causação voluntária e a omissão, o não impedimento voluntário, entretanto esse aparente simplismo no tratamento da conduta omissiva é superado pelo mesmo autor quando mais adiante afirma que a omissão somente pode ser o deixar de fazer algo esperado, ou seja, o não empreendimento de uma ação determinada e esperada<sup>18</sup>. Neste sentido, ele inclui sobre a conduta omissiva um elemento valorativo irrenunciável.

Há certa confusão feita pela teoria causal naturalista, pois com relação à omissão, ela acaba considerando aspectos normativos como naturalísticos. O não agir voluntário nada representa no campo jurídico, a menos que uma norma empregue relevância ao não agir e, se a omissão somente passa a ser punível a partir do dever de impedir o resultado, ou seja, a partir da norma de dever, não pode resistir a compreensão de uma existência ontológica e pré-jurídica da omissão.

Recorre-se a elementos valorativos para fundamentar a imputação penal sobre a omissão, pois a relevância da omissão somente pode se situar no plano axiológico, ou seja, somente a partir da valoração é que adquire relevância social<sup>19</sup>. E esta constatação decorre do reconhecimento da ausência de causalidade entre a omissão e o resultado não querido, conforme se manifestaram García Arán e Muñoz Conde: “a omissão não pode ser entendida como um componente causal de qualquer resultado, uma vez que a causalidade requer a implementação de uma força desencadeadora que por definição falta na omissão”<sup>20</sup>. A omissão não é capaz de gerar um resultado perceptível aos sentidos, atribuível diretamente ao

---

<sup>16</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004.

<sup>17</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 193.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>19</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 30.

<sup>20</sup> “la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión” (GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte general. 8. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 243, tradução nossa).

não atuar, pois o que causa o resultado são eventos naturais, em cuja cadeia causal se espera que o omitente interfira de modo a evitá-lo. Assim, a principal contribuição da teoria causal, que seria o vínculo entre a ação e o resultado não se presta para a explicação quando o resultado decorre de um não fazer.

### 3.1.1.1 O problema da concepção causal naturalista para a omissão

Diante da sua visão naturalística da conduta e da necessária vinculação entre esta e o resultado perceptível pelos sentidos humanos, Liszt formula a noção de causalidade como *conditio sine qua non*:

"Dá-se conexão causal entre o movimento corporeo e o resultado, quando não se pôde supor suprimido o movimento corporeo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo por que de facto ocorreu). Si o nexa entre o movimento corporeo e o resultado é assim necessário, dizemos que o movimento corporeo é a causa do resultado, que este é o efeito daquella, isto é applicamos á relação do movimento corporeo e do resultado a categoria da causalidade"<sup>21</sup>.

A causalidade é requisito dos crimes materiais em que se exige o resultado lesivo. Nos crimes de omissão própria o resultado é dispensado, pois a mera desobediência à norma mandamental configura o tipo omissivo. De outro modo ocorre com relação aos crimes omissivos impróprios, cujo fundamento da punição não se resume simplesmente ao deixar de fazer uma conduta esperada, mas, mais do que isso, o garantidor possui a obrigação de agir para impedir determinado resultado<sup>22</sup>. Como já apontado anteriormente, no entanto, a omissão em si não causa coisa alguma, num sentido naturalístico, e, portanto, “as omissões carecem de efeito causal: o nada, nada causa”<sup>23</sup>. De acordo com Bitencourt<sup>24</sup>, o próprio Radbruch, um dos precursores da concepção causal, já reconhecia a inaplicabilidade desta teoria à omissão, pois

---

<sup>21</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 201.

<sup>22</sup> O resultado aqui refere-se tanto aos crimes de dano, quanto aos crimes de perigo, pois admite-se que em ambos os casos existe um resultado, havendo naqueles um resultado de lesão e nestes, um resultado de risco de lesão para os bens jurídicos: "los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para él interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado". (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 6).

<sup>23</sup> “las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa” (JESCHECK apud GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 11, tradução nossa).

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 289.



a explicação da teoria causal naturalística da ação como realização de um movimento corporal, não explica a não realização deste.

No mesmo sentido, Liszt também não pode deixar de reconhecer a inadequação de atribuir à omissão o resultado naturalístico e menciona que o resultado produzido não pode ser causado pela omissão em si, mas sim por forças naturais que atuam de forma paralela à omissão<sup>25</sup> e redireciona a questão de "quando a omissão é causal" para a pergunta correta que deve ser feita, ou seja, "quando a omissão é ilegal?"<sup>26</sup>, devendo determinar-se portanto, em que momento o não impedimento do resultado pode equivaler a causá-lo. Ora, o critério de equivalência é um critério valorativo, e não naturalístico.

A partir do reconhecimento da inexistência de causalidade na omissão em um sentido científico natural, a doutrina propõe – numa correção à *conditio sine qua non* – como requisito da imputação penal por omissão a demonstração de uma "quase-causalidade"<sup>27</sup>, ou seja, quando se constata com uma probabilidade beirando à certeza que o omitente teria impedido o resultado caso tivesse agido conforme o seu dever. Para tanto, deveria ser feito o questionamento se com a ação esperada e omitida o resultado teria desaparecido, pois em caso positivo haveria uma probabilidade nos limites da certeza: trata-se da lógica inversa da abstração hipotética feita na teoria causalista – esta lógica hipotética, no entanto, assim como a própria causalidade, deve ser superada como fundamento da imputação, pois o que supostamente teria acontecido sem o comportamento arriscado não permitido “é indiferente para a realização do risco”<sup>28</sup>.

A quase certeza da causalidade não serve de fundamento para atribuição de responsabilidade pela omissão. Isto porque, se o único critério for a causalidade, o mínimo que se exige é que sobre a relação causal resida uma certeza<sup>29</sup> entre a conduta e o resultado, o que não há quando se fala em probabilidade nos limites da certeza. Além disso, a demonstração da quase certeza não é verificável, de modo que a causalidade na omissão

---

<sup>25</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 212.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>27</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 26.

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 336.

<sup>29</sup> À discussão acerca da necessidade ou não de certeza da ocorrência do resultado, bem como aos possíveis critérios de determinação e probabilidade (qualitativa ou quantitativa), remetemos à abordagem feita por Juarez Tavares quanto à possibilidade de imputação penal por omissão com base na alta probabilidade nos limites da certeza: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 378 e seguintes.

nestes termos acaba se baseando na mera probabilidade de que a ação omitida teria evitado o resultado<sup>30</sup>.

A probabilidade no limite da certeza falha na tentativa de determinar uma causalidade que relacione a omissão ao resultado, pois, ao selecionar um juízo causal que serve de base fática para o caso, esta proposta acaba levando a discussão posterior ao campo normativo<sup>31</sup>. Isso apenas reforça o entendimento segundo o qual a concepção causal nada tem a contribuir para imputação penal por omissão imprópria, pois neste caso é o dever de garantidor que justifica a imputação penal, trata-se de um critério normativo e não causal.

A tentativa frustrada de buscar uma causalidade naturalística na omissão, entendendo causalidade como consequência física da não evitação do resultado lesivo, é responsável, segundo Jakobs<sup>32</sup>, pelo papel secundário e periférico relegado à conduta omissiva na teoria do delito e, por esta razão, é imperativo superar esta concepção.

Segundo Figueiredo Dias, embora nos delitos de resultado deva se reconhecer a causalidade atribuída a eventos naturais, a imputação penal não deve se limitar à mera causalidade física, mas apenas se valer desta como limite máximo da imputação, partindo daí para determinar a imputação penal, ou se o resultado pode ser, do ponto de vista normativo, atribuído à ação, pois, “como problema de imputação objectiva típica a questão constitui uma questão normativa que deve pôr-se e resolver-se segundo a teleologia, a funcionalidade e a racionalidade próprias da dogmática jurídico-penal e, especialmente, da dogmática do tipo”.<sup>33</sup> A imputação constitui, segundo o mesmo autor, uma limitação jurídica da causalidade natural<sup>34</sup>.

Sustenta-se, portanto, que não há causalidade física na omissão, e, neste sentido, é correto o posicionamento de Schünemann<sup>35</sup> e Roxin de que não se pode reduzir a tipicidade à mera causação, pois isto retira a possibilidade de responder valorativamente às variadas situações sociais de conflito, sobretudo diante da complexidade social, fruto da reflexividade da sociedade moderna. Aliás, das características mais significativas da sociedade de risco, já

---

<sup>30</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 27.

<sup>31</sup> CERLETTI, Marco, Juicios de imputación y juicios causales. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 239-275, p. 265.

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther. **La imputação penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 12.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 322.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 323.

<sup>35</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. En SCHÜNEMANN Bernd (compilador). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31 -80. p, 45.

tratadas em capítulo anterior, está a superação da causalidade como categoria explicativa de um evento: na sociedade contemporânea o que reina é o medo do incerto e por esta razão a categoria mais adequada para explicação dos acontecimentos é o risco da conduta. Por isso, mais definitivo que a própria causalidade, a imputação por omissão passa necessariamente pela identificação de uma atuação além do risco permitido, ou seja, pelo conhecimento de quais os limites de risco toleráveis pelo ordenamento sobre os quais o não agir é irrelevante. E a definição do risco não permitido é normativa, decorrente de uma valoração realizada pelo legislador que emite as ordens de diligência.

### *3.1.1.2 Há relevância da causalidade para a omissão?*

Conforme mencionado, o resultado não querido é indispensável para a configuração do delito omissivo impróprio, que vincula o garantidor à obrigatoriedade de impedi-lo. Diante disto, a noção de causalidade normativa tem sido advogada como substituta de uma causalidade física que, conforme anteriormente exposto, os próprios defensores da teoria causal naturalista da ação reconheceram não ser atribuível à omissão.

A relevância causal da omissão é vista, portanto, sob um viés normativo, através do qual equipara-se ação e omissão e por isso a causalidade é jurídica, ou uma ficção jurídica. Como, a partir da norma de dever, espera-se que o sujeito intervenha para impedir o resultado, a sua não intervenção embora não tenha causado o resultado, não o impediu, havendo, na verdade, um nexo de não impedimento. Segundo Bitencourt, "a omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse causa real"<sup>36</sup>.

Abordagem semelhante é a identificação do domínio da causalidade, segundo a qual a posição de garantidor, somente se verifica nos casos em que a relação do autor omitente é tão próxima com a fonte de perigo que o garantidor detém o "domínio da causalidade"<sup>37</sup>, o que justificaria a sua vinculação com o resultado lesivo e fundamentaria a imputação por omissão. Schünemann esboça o mesmo entendimento quanto ao domínio da causalidade. A tentativa de equiparação entre ação e omissão – sobre a qual, segundo ele, deve residir o esforço da dogmática – leva à primeira constatação de que o fundamento de imputação da ação é o

---

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. vol. 1. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 328.

<sup>37</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18, p. 01:17.

domínio imediato que o indivíduo tem sobre os seus movimentos corporais, ou, em suas palavras, o “domínio absoluto da pessoa sobre o corpo”<sup>38</sup>. Tal domínio imediato sobre a sua própria conduta leva a um domínio mediato do autor da ação sobre o resultado e o domínio sobre o fundamento do resultado é um conceito superior que possibilitaria equiparar tanto ação e omissão sobre o elemento comum do domínio do resultado.

Como dito, esta é mais uma tentativa de equiparar a ação e a omissão buscando um elemento comum entre estas duas formas de comportamento, para, ao fim, justificar a atribuição do resultado à conduta. Os esforços de equiparação entre ação e omissão são criticados por Tavares:

Se as tentativas de admitir uma causalidade na omissão se mostraram toda infrutíferas, por conduzirem a proposições simbólicas, quer a trabalharem sob o aspecto empírico, quer sob o aspecto normativo, da mesma forma o enunciado de um conceito material de ação se torna insuficiente para contemplar, nele mesmo, a omissão ou fornecer elementos que promovam sua equiparação à ação<sup>39</sup>.

A equiparação da causalidade a um critério normativo, como buscam fazer as propostas de causalidade adequada ou normativa, não respondem efetivamente ao problema da causalidade, pois são categorias distintas, visto que, enquanto os critérios de causalidade visam estabelecer quais forças conectam a conduta e o resultado, a imputação, por sua vez, “não pretende ‘explicar o mundo’, mas descrever um processo social de atribuição”<sup>40</sup>.

Na verdade, ao questionamento se há relevância do estudo da relação de causalidade para a imputação por omissão imprópria ficou evidenciado que, com relação à causalidade naturalística, não se verifica. Também não é possível dizer que há uma causalidade normativa, pois não se trata de causalidade em si, já que aqui o que é valorada (fator axiológico, e não ontológico, portanto) é a posição de garantia que a pessoa ocupa e sua atuação além do risco permitido, e neste sentido o desvalor não está no resultado, mas sim na conduta, na omissão daquela pessoa a quem a norma atribuía o dever de agir<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 282 (tradução nossa).

<sup>39</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 121.

<sup>40</sup> “No pretende ‘explicar el mundo’, sino describir un proceso social de atribución” (CERLETTI, Marco, Juicios de imputación y juicios causales. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 239-275, p. 245, tradução nossa).

<sup>41</sup> Com isso quer-se dizer que o primeiro fundamento para determinar a imputação por omissão é partir da posição de garantidor para verificar, seguindo os critérios de imputação objetiva, se o risco produzido pelo não fazer, por quem detinha o dever, é juridicamente reprovaado.

Para a determinação da omissão penalmente relevante não se deve questionar se a ação omitida teria evitado o resultado<sup>42</sup>, mas sim se aquela omissão em aplicar uma medida de precaução a que o sujeito estava normativamente obrigado fez com que o perigo tenha excedido o limite do risco permitido.

Portanto, mais que buscar um fundamento teórico para uma equiparação da causalidade, ou uma adequação do conceito causal, quando na verdade a omissão nada causa, o que definitivamente interessa para a imputação por omissão é a identificação do dever de garantidor que é atribuído normativamente a alguns indivíduos. Em outras palavras, deve ser determinante sobre a identificação da responsabilidade o juízo de imputação do resultado – decorrente da valoração normativa a partir do que socialmente se considera determinante para atribuir a algumas pessoas comportamentos, consequências e determinados status<sup>43</sup> -, e não o juízo de causalidade.

### 3.1.2 Teoria final: a insuficiência da finalidade na omissão e a superação do conceito ontológico da ação e omissão

Os defensores da teoria final da ação afirmam que a atividade humana é uma atividade final<sup>44</sup>. Assim Welzel inicia a sua conceituação sobre a ação, entendendo esta não sob um aspecto causal como responsável por um resultado previsto na norma, mas sim como a manifestação do querer humano, à qual deve se dirigir a norma penal. Como crítica ao mero causalismo naturalista, a teoria final da ação atribuída à finalidade humana a possibilidade de prever determinado resultado e dirigir a sua atividade à consecução deste objetivo<sup>45</sup>. Esta contribuição serviu para eliminar a divisão entre critérios objetivos e subjetivos, divididos em compartimentos estanques nas teorias precedentes, mas aqui o dolo e a culpa deixam de ser averiguados somente na análise da culpabilidade e passam a integrar a conduta típica.

A teoria finalista é também uma teoria naturalista na medida em que considera a ação ou omissão como elemento pré-existente ao Direito. Não é puramente naturalista, entretanto, pois ela se fundamenta nos dados ônticos da realidade que servem de sentido e limite para a

---

<sup>42</sup> “No resulta comprensible [...] cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión a una hipótesis” (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 112).

<sup>43</sup> CERLETTI, Marco, Juicios de imputación y juicios causales. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 239-275, p. 260.

<sup>44</sup> “La acción humana es ejercicio de la actividad finalista” (WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 39, tradução nossa).

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 39.

norma jurídica, conhecidos como estruturas lógico-objetivas<sup>46</sup> e entende que a primeira destas estruturas é a conduta humana, que serve de elo entre o mundo do ser e do dever ser, entre o ontológico e o normativo<sup>47</sup>.

A principal falha da concepção finalista reside na dificuldade em explicar os delitos culposos, não incluídos na base da sua doutrina, que é a intencionalidade. Ademais, com relação à omissão, a teoria final também não está livre de críticas, pois aqui a omissão é tratada como uma vontade potencial. Para Welzel, a vontade dirige tanto o acontecer como o deixar de acontecer<sup>48</sup>, assumindo que a omissão da vontade é justificada pela finalidade potencial. O mesmo posicionamento é abonado por Kaufmann<sup>49</sup> que sustenta que a possibilidade de atuar finalmente decorre da decisão do sujeito de realizar a ação típica e da possibilidade de executar esta decisão. Não há, todavia, como fundamentar a existência ontológica da omissão e a vontade potencial ao mesmo tempo, pois se esta finalidade pertence ao mundo do ser ela é real, e não potencial<sup>50</sup>.

Conforme se manifestou Schünemann, a omissão é, ontologicamente, um nada sobre o qual depende que se emita um juízo valorativo para sua relevância como conduta típica. E prossegue:

Mas de algo irreal não se pode dar nenhuma "definição real" determinada pelas ciências naturais, porque o método científico-natural só pode ser aplicado ao âmbito da realidade. Isso significa que se a omissão não pertence ao âmbito do factual, mas supõe um mero juízo sobre o nada, o método naturalista é inútil para capturá-lo.<sup>51</sup>

Portanto, a principal objeção à concepção ontológica da conduta humana, tanto causal quanto final, diz respeito às valorações que precisam repousar sobre a norma incriminadora, o que é ainda mais notável quando a conduta reprovável é consubstanciada através da abstenção da conduta – esta não exige, portanto, comprovação empírica, mas

---

<sup>46</sup> Segundo Kaufmann, as estruturas lógico-objetivas são os dados do mundo real que podem ser objeto de valoração pelo Direito. (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 38).

<sup>47</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

<sup>48</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 212.

<sup>49</sup> KAUFMANN, op. cit., p. 30.

<sup>50</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 85.

<sup>51</sup> “Pero de algo irreal no se puede dar ninguna "definición real" determinada por las ciencias naturales, porque el método científico-natural sólo puede aplicarse al ámbito de lo real. Lo que significa que si la omisión no pertenece ao ámbito de lo fáctico, sino que supone un mero juicio sobre una nada, el método naturalístico resulta de entrada inútil para captarla”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 42, tradução nossa).

valoração jurídica sobre a sua reprovabilidade. Uma crítica adicional que merece ser feita às duas teorias abordadas, é a de que, na tentativa de unificar o conceito de ação e omissão, buscando um elemento comum entre as duas formas de comportamento, estas teorias nada mais fizeram do que trazer elementos valorativos à omissão<sup>52</sup>. Com efeito, quando a teoria causalista compreende a omissão como a não realização de algo esperado, necessariamente deverá valorar qual o comportamento esperado, o que apenas normativamente é possível dizer. Da mesma forma o finalismo quando conceitua a omissão em termos de capacidade de ação, como elemento positivo que justificaria a unificação com o conceito de ação, adota, sem confessar, uma valoração sobre esse elemento, pois a definição do que vem a ser a capacidade de ação é um exercício valorativo.

A falha na tentativa de unificação dos conceitos evidencia que uma definição de omissão somente pode ser pensado em termos normativos, valorativos, portanto. E, sob o viés valorativo, cabe analisar outras concepções que explicam a conduta numa perspectiva normativa, uma concepção sistêmico-normativa, que é a concepção organizativa.

### 3.1.3 As teorias normativas da conduta

Conforme anteriormente abordado, a omissão em si nada é e o não fazer somente pode ter alguma relevância a partir de elementos normativos que imponham sobre alguém um dever de agir e sobre a sua não atuação recai, portanto, um juízo valorativo. A ideia do valor reconhecido socialmente que irá servir de fundamento para a imputação de determinada conduta passa necessariamente pela definição do fim ou objetivo a que se destina o sistema jurídico penal<sup>53</sup>. Determinado o objetivo, seleciona-se o valor de referência que melhor corresponda a tal objetivo<sup>54</sup>, o qual trará o conteúdo da imputação penal. A referência ao objetivo é, portanto, a forma que deve ser seguida na busca de conceituação da omissão,

---

<sup>52</sup> LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 186.

<sup>53</sup> A proteção de bens jurídicos, conforme Roxin, para quem "a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador" (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 11) e Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 42); ou a solidez das expectativas normativas, conforme se posiciona Jakobs. (JAKOBS, Günther. Os dilemas do direito penal. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 9-55, p. 9).

<sup>54</sup> SCHÜNEMANN, op. cit., p. 54.

segundo Schünemann<sup>55</sup>, que defende a fundamentação teleológica, a partir dos fins ou objetivos do sistema, com conseqüente superação das propostas naturalísticas meramente descritivas ou classificatórias.

Tendo em conta a necessidade de estabelecer como ponto de partida da dogmática penal os fins a que destina o Direito Penal, Roxin<sup>56</sup> criticou a separação outrora feita entre as questões político-criminais e a dogmática penal, demonstrando que não há necessariamente conflito entre o Direito Penal enquanto sistema e a realidade social e os valores de justiça.

O mesmo autor defende a compatibilidade entre critérios sistemáticos e político-criminais, não existindo prevalência de um sobre o outro. A crítica, portanto, que cabe à dogmática penal intenta a construção sistemática na mesma proporção em que visa garantir a justiça ou correspondência com a realidade das decisões penais: na verdade a superação não deve ser do sistema, mas sim da equivocada abordagem do seu desenvolvimento dogmático<sup>57</sup>. As influências da política criminal devem, portanto, integrar o sistema do Direito Penal, de modo que todos os conceitos e elementos em Direito Penal sejam pensados tomando em conta os fins político-criminais a que se destina o próprio Direito Penal:

Com tudo isso, é claro que o caminho certo só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema de direito penal, nas quais sua base legal, clareza e legitimação, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estão sob as contribuições do sistema positivista formal de Liszt.<sup>58</sup>

Os defensores do funcionalismo entendem que com esse sistema dá-se adeus ao finalismo e se inicia a nova era de um sistema teleológico-racional do delito. Esta correção valorativa implica em que as considerações político-criminais, relativas aos fins da pena e do Direito Penal integrem a dogmática influenciando na construção das categorias em Direito Penal e neste sentido o trabalho do dogmático é identificar a valoração político-criminal relativa a cada conceito da teoria do delito e funcionalizá-lo, ou seja, desenvolvê-lo para que ele atenda a esta função da melhor maneira possível<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 55.

<sup>56</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Traducción Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: José Luis Depalma, 2000, p. 36.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>58</sup> “Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt” (Ibidem, p. 49, tradução nossa).

<sup>59</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 120-163.



Os conceitos de ação e omissão no funcionalismo são desenvolvidos tendo em conta valorações político-criminais e o principal plano é o da imputação, e não propriamente o da ação ou omissão, pois na imputação é possível operacionalizar a interpretação do Direito Penal de acordo com os seus fins. A responsabilização penal, portanto, sob o viés funcionalista, deve passar por considerações de imputação objetiva, fundamentada, sobretudo, na criação de risco não permitido e realização de tal risco.

A crítica dirigida por Tavares<sup>60</sup> é que nesta concepção a ação e a omissão emanam exclusivamente de um ato de autoridade, amparadas em um dever jurídico imposto pela norma, e não necessariamente do reconhecimento por seus destinatários. Em outro momento, o mesmo autor manifesta que a norma não é capaz de mudar os fundamentos da realidade empírica<sup>61</sup>, devendo esta permanecer como parâmetro de construção das figuras jurídicas. Com efeito, a realidade empírica continua intacta mesmo com as categorias dogmáticas sob a ótica funcionalista. No entanto, aponta Schünemann, o desenvolvimento dos conceitos em Direito Penal pode transformar a realidade somente naquela perspectiva, e não na própria realidade: “A formação de conceitos não cria uma nova realidade, mas apenas um novo setor da antiga realidade, e não determina a valoração jurídica, mas a segue.”<sup>62</sup>.

Portanto, a objeção de Tavares ao funcionalismo, enquanto visa direcionar o sistema normativo para corresponder à realidade, deve ser acolhida no que diz respeito à necessária adequação ao contexto social, sendo esta, na verdade, a direção de Roxin ao defender a imanência dos valores de política-criminal na esfera da dogmática penal. Tal argumento contrário ao funcionalismo não pode resistir, no entanto, se condiciona a legitimidade do sistema jurídico-penal à exata correspondência entre os institutos jurídicos e as estruturas lógico-objetivas.

O Direito deve guardar correspondência com o sistema social, entretanto não se confunde com a realidade ontológica, mas significa entender o problema social sob um viés normativo, ou seja, a ação e a omissão são um problema jurídico<sup>63</sup> que precisa de uma direção normativa para o seu tratamento e para tanto deve-se partir de uma análise axiológica para tratamento penal da conduta.

---

<sup>60</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 65.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>62</sup> “La formación de conceptos no crea una nueva realidad, sino sólo un nuevo sector de la antigua realidad, y no determina la valoración jurídica, sino que la sigue”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 67, tradução nossa).

<sup>63</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 120-163.

A valoração sobre a conduta possui ainda maior relevância na omissão, pois a omissão de uma ação possível não é um conceito suficiente para determinar a imputação por omissão, carecendo de um critério normativo – a “equivalência normativa”<sup>64</sup> entre ação típica e omissão de uma ação esperada. Sob um ponto de vista valorativo, portanto, é que a norma jurídica considera determinadas omissões como relevantes para o Direito Penal e, com base nos fins do sistema jurídico-penal, identifica-se a função de determinadas formas de omissão dentro desse sistema na busca de tais objetivos.

### 3.1.4 A teoria organizativa de Jakobs como teoria da conduta

A conceituação da ação num sentido prévio ao Direito perde a sua importância com o funcionalismo, que passa a considerar a valoração sobre a conduta, e não propriamente qual o sentido pré-jurídico desta. Esta perda de importância do sentido pré-jurídico da conduta ganha ainda mais sentido com a consideração, também funcionalista, de Jakobs que encara o delito como frustração de relações jurídicas. O que denominados aqui como teoria organizativa é a concepção da ação e omissão adotada por Jakobs, fruto da sua construção de um funcionalismo-sistêmico, sobre o qual fundamenta que o Direito Penal deve se voltar para o asseguramento das expectativas normativas que se descumpridas geram a necessidade de sanção.

Ele difere da construção funcionalista de Roxin e Schünemann, que veem na proteção dos bens jurídicos o interesse último da norma penal, para basear as categorias dogmáticas na reafirmação da norma penal. A destruição de corpos ou coisas interessa para o Direito Penal por se tratar de uma vulneração de uma relação jurídica, e não apenas por lesionar bem jurídico alheio, pois isto poderia também ser feito até mesmo por um evento da natureza<sup>65</sup>. Em lugar da lesão ao bem jurídico, o delito deve ser entendido como a falta de cooperação com o bem jurídico pelo titular do dever de garantia, que agiu em desconformidade com a expectativa normativa que sobre ele recaía.

---

<sup>64</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 46.

<sup>65</sup> SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2006, n. 08-03, p. 03:1- 03:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>.

Por expectativa normativa refere-se o autor às funções e papéis que se espera que sejam cumpridos pelos membros da coletividade. O fundamento é que a liberdade individual, defendida pelo liberalismo e sua concepção de que o Estado não deve intervir na esfera individual dizendo o que fazer, somente é possível se o arbítrio, que possuem todas as pessoas que vivem em sociedade, for mitigado por deveres de solidariedade<sup>66</sup> através de mandatos jurídicos de se portar de modo a evitar dano para o outro.

Neste sentido, a própria distinção entre ação e omissão é dissipada por Jakobs, pois para ele o fundamento da ação é a expectativa normativa sobre cada pessoa na sociedade. A distinção trata-se tão somente de uma “delimitação de natureza técnica”<sup>67</sup>, que se desvanece frente à sua concepção sistêmica. O dever é um mesmo, o de não decepcionar as expectativas normativas que regem as relações sociais, tanto para ação quanto para a omissão, afastando-se o tratamento secundário e excepcional dado à omissão pela tradição jurídica nas teorias da conduta. A obrigação originária do indivíduo é tanto a de se abster de lesionar, quanto a de agir para impedir uma lesão, ambas com a mesma proporção ou mesmo grau de reprovabilidade, pois “juntamente com a proibição ‘não danes’, surge um mandato”<sup>68</sup>, e daí parte o fundamento da tutela penal sobre a omissão.

Importante mérito da concepção de Jakobs para a ação e a omissão é que sua doutrina é a que mais responde aos aspectos da contemporaneidade, apontadas no primeiro capítulo, que desafiam o Direito Penal: ação e omissão constituem formas de comportamento, do ponto de vista valorativo, que merecem ser tratadas sob o mesmo patamar de reprovabilidade, deixando-se de lado uma concepção da ação como forma padrão de comportamento delitivo e relegando o estudo da omissão apenas como uma exceção, a merecer pouca atenção da dogmática<sup>69</sup>. A teoria organizativa reformula e centraliza a noção de garante: se cada indivíduo deve conduzir-se de forma a não lesionar as relações sociais, cada um, portanto, nesta sociedade possui o dever de garantia sobre os bens jurídicos alheios e pelos tais é responsável tanto por ação, quando por omissão, não havendo gradação de reprovabilidade entre estas duas formas de conduta. O ponto fundamental do critério organizativo não é, portanto, a causação do resultado ou a intenção do agente, nem mesmo, o domínio do fato

---

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 41.

<sup>67</sup> Idem. La omisión: estado de la cuestión. In ROXIN, Claus; et. al. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. p. 129-153, p. 151.

<sup>68</sup> “junto a la prohibición ‘no danes’, aparece pues un mandato” (JAKOBS, op. cit., p. 34, tradução nossa).

<sup>69</sup> Igualmente, a partir da consideração de ação e omissão como formas de conduta igualmente reprováveis, previsões expressas de diminuição da pena caso o crime seja cometido por omissão, como no Código Penal português, ou mesmo implícitas, tendem a se tornar obsoletas.

descrito no tipo, mas a relação do garantidor com os demais membros da mesma sociedade que esperam daquele o cumprimento de sua parte nesta relação sinalagmática, para cuja existência pacífica espera-se que todos cumpram com os seus deveres de garantia.

A partir da aceção do dever de garantia oponível a todos na sociedade surge a noção de competência organizacional, pois não somente a liberdade sobre o seu próprio corpo, como também a livre gestão sobre objetos materiais, formam o âmbito de organização do indivíduo e esse não pode servir para gerar risco pra os demais membros da coletividade<sup>70</sup>. No interesse, portanto, de manter a sua liberdade, ou o próprio âmbito de livre organização, os indivíduos precisam pagar o preço desta liberdade através da abstenção de lesionar a alguém. Daí decorre o dever de não agir de modo lesivo, assim como o de agir para garantir que nenhum resultado lesivo sobrevenha sobre a esfera de organização de outras pessoas.

O âmbito de organização, numa sociedade complexa, engloba na esfera pessoal, cada vez mais, os objetos sobre os quais o indivíduo atua. Os veículos são exemplos de objetos com potencialidade de riscos, cuja periculosidade pode ser atribuído à pessoa que o gerencia. É notório observar o quanto esta concepção ganha relevo na sociedade de riscos, pois “quanto mais autonomamente funcione a organização, tanto menos o titular dessa organização precisa fazer”<sup>71</sup>. Assim, um carro automático prescinde de muitos movimentos ativos do titular da organização que envolve a direção segura deste veículo, esse indivíduo pouco precisa fazer para que o carro gere dano a terceiros, aumentando, assim, a responsabilidade sobre a sua omissão. O mesmo ocorre na gestão empresarial, em que o organismo funciona com pouca ou nenhuma exigência de atuação positiva do responsável por esta organização. Deste modo, pouco importa se a atuação em extrapolação aos limites aceitáveis da sua organização se dá por movimento voluntário ou por permitir que o processo desencadeado automaticamente prossiga seu curso: em qualquer caso o acontecimento é atribuído à organização do titular desse âmbito de organização.

O responsável por uma esfera organizativa assim o é, pois ao operar sobre determinada atividade tomou para si a responsabilidade de que esta atividade não se contituirá numa ameaça à esfera de livre organização de um terceiro (sua vida, liberdade e seus bens). Por isso

---

<sup>70</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 33.

<sup>71</sup> Idem. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 36.

Jakobs afirma que o garantidor exclui os demais do domínio do acontecimento, pois somente a ele compete tal domínio<sup>72</sup>.

A abstenção de uma responsabilidade por seus próprios atos equivale à submissão do seu âmbito de organização ao domínio de outro, o que somente seria possível com o reconhecimento de sua própria incapacidade para gerir a sua organização. Ora, a liberdade é característica imanente ao ser humano racional, moral, e indica a sua capacidade de autodeterminação. A autonomia do ser humano é, portanto, elemento do ser livre. E a partir do abuso da liberdade surge a coação: “o ser humano possui uma liberdade jurídica que está limitada pela liberdade jurídica dos outros seres humanos”<sup>73</sup>. A ideia de organização diz respeito, portanto, à correspondência entre a liberdade de organizar e a responsabilidade pela sua organização, o que equivale a dizer que o indivíduo incapaz de organizar não pode se considerar livre.

A concepção organizativa afasta, também, a imputação com base na causalidade, e direciona a responsabilidade penal a partir do rol de condutas de determinado cidadão, que é o que fundamenta a sua competência para impedir um resultado. Segundo o âmbito de organização será possível, conforme critérios valorativos sobre a competência dos indivíduos, delimitar a que esfera de atuação pertencia o dano ocasionado e, desta forma consegue abarcar a criminalidade empresarial, quando a identificação da causa não é possível e a responsabilidade pode ser disseminada entre muitas pessoas.

A superação do conceito pré-jurídico da conduta humana segue na direção do alcance dos fins da pena e do Direito Penal, mas a principal preocupação dos opositores da teoria organizativa é que, ao funcionalizar a conduta, pode-se cair no erro de desconsiderar que é ela a exteriorização da individualidade de pessoas humanas, com características próprias que uma valoração tomada em apartado desta realidade não pode compreender. Afirma-se que a conduta é o “único substrato possível de incidência de um Direito Penal comprometido com a manutenção e valoração da dignidade da pessoa humana”<sup>74</sup> e por tal motivo algumas críticas

---

<sup>72</sup> Isto não quer significar que a responsabilidade por determinado acontecimento não possa ser compartilhada, pois a ampliação da própria organização é, não somente possível, como completamente compatível com a existência da sociedade, sobretudo no contexto de uma sociedade complexa. (JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 37).

<sup>73</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 238.

<sup>74</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

são direcionadas à concepção organizativa de Jakobs que, segundo seus opositores, ao levar em conta a perspectiva do ordenamento, perde de vista a perspectiva do autor.

Neste sentido Cuello Contreras<sup>75</sup>, embora defenda a necessária superação de teorias ontológicas, entende que a perspectiva do destinatário da norma, levando em conta os conhecimentos subjetivos do autor, deve complementar a perspectiva dominante normativista, de imputação objetiva. O que ele propõe é repensar o finalismo, abrindo mão do seu fundamento ontológico, porém sem renunciar a perspectiva do autor, pois de outro modo, segundo ele, a consideração funcionalista cairia numa abstração da realidade que visa regular. Este mesmo autor defende a necessidade de um conhecimento especial, do que trataremos mais adiante, mas, desde já, nos manifestamos em sentido contrário, pois o conhecimento não pode servir de parâmetro de valoração da conduta penal sob a perspectiva dos fins do ordenamento.

Por sua vez, a preocupação de Tavares<sup>76</sup> acerca de uma concepção organizativa é que o Direito Penal acabe importando dos conceitos privados um fundamento de imputação penal. Segundo ele, considerar a ação sob tal enfoque, é prejudicial à individualidade, pois a pessoa, que deveria ser o ponto de partida e o fim da norma penal, passa a ser apenas um objeto de expectativas de deveres dentro dos contornos das atividades regulamentadas e definidoras de funções, lesando diretamente a liberdade individual. Neste sentido caberá identificar de onde provêm as fontes do dever de garantidor, se das normas privadas ou administrativas reguladoras de funções, ou se estas devem passar pelo crivo da ciência penal. Ou seja, a crítica apontada é pertinente no sentido de não se permitir que a mera enumeração de deveres feita por norma não penal seja importada para as categorias penais sob o pressuposto de atendimento das expectativas normativas, pois estas devem corresponder efetivamente ao âmbito de organização do indivíduo tido por garantidor.

Com efeito, atualmente há motivos que fundamentam a aceitação da teoria organizativa da conduta. O temor dos riscos sociais faz surgir uma hipervigilância sobre as atividades uns dos outros e, sobretudo, as atividades empresariais, fazendo com que a função penal de proteção de bens jurídicos ceda espaço à necessidade de assegurar expectativas normativas da sociedade sobre as atividades empresariais, perigosas por si só, mantendo-as no nível seguro do risco permitido. A concepção organizativa, portanto, não é uma categoria de responsabilidade ilimitada pelos possíveis riscos oriundos das atividades em si mesmas

---

<sup>75</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18, p. 01:3.

<sup>76</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 68.

perigosas, como são as atividades empresariais, pois a responsabilidade pela organização deve encontrar o seu limite no rol de organização baseado na competência individual para exercício da atividade específica. E como teoria da conduta, submete as noções de ação e omissão a instituições dogmáticas como o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição do regresso e a competência ou capacidade da vítima, razão pela qual adotamos a concepção organizativa para a fundamentação da posição de garante e da responsabilidade por omissão do empresário.

### 3.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO SEGUNDO A TEORIA ORGANIZATIVA

O tratamento fornecido à omissão foi tradicionalmente guiado pelo princípio da inversão<sup>77</sup>, em que a omissão é considerada como o correspondente negativo da ação<sup>78</sup>. Sustenta-se que a ordenação da vida social a que se propõe o Direito Penal é feita, em regra, pela obrigação de não lesar, se abstendo de agir, e, via de exceção<sup>79</sup> como garantia da liberdade e mínima intervenção do Estado<sup>80</sup>, o “não lesionar” será substituído pela obrigação de uma atuação positiva para impedir que o bem jurídico protegido pela norma sofra lesão.

Sob esta ótica, há situações em que a conduta não se apresenta de forma cristalina como ativa ou omissiva, a exemplo da conduta do empresário que submete seus funcionários a lidarem com um produto nocivo (conduta comissiva) sem fazer os testes requeridos quanto à danosidade daquele para a saúde (conduta omissiva). Tais situações tem levado a doutrina a pensar em critérios distintivos para a diferenciação entre estas duas formas de agir. Isto

---

<sup>77</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 906.

<sup>78</sup> Atribui-se a Radbruch a formulação de ação e omissão como a A e não-A: “Para Radbruch, a omissão não só não tem em comum com a ação as características da vontade, o fato e a causalidade entre ambos, como também ela se esgota precisamente em negá-los. Se em lugar deles, possuíse outros elementos positivos, haveria a esperança de conciliá-la com a ação. Entretanto, tão certo como não se pode colocar “A” e “não-A”, posição e negação, debaixo de um mesmo conceito superior, assim também não é factível pregar juntas, ação e omissão, em um conceito semelhante, chame-se ação, conduta humana ou outra coisa qualquer”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord). **Coleção ciência criminal contemporânea**, vol. 5. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 81):

<sup>79</sup> O tratamento penal subsidiário fornecido à omissão é criticado por Jakobs, que sustenta que qualquer distinção feita entre ação e omissão é superficial, como mais adiante será tratado. Para ele, a figura do garantidor deve ser identificada tanto nos delitos comissivos, quanto omissivos através de deveres organizativos ou institucionais, e não se a conduta geradora do risco permitido foi positiva ou negativa (Cf.: JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal: Dois estudos de Günther Jakobs**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 33 e ss.).

<sup>80</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 65.

porque, segundo Gimbernat Ordeig<sup>81</sup> os pressupostos de imputação do resultado são distintos em cada uma destas formas de comportamento: na ação se exige a causação naturalística do resultado, limitada pelos critérios de imputação objetiva, enquanto que na omissão exige-se a posição de garante, acrescida da “probabilidade beirando à certeza” ou diminuição do risco de lesão<sup>82</sup>. Esta solução, no entanto, parece decorrer de um princípio de subsidiariedade acolhido por certa parte da doutrina, segundo o qual a omissão somente será punida caso não seja identificado um comportamento ativo relevante do ponto de vista penal<sup>83</sup>.

Esta formulação tem como pano de fundo uma concepção ontologicista da conduta, sobre a qual já foram tecidas as devidas críticas, cabendo apenas novamente ressaltar que o tratamento penal da ação e da omissão não pode se assentar na sua diversidade ôntica estrutural<sup>84</sup>, mas em valorações político-criminais para a utilização dos conceitos dogmáticos em Direito Penal tanto para uma quanto para outra forma de ação. Assim, categorias como o risco permitido, a possibilidade de agir, bem como o dolo e a culpa devem ser estudados a partir, não da omissão, mas da ação esperada, ou do dever jurídico de agir, fundamento da posição de garantidor (na omissão imprópria) e requisito da imputação penal por omissão.

Esta conduta omissiva a que nos referimos é dividida em omissão própria e imprópria. A omissão própria vem descrita expressamente no tipo penal como o deixar de fazer algo e prescinde da figura do garantidor contemplada no art. 13, § 2º do Código Penal, na medida em que a prescrição legal dirige-se a um omitir reprovável, para o qual o tipo penal prescreve que a omissão de tal atividade constitui um delito por si só. Por sua vez, a omissão imprópria, ou comissão por omissão, diz respeito ao deixar de fazer algo, individualmente possível<sup>85</sup>, que era requerido ou esperado de um sujeito especial. Nestes delitos de omissão imprópria, o

---

<sup>81</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 15.

<sup>82</sup> Segundo este mesmo autor, se há uma ação precedente e uma omissão consequente, se deve reputar como delito omissivo se faltou dolo ou culpa na conduta ativa, pois a ação precedente, embora tenha gerado o risco do resultado, apenas serviu para criar o risco e vincular o seu autor ao impedimento do resultado. O elemento subjetivo é que conduzirá à determinação da modalidade de conduta e “y por faltar el tipo subjetivo, essas acciones causantes del resultado son atípicas”. Por sua vez, quando a conduta precedente é omissiva, seguindo o exemplo supra mencionado, como o deixar de realizar testes sobre o produto, seguida de uma ação posterior, a de entregar o referido produto para o manuseio por seus empregados, a conduta precedente omissiva, ao não configurar por si mesma nenhum ilícito penal, mas apenas o descumprimento de disposições administrativas, não pode ser tida como determinante da imputação penal. Tem-se, neste caso, apenas possível a imputação penal a título de ação imprudente, pois a omissão prévia em si não constitui injusto penal algum. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 16-20).

<sup>83</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 910.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 907.

<sup>85</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 73.



sujeito omitente é obrigado a impedir um resultado lesivo, pois, por ostentar uma posição especial (seja de relação com o bem jurídico ou com a fonte de perigos).

De acordo com uma concepção atrelada ao plano natural, haverá ação ou omissão conforme se comprove a existência ou não de uma introdução positiva de energia<sup>86</sup>, determinante do resultado típico. Uma concepção normativa, por seu turno, define a conduta como ativa ou omissiva a partir do descumprimento do dever, seja por ação, ao criar ou incrementar o risco, seja por omissão, ao não diminuir o risco da ocorrência do resultado.

Esta última forma de percepção da conduta nos parece mais acertada, pelo que se faz necessário estabelecer os elementos da conduta omissiva, no âmbito do tipo objetivo que, segundo classificação de Roxin<sup>87</sup> seguida por Figueiredo Dias<sup>88</sup>, são a conduta típica, a ausência da ação esperada, a possibilidade individual de ação, o resultado típico imputável à omissão e a posição de garante da não ocorrência do resultado. Partiremos desta proposta para analisar cada um dos requisitos da omissão, fundamentando, ao final, as fontes do dever de garantia. Além disso, os requisitos de imputação objetiva segundo Jakobs, como a atuação além do risco permitido, a proibição de regresso, o princípio da confiança, bem como a atuação da vítima, serão objeto de estudo para se chegar a um conceito do delito de omissão, seus fundamentos e limites.

O primeiro requisito da omissão, conforme mencionado, é a conduta típica atribuída ao não fazer, que no delito de omissão imprópria diz respeito aos tipos penais que proíbem uma conduta. Comumente se sustenta que esses tipos penais, geralmente reconhecidos como tipos de ação, são, em regra, cometidos através de uma conduta ativa e, por via de exceção, para aqueles que ostentam o status de garantidor, esta conduta típica poderá ser levada a cabo pelo não fazer. A melhor interpretação, no entanto, que fornece adequação típica dos delitos de omissão imprópria aos tipos penais, é entender que os tipos “de ação” não proíbem uma ação, mas proíbem o resultado, seja por ação ou por omissão, sendo que, nesta última hipótese, será necessário ocupar uma posição de garantidor. Através desta forma de entender os tipos penais, como tipos que contém uma “descrição simultânea de ações e omissões de ação produtoras do resultado”<sup>89</sup> é superada a crítica de que a omissão imprópria constituiria

---

<sup>86</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 909.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general, Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 813-815.

<sup>88</sup> DIAS, op. cit., p. 953.

<sup>89</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 196.

uma analogia proibida pelo Direito Penal<sup>90</sup>. Sob esta perspectiva, afasta-se, igualmente, a excepcionalidade da conduta omissiva, passando-se a entender ação e omissão como comportamentos aptos a gerar o resultado típico previsto em tais delitos, desde que, reitere-se, haja a posição de garante do sujeito omitente, bem como os demais requisitos da omissão tratados na sequência.

Dentre tais requisitos, além da conduta típica praticada através do não fazer, foi mencionado como elemento da omissão, a ausência de uma ação esperada, ou seja, o descumprimento do dever jurídico de agir. A realização típica por omissão implica, então, que há um comando de agir que foi descumprido pelo sujeito, ou seja, o não fazer somente leva à imputação penal se for a omissão de uma ação esperada. O mandamento de agir não reside em preceitos morais ou éticos e nem sempre vem descrito em uma lei, por esta razão a doutrina que estuda a omissão tem se dedicado especialmente a fundamentar as fontes que originam o dever de agir do garantidor.

O mandamento de agir, entretanto, não será imputado ao agente omitente se a ação esperada não for suficiente, numa perspectiva *ex ante*, de impedir o resultado ou, ao menos, diminuir a chance do risco ocorrer<sup>91</sup>. Neste sentido, o contrário também seria verdade, ou seja, a imputação penal por omissão seria cabível se numa perspectiva *ex ante* se considere que a ação esperada é possível de diminuir o risco do resultado, a menos que *ex post* se comprove que a ação omitida em nada tivesse alterado a situação. Seria o exemplo do empresário que entrega um produto para seus funcionários manusearem, sem fazer testes quanto à nocividade à saúde de tal produto, descumprindo norma de segurança, o qual vem a causar lesões aos funcionários que o manusearam. Se se comprovar que, mesmo tendo realizado os testes, não teria sido possível identificar a danosidade, por se tratar de substâncias desconhecidas pelos testes clínicos, por exemplo, a lesão não poderia ser imputada à inação do empresário.

O exemplo mencionado não seria apto para levar a cabo uma imputação penal por omissão, por não haver a incidência do risco no resultado, outro critério que, segundo a doutrina de Roxin<sup>92</sup>, deve envolver o tipo omissivo impróprio. De acordo com a doutrina

---

<sup>90</sup> Contrário ao argumento de que os tipos penais descrevem a evitação de um resultado, Kaufmann sustenta que “objeto de la prohibición sólo puede ser una acción, y no una omisión. La ‘prohibición’ de omitir una acción es en realidad un mandato de efectuar esa acción. Las normas se distinguen en función de lo que exigen respectivamente en los mandatos y en las prohibiciones, y no en su expresión lingüística”. (KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 265).

<sup>91</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 931.

<sup>92</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 815.

majoritária<sup>93</sup>, se for provado que, mesmo atuando de forma a criar ou aumentar o risco, o resultado mesmo assim tivesse ocorrido, não há imputação penal.

Também Jakobs chega à mesma conclusão, aduzindo que o risco não permitido realizado pelo sujeito não poderá ser imputado ao resultado se esse não pode ser explicado pela omissão, pois a realização do risco não permitido somente ocorre quando ele se torna uma informação necessária para explicar o acontecimento<sup>94</sup>:

Os danos que não são evitáveis de modo planejado e que aparecem como consequência de um comportamento não permitido, são devidos a uma variação socialmente irrelevante do risco que a vida acarreta e não podem ser explicados através desse comportamento não permitido: pode ser devido a outro comportamento não permitido, ou a uma infração de deveres de autoproteção da vítima ou, finalmente, simplesmente a uma situação desafortunada<sup>95</sup>.

Além disso, numa correção da causalidade entre omissão e resultado, outra exigência do sistema de imputação objetiva de Roxin<sup>96</sup> é que o resultado ocorra dentro do âmbito de proteção da norma, dentro da esfera do que a norma de proteção visava resguardar. Em outras palavras, que o “perigo que se concretizou no resultado seja um daqueles em vista dos quais a ação foi proibida”<sup>97</sup>. Com isso ele visa afastar a imputação penal das condutas que causalmente ocasionaram o resultado, mas que não estão abarcadas pela norma de proteção, ou seja, qual resultado a norma de dever tenciona impedir.

Para fundamentar a imputação por omissão imprópria, portanto, deve haver um resultado lesivo – que é dispensado no delito de omissão própria, em que a mera omissão é punível. Na omissão imprópria o dever é de impedir o resultado, mas somente resultados explicados pela atuação não permitida do agente a quem é dirigida a norma de dever é relevante para a imputação e desde que se refira à esfera de proteção da norma de dever. Tal

---

<sup>93</sup> Neste sentido, na doutrina estrangeira, principalmente Roxin na Alemanha (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 815) e Figueiredo Dias em Portugal (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 338), e na doutrina nacional, pode-se mencionar o pensamento de Cirino dos Santos (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 204).

<sup>94</sup> Segundo Jakobs, se não for possível comprovar esta relação, reparte-se o ônus da prova (não aplica o in dubio pro reo). (JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 326).

<sup>95</sup> “Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido: puede deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, finalmente, simplemente a una situación desafortunada”. (Idem. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 113-114, tradução nossa).

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 38, abr./jun, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, pp. 11-31, p. 18.

<sup>97</sup> DIAS, op. cit., p. 339.

fundamento é importante ser, desde já, sedimentado, diante da realidade a que estamos nos referindo em que com frequência ocorre o concurso de condutas que levam à realização do dano. Exclui-se a imputação por omissão, portanto, quando o resultado tivesse ocorrido mesmo sem a conduta não permitida (requisito de ocorrência do risco no resultado), ou quando o risco for além do quanto previsto pela norma de proteção (âmbito de proteção da norma).

A responsabilidade por omissão deve atender, ainda, à capacidade ou possibilidade de agir e, neste sentido, se o indivíduo obrigado a agir para impedir o resultado não possui a capacidade de agir de modo a efetivamente impedir o resultado a ação esperada não pode servir para a sua imputação. O nosso Código Penal consagra o requisito da possibilidade de agir no art.13, §2º quando diz que a omissão é relevante “quando o omitente devia e podia agir”, entretanto esta verificação de que uma ação é possível para alguém passa por um juízo ontológico e não valorativo<sup>98</sup>. Neste sentido Tavares faz uma diferenciação necessária ao dizer que:

A capacidade de agir não pode se situar, assim, no mesmo plano da capacidade de se omitir, porque, para a omissão, a capacidade não é de omitir, mas de realizar a ação mandada, e para esta não basta a capacidade de fato, senão uma capacidade jurídica que é extraída do sistema de deveres impostos ao sujeito<sup>99</sup>.

Por esta razão, o dever de agir não pode decorrer da mera possibilidade física, pois, como já dissemos, o não fazer somente tem relevância normativa a partir do dever conferido a um garante, servindo a possibilidade (física ou jurídica) de agir como parâmetro limitador da imputação: não basta que o sujeito ocupe uma posição, é necessário que ele tenha a possibilidade de executar a ação concreta capaz de evitar o resultado<sup>100</sup>.

A capacidade física ou corpórea, portanto, não deve ser vista de modo restrito, mas a partir dos meios que o garantidor possui diante de si, capazes de impedir o resultado ou diminuir a chance de que ele ocorra<sup>101</sup>. Se, no âmbito da atividade empresarial, o indivíduo

---

<sup>98</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 60.

<sup>99</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 86.

<sup>100</sup> Greco e Assis entendem a “possibilidade físico-individual” como elemento do próprio conceito de omissão. (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-121, p. 109.)

<sup>101</sup> Um exemplo é do pai que, por ser paralítico, não possui a capacidade física de salvar um filho que caiu no lago, mas se, caso gritasse por socorro, tivesse alguém que o atendesse, permanece a sua capacidade de agir, sendo-lhe imputada a omissão. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 929).

garantidor não tem, no momento da verificação do risco, a possibilidade física de agir, seja por estar ausente ou por não possuir capacidade técnica de desenvolver a atividade exigida para afastar a ocorrência do risco, não se exime somente por isto da sua responsabilidade, caso pudesse emitir uma ordem que certamente seria cumprida por um de seus subordinados.

E quando falta ao garantidor conhecimento ou habilidade técnica para agir impedindo o resultado? Pode-se sustentar, de início que a incapacidade de agir pode ser comparada a uma impossibilidade por falta de conhecimento ou de habilidade técnica. No entanto esta regra não parece refletir a responsabilidade a partir do dever de agir, pois, sendo o comando normativo de agir decorrente da posição de garantia que o indivíduo ocupa em razão de uma função ou papel social a ele atribuído, o conhecimento especial<sup>102</sup> não poderá servir de base para a imputação por omissão, mas sim a assunção de responsabilidade em função do seu dever de organização.

No mesmo sentido, porém ilustrando o contrário, exclui-se a responsabilidade penal de quem quer que, mesmo detendo o conhecimento técnico ou capacidade de atuar de forma eficaz para impedir o dano, não possui, por outro lado, o dever de agir para impedir o resultado. A capacidade de agir, como requisito tradicionalmente utilizado para averiguação da responsabilidade penal, não tem importância central no contexto da criminalidade empresarial, que traduz a realidade da sociedade de riscos, pois esta a criminalidade acontece, como regra, em concurso de pessoas e carrega, com isso, dificuldades de individualizar a conduta a partir da possibilidade ou capacidade individual de ação. A capacidade de agir deve ser associada ao dever de impedir o resultado, pois, neste contexto, muitas vezes quem, de fato, detém a capacidade de evitar o resultado não ocupa, por outro lado, a posição de garantidor: “a possibilidade de evitar o resultado não é um monopólio daqueles que detêm uma posição de garante, mas também de outras pessoas”<sup>103</sup>. A correção que deve ser feita aqui é, portanto, sedimentando que responde por omissão imprópria, no âmbito das atividades empresariais, não quem tem a possibilidade de evitar o resultado, mas aquele a quem se exige que afaste o resultado, em razão de deveres de assunção ou asseguração<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Em tópico mais adiante será tratado com mais acuidade acerca da necessidade do conhecimento especial do sujeito para a imputação penal.

<sup>103</sup> “la posibilidad de evitar el resultado no es monopolio de quienes ostentan una posición de garante sino, incluso, de otras personas” (MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p. 901, tradução nossa).

<sup>104</sup> *Ibidem*, p 907.

Além dos fundamentos ora lançados, é também requisito da imputação penal por omissão, e exclusivamente da omissão imprópria, a posição de garantidor atribuída a determinadas pessoas. Em razão da centralidade deste requisito para a omissão imprópria em momento posterior buscaremos fundamentar a posição de garante, cabendo expor, neste momento, que esta posição decorre da confiança que é conferida a determinadas pessoas pelo asseguramento ou salvamento sobre alguns bens jurídicos ou sobre determinadas fontes de perigo, a depender da relação que esta pessoa possua ou posteriormente assuma perante os demais.

O esquema de imputação que Jakobs<sup>105</sup> propõe, por sua vez, se baseia principalmente nos pilares do risco permitido, princípio da confiança e da proibição de regresso<sup>106</sup>, os quais serão abordados a seguir a partir das suas controvérsias.

### 3.2.1 A controvérsia acerca do risco permitido

Seguindo o esquema quanto aos requisitos de imputação penal por omissão imprópria dissemos que importa observar os critérios de imputação objetiva e, portanto, deve-se partir da ideia de criação do risco pelo autor através da sua omissão. E neste sentido é necessário sustentar que somente a partir de uma atuação além do risco permitido é possível falar em imputação penal.

Disseminada pela teoria da imputação objetiva, a noção de risco proibido como requisito para uma imputação penal vem somar à concepção causal, por si só insuficiente para gerar uma responsabilização. Neste particular, importa ressaltar que nem os riscos gerais e nem aqueles que servem a um fim reconhecido pelo Direito podem fundamentar a

---

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 37.

<sup>106</sup> Além destes requisitos, existe a responsabilidade da vítima sobre o evento danoso que pode limitar ou mesmo excluir a responsabilidade do garantidor. Segundo Jakobs, como consequência da atribuição de responsabilidades a cada um dos membros livres e capazes que compõem a sociedade, também a vítima possui uma competência, ou uma esfera de organização, sobre a qual ela é inteiramente responsável, seguindo um princípio de autorresponsabilidade (Ibidem, p. 34). Neste sentido é possível que a responsabilidade penal por um dano atribuído a um empresário por falha no processo produtivo, seja diminuída caso se identifique que a extensão do dano foi devida também à irresponsável atuação da vítima, que procedeu além do risco permitido, de modo que o risco ocorrido está integrado à esfera de organização desta.

responsabilidade penal<sup>107</sup>. Por esta razão, Roxin expõe que as "ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens"<sup>108</sup>.

Para Gimbernat Ordeig<sup>109</sup> o risco é o resultado da desestabilização de um foco de perigo, seja por ação ou por omissão, ao deixar de tomar a medida de precaução a que um sujeito estava obrigado. Ou seja, o legislador somente aceita focos de perigo na medida em que esses se encontrem dentro da esfera do risco permitido e para que assim permaneça, ele impõe normativamente a determinadas pessoas o dever de aplicar medidas estabilizadoras de precaução. Se tais medidas deixam de ser cumpridas, o foco deixa de ser permitido e o responsável pelo risco não permitido será aquele que detinha o dever de controlar e manter o foco dentro dos limites tolerados pelo ordenamento.

Jakobs, no entanto, que classifica o risco não permitido como o "rompimento do rol de um cidadão"<sup>110</sup>, defende que uma imputação penal não deve ser limitada somente à atuação antijurídica, pois isto significaria limitar por demais o âmbito da intervenção<sup>111</sup>. Como resultado da necessária coexistência na sociedade entre a liberdade de comportamento e a responsabilidade pelas consequências, não somente o comportamento precedente antijurídico que origina deveres, mas toda a atuação que ultrapassa os riscos normais, circunscrita ao âmbito de organização do indivíduo, deve gerar para ele a responsabilização penal. Para ele, assim como quem organiza algo proibido está obrigado a agir para impedir um dano, da mesma forma deve agir quem organiza algo perigoso<sup>112</sup>.

Neste sentido afasta-se a exigência da atuação além do risco permitido, admitindo a posição de garante do empresário tão somente por ter atuado de forma arriscada:

Assim, no que nos interessa, e tendo apontado que a atividade empresarial pode ser considerada como uma atividade de risco cuja implementação cria um perigo iminente que é apropriado para produzir resultados lesivos em bens jurídicos, a atividade empresarial, por si, se subsume na ingerência ou no agir precedente como fonte do dever de garante, algo que é claramente apreciado nas grandes sociedades mercantis, sem falar nas transnacionais<sup>113</sup>.

---

<sup>107</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18, p. 01:2.

<sup>108</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 40.

<sup>109</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60, p. 39.

<sup>110</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 101.

<sup>111</sup> Idem. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 13.

<sup>112</sup> Idem, op. cit., p. 36.

<sup>113</sup> "Acorde con ello, en lo que nos interesa, y habiendo señalado que la actividad empresarial puede ser considerada como una actividad de riesgo cuya puesta en marcha crea un peligro inminente que es próprio

Esta posição de Jakobs não fundamenta uma imputação por omissão a partir da criação de qualquer risco, mas de um risco especial, ainda que não antijurídico, mas que seja capaz de produzir um dano intolerável. Tal risco especial consistiria no “comportamento por meio de cuja realização alguém em certa medida se coloca em situação para além do limite perante os demais”<sup>114</sup> e seria uma categoria intermediária entre o risco permitido ou adequado socialmente e o risco proibido. Esta categoria híbrida do risco especial abrangeria as situações em que, ainda que dentro dos parâmetros legais de conduta, a atividade gerasse um risco intolerável, cuja origem está inserida na organização de determinada pessoa, o qual, por isto, se tornaria o garantidor por ingerência e obrigado a impedir o resultado.

Se um empresário comercializa um produto dentro das normas de segurança, mas posteriormente toma conhecimento de que o produto é lesivo à saúde e, ainda assim, nada faz para impedir os danos<sup>115</sup>, a sua conduta originária não foi ilícita, mas abarcada pelo risco

---

para producir resultados lesivos en bienes jurídicos, la actividad empresarial, per se, se subsume en la ingerencia o actuar precedente como fuente de deber de garante, algo que se aprecia con claridad en las grandes sociedades mercantiles, y ni que decir de las transnacionales”. (MÉNDEZ, Iván Fabio Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p. 894, tradução nossa).

<sup>114</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 14.

<sup>115</sup> Este exemplo é uma adaptação do famoso caso julgado pelo Tribunal Alemão que ficou conhecido como o “Caso Lederspray”, assim detalhado por Gimbernat Ordeig: “El BGH, en su sentencia de 6 de julio de 1990, se ocupa del caso de una empresa que desde hacia bastante tiempo se dedicaba, entre otras actividades, a la fabricación de sprays para el cuidado de artículos de cuero y piel (zapatos, prendas de ante, etc.), siendo comercializado el producto por dos sociedades filiales de aquella. Durante ese primer período de tiempo los sprays para el cuero habían llegado a los consumidores sin que hubieran causado daño alguno. Pero «a partir de finales del otoño de 1980 se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido danos en la salud después de utilizar los sprays para el cuero de la referida marca. Esos danos se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos, nauseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados, en algunos casos, por su estado de peligro para la vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas pulmonares). En la mayoría de los afectados se produjo enseguida una mejoría radical, especialmente después de la administración de preparados de cortisona, que llevó a la total curación». Ante las primeras noticias de los danos personales que estaban causando sprays hasta entonces considerados inocuos, se llevaron a cabo en la empresa investigaciones internas que no consiguieron poner de manifiesto defecto alguno de fabricación, no obstante lo cual a principios de 1981 se introdujeron algunas modificaciones en la composición del producto. Pero como, a pesar de ello, siguieron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían menoscabos en su salud, el 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión de crisis de la dirección de la empresa, a la que asistió el jefe del departamento de química de la firma, quien manifestó que, «de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, de peligrosidad de los sprays, por lo que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto», propuesta que fue asumida unánimemente por la citada dirección. El producto se siguió comercializando y causando ulteriores danos en la salud - nunca la muerte - de consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983 se produce la intervención de la Oficina Federal de Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los sprays que se encontraban en el mercado.



permitido, entretanto haveria fundada responsabilidade por omissão imprópria, pois tal caso se baseia na ideia de risco especial<sup>116</sup>: a partir do momento em que se conhece o caráter nocivo, surge a responsabilização, apesar de inexistir agir prévio antijurídico.

Esta proposição deve ser ainda objeto de um estudo mais detalhado, pois, por ser lícita a conduta perigosa, haveria que se elucidar o ponto fundamental a partir do qual a responsabilidade do garantidor surge: se somente da demonstração empírica de resultados lesivos, ou se a suspeita da superveniência de um dano poderia gerar tal responsabilidade. Definido este ponto entendemos que, em tese, uma responsabilidade por omissão fundada em um dano especial, ainda que permitido pelo ordenamento, pode fundamentar um dever de agir, sob o argumento de que o risco, ainda que permitido, mas que gera a possibilidade de um risco insuportável, gera consigo o dever de salvamento, pois estas condutas enquadradas na categoria do risco especial somente seriam adequadas ao direito se houvesse o correspondente dever de salvamento. Exemplo fornecido por Jakobs<sup>117</sup> é da criança que anda com um adulto na beira do mar (comportamento dentro do risco permitido), mas para este existe o dever de salvamento (levantar a criança) caso venha uma onda muito alta. Se não houvesse esse dever de salvamento seria um caso de abandono, pela criação de risco insuportável, ainda que permitido.

### 3.2.2 Princípio da confiança como fundamento da convivência em sociedade

A confiança é a base de qualquer relacionamento social e, por isso, os contatos sociais devem ser regidos por expectativas sobre as quais os homens esperam poder contar e a elas se

---

El BGH distingue, como antes to había hecho ya el tribunal de instancia (la Audiencia Provincial de Mainz), entre, por una parte, 10 lesiones dolosas cometidas por accion, en relación con la decena de consumidores que resultaron afectados en su integridad física por sprays que fueron producidos y/o introducidos en el mercado después de la reunion de 12 de mayo de 1981 . Por otra pane, condena, en cuatro casos, por lesiones imprudentes en comisión por omisión causadas por no haber retirado el producto ya en el mercado cuando se tuvieron las primeras noticias de su nocividad y antes de la reunión del gabinete de crisis de 12 de mayo. Finalmente, y por to que se refiere a los menoscabos en la integridad física causados por productos no retirados del mercado después de la reunión de mayo - 28 casos -, el BGH condena por lesiones - ahora ya dolosoeventuales, a la vista de la conciencia que los directivos habían adquirido entretanto de la peligrosidad de los spraysc- en comisión por omisión. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición. **ADPCP**, vol. L, 1997, pp. 5-112, p. 49-50).

<sup>116</sup> No direito brasileiro a abstenção de agir constituiria o tipo penal de omissão própria do art. 64 do Código de Defesa do Consumidor (“Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”). No entanto, seguindo a lógica da criação de um risco especial, o seu não fazer pode servir de responsabilidade por omissão imprópria pelo resultado (lesões corporais ou morte) dos consumidores.

<sup>117</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 50.

adptam<sup>118</sup> no trato uns com os outros, ou seja, quando se sabe o que esperar da interação social esta se torna possível e mais segura, tornando-se uma sociedade menos complexa.

Na verdade a confiança é elemento integrante do estado de normalidade social, que se caracteriza pelo bom desenvolvimento das instituições sociais e por alguns comportamentos previsíveis e automáticos, que, por conseguinte, permitem a configuração de uma sociedade operativa e que economiza tempo<sup>119</sup>.

A constante suspeita e fiscalização das atividades de terceiros tornaria a vida insuportável e inadministrável de modo que uma sociedade que pretende perdurar deve ser regida pelo princípio da confiança e é por isso que se diz que confiar no outro não é mais uma liberalidade, mas uma necessidade social.

Esse princípio se torna fundamental a partir do reconhecimento de que o risco não é somente um assunto individual<sup>120</sup>, mas algo a ser compartilhado por toda uma coletividade e, portanto, somente é possível aceitar uma parcela deste risco social a partir da fé de que o outro irá se comportar dentro da esfera do permitido. Cada indivíduo nesta sociedade cumpre fielmente o quanto estabelecido conforme o seu rol social que lhe é atribuído para a construção da vida em comunidade e os róis decorrem do reconhecimento do indivíduo como um ser livre e capaz de se autorganizar e se portar de forma autônoma em sociedade<sup>121</sup>.

Em sociedades complexas a expectativa sobre a correta condução do rol de atividades uns dos outros se desenvolve a partir de um “sistema de especialistas”<sup>122</sup>, no qual confiamos que sobre as atividades mais arriscadas, atuou ou atua alguém munido de um conhecimento especializado e que ele certamente cumpriu sua função diligentemente para afastar qualquer risco acima do tolerado.

A confiança da atuação do outro dentro da esfera do risco permitido eleva esse elemento de interação social a fundamento da conduta penalmente relevante, que somente será aquela que integre a esfera de rol social, esposado pelo agente omitente. Com efeito, o princípio da confiança condiciona a imputação penal ao quebrantamento do rol social, pois a

---

<sup>118</sup> BRITO, Alexis Couto de. Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Coleção ciência criminal contemporânea**, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88-89.

<sup>119</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

<sup>120</sup> BRITO, op. cit., p. 89.

<sup>121</sup> Liberdade de atuação e responsabilidade são inafastáveis: “la idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables”. (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 30).

<sup>122</sup> “Assim chamados os que comportam a realização técnica ou profissional que organiza grandes áreas do entorno material e social no qual vivemos”. (BRITO, op. cit., p. 89).

partir deste rompimento há uma frustração das expectativas normativas depositadas sobre o agente. A decepção de expectativas normativas, segundo Jakobs, é o que preenche de conteúdo a conduta penalmente relevante: sem esta expectativa normativa, o fazer e o omitir são irrelevantes<sup>123</sup>.

E assim é que o princípio da confiança integra a prática empresarial, pois serve de modelo de divisão do trabalho: sem a confiança esta divisão não se mostra possível<sup>124</sup>. Isto porque a própria comercialização dos produtos depende da confiança do consumidor depositada no cumprimento às normas de controle durante o processo de produção, assim como os superiores confiam no cumprimento dos seus papéis pelos subordinados, executores diretos do produto e esses confiam que as substâncias que manipulam se encontram livres de danosidade à sua saúde. Além disso, as funções de delegação – vitais para o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial – dependem claramente do fiel cumprimento da função delegada que lhe foi confiada.

O princípio da confiança é fundamental para o compartilhamento de tarefas no seio da empresa, e quando se refere à divisão e delegação de funções esse princípio deve ser o fundamento da individualização de responsabilidades. Ocorre que tal princípio foi pensando para relações entre iguais, ou seja, entre indivíduos em posição de igualdade, o que apresenta alguma dificuldade para as estruturas verticais que compõem a pessoa jurídica<sup>125</sup>. Quando há, portanto, uma delegação de funções, o princípio não poderá vigor sem exceções, pois a lógica empresarial exige daqueles que assumem a função de direção certa desconfiança que resulta na fiscalização das atividades produzidas por seus subordinados. Isto não pode servir, no entanto, para exigir deste indivíduo o conhecimento efetivo das atividades de terceiros, pois a lógica das estruturas organizacionais impede que se conheça a fundo todos os processos da cadeia produtiva, mas defende-se um dever de conhecimento, que é fruto da necessidade de vigilância da atuação de terceiros.

Segundo se manifestou Rebouças, “à confiança como princípio, portanto, agrega-se a desconfiança periódica, a título de verificação”<sup>126</sup>. Neste sentido, para entender a individualização das responsabilidades dentro dos complexos compartimentos das

---

<sup>123</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 34.

<sup>124</sup> Idem, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 30.

<sup>125</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 153.

<sup>126</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 60.

organizações importa delimitar em que consiste o dever de conhecimento ou dever de fiscalização e em que medida pode se excepcionar o princípio da confiança. Não é possível admitir uma desconfiança que redunde em dever de conhecimento de cada uma das atividades desenvolvidas no seio da empresa, mas somente àquelas diretamente relacionadas à função de direção assumida pelo superior, que fará com que, caso esse falhe em fiscalizar, a sua omissão lhe seja imputada penalmente.

O princípio da desconfiança não pode sobrepor à confiança indispensável para que se possa trabalhar a partir da divisão e delegação de funções. O limite há de ser dado, portanto, pela noção de proibição de regresso, também requisito de imputação objetiva.

### 3.2.3 A proibição de regresso como elemento da individualização da responsabilidade por omissão

Como consequência do princípio da confiança, pode-se dizer que no convívio social ninguém deve exceder de sua função para impedir um perigo. Se cada indivíduo se porta conforme o seu rol de papéis sociais, sem interferir na esfera alheia, e confia que os demais também cumprirão com os deveres adstritos ao seu rol pessoal, é possível identificar e individualizar uma conduta que porventura um terceiro realize, sem que isto seja atribuído àquele que não tinha o encargo de evitar o resultado lesivo.

Interessantes exemplos são fornecidos por Jakobs:

Na realidade social, no entanto, quando ocorre um contato social, não há uma mistura completa dos âmbitos vitais dos intervenientes, mas apenas uma abertura limitada. O projetista de carros tem que projetar veículos de acordo com o padrão, tudo o mais não lhe diz respeito; o produtor de bebidas alcoólicas que deve observar a legislação alimentar e não deve vendê-las a menores, não precisa cuidar de mais nada; quem satisfaz sua dívida não responde pelo que o credor faz com o recebido; quem produz armas e as vendeu para pessoas que estão autorizadas a adquiri-las, fez o suficiente, etc.<sup>127</sup>

Esta concepção parte da fundamentação dos papéis sociais que são distribuídos a cada um dos indivíduos da sociedade, os quais devem se portar de acordo com o seu rol de

---

<sup>127</sup> “En la realidad social, sin embargo, cuando tiene lugar un contacto social no se produce una mezcla completa de los ámbitos vitales de los intervenientes, sino tan sólo una apertura limitada. El diseñador de automóviles ha de diseñar vehículos conformes al standard, todo lo demás no le atañe; el productor de bebidas alcohólicas que ha de observar el Derecho alimentario y no debe venderlas a menores de edad, no tiene que ocuparse de nada más; quien satisface su deuda no responde de lo que el acreedor haga con lo recibido; quien produce armas y las vende a personas que se hallan autorizadas a adquirirlas, ha hecho lo suficiente, etc.” (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 20, tradução nossa).

condutas, e assim não lhe será atribuída qualquer responsabilidade por eventual acontecimento lesivo que aconteça fora do âmbito de atuação. Isto porque, segundo Jakobs, uma “desindividualização”<sup>128</sup> é a única forma de se estabelecer contatos com anônimos, ou seja, somente tomando a outra pessoa como portadora de um rol é possível se relacionar com ela sem que seja necessário fiscalizar todas as suas atividades.

Em sentido próximo, Zini<sup>129</sup> entende que há uma estrutura organizacional que forma a vida social e as instituições, e esta estrutura envolve necessariamente noções de relação entre os membros da sociedade, de status ou posição de cada indivíduo e, ainda, de papéis que são os deveres e direitos atribuídos aos indivíduos em decorrência daqueles status por ele ocupado e sobre os quais se formam expectativas de comportamento. E, através do papel social, um autor define sua participação no processo interativo em sociedade<sup>130</sup>.

Diante desta noção, ainda que uma pessoa tenha contribuído de forma causal para um resultado, não pode ser imputada pelo resultado típico se um terceiro desvia as consequências da conduta<sup>131</sup>. Ilustra-se esta assertiva com mais um exemplo: se um taxista conduz um assassino até o lugar em que cometerá o crime não pode ser considerado como participante do delito, ainda que conheça o intento criminoso daquele. Trata-se do âmbito da proibição de regresso. O fundamento é que a atividade do terceiro, embora causalmente tenha contribuído para o delito do autor, trata-se de atividades corriqueiras sempre disponíveis, de modo que a proibição destes comportamentos não tem o condão de evitar a conduta delitiva do autor<sup>132</sup>. Nessa esfera, o taxista do exemplo mencionado estava no cumprimento do seu normal proceder, exercendo a sua profissão, razão pela qual a sua conduta ingressa o campo das ações neutras ou ações cotidianas, sobre as quais não pode se voltar uma punição pela direção contrária à norma que lhe deu um terceiro, e, portanto, o comportamento comum do taxista não forma parte do delito.

A conduta daquele que se conduz em conformidade com seu rol carece de significado delitivo, portanto ele não responde pelo delito do autor ainda que saiba do seu intento. Isto porque o conhecimento não deve ser o fundamento determinante para a imputação pelo tipo

---

<sup>128</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 21.

<sup>129</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 81-82.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>131</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 308.

<sup>132</sup> Idem, op. cit., p. 32.

objetivo, mas sim a atuação em desconformidade com o quanto se espera deste indivíduo a partir do seu rol de papéis sociais.

Esta compreensão é fundamental para que no âmbito da responsabilidade empresarial seja possível falar em uma individualização da conduta penalmente relevante, com base no dever de garantir que nenhum dano decorra da sua atuação. Neste âmbito muitos são os que de modo causal contribuem para a ocorrência do dano e, inclusive, possuem conhecimento acerca do potencial delitivo que cerca determinada atividade ou decisão efetuada no desenvolvimento da atividade empresarial, no entanto, se somente a partir do dever é possível falar em imputação, o princípio da proibição de regresso deve servir de limitação para a determinação de alcance das responsabilidades.

### 3.2.4 A questão do conhecimento: perspectiva do autor e perspectiva do ordenamento

A concepção normativa é amparada na valoração dada pela norma à conduta, mas há quem argumente que as concepções funcionalistas acabam se afastando do elemento fundamental aos fins do Direito Penal, que é a regulação da conduta. Segundo esta crítica, a conduta humana apresenta características às quais a valoração jurídica não pode se sobrepor. Cuello Contreras propõe uma solução intermediária, com o objetivo de matizar a atuação do Direito Penal, não mais somente a partir da perspectiva do ordenamento jurídico, mas tendo em conta também a perspectiva do autor. Para ele, “o injusto não pode ser definido satisfatoriamente sem levar em conta o elemento subjetivo, as representações do autor”<sup>133</sup>.

A perspectiva do autor diz respeito ao aspecto subjetivo do delito que deve ser analisado de forma conjunta com as proposições normativistas e corresponde a uma posição moderada. Esta crítica propõe o seguinte questionamento: o conhecimento do autor é requisito de imputação ou o que interessa para a imputação por omissão é a competência do autor?

Neste sentido Cuello Contreras admite que, embora se deva utilizar de critérios de imputação objetiva para a determinação da responsabilidade, esta não pode sozinha ser definida sem a consideração acerca de conhecimentos especiais que o autor deve possuir. Para ele, será determinante, além dos critérios de imputação objetiva, o elemento subjetivo para que ao autor somente seja imputado o tipo objetivo por ele representado<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> “el injusto no se puede definir satisfatoriamente sin tener en cuenta el elemento subjetivo, las representaciones del autor” (CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18, p. 01:4, tradução nossa).

<sup>134</sup> Ibidem, p. 01:7.

Discorda, portanto, frontalmente da concepção que leva em consideração a perspectiva do ordenamento jurídico, sobretudo a posição de Jakobs, segundo a qual a competência organizativa é o fundamento da imputação, ou seja, atribui-se a atuação típica àquele que detinha o dever de impedir o resultado, com base nas expectativas sociais sobre a competência daquele indivíduo. Segundo a concepção da perspectiva do autor, o conhecimento deste, mais do que a sua organização ou competência, é que deverá ser o fator determinante para a imputação por ação ou omissão, podendo, inclusive incidir em erro de tipo ou erro mandamental, caso o autor possua a competência organizativa, mas desconheça os elementos do tipo ou a sua posição de garantidor sobre o bem tutelado.

Para ele, a superação da concepção da conduta pré-jurídica é necessária, mas a funcionalização deve ter em conta a perspectiva do autor, ou seja, no momento de concretizar normativamente os casos que fundamenta a imputação, o primeiro critério de imputação deve ser o elemento subjetivo, pois o caso mais claro de imputação penal é a intencionalidade<sup>135</sup>.

Contrário a um sistema orientado ao autor, Schünemann<sup>136</sup> entende que num sistema de Direito Penal do fato, é inadequado introduzir critérios do autor no conceito sistemático básico, mas admite que a natureza das coisas exerce certa influência na formação dos conceitos da investigação jurídica, mas esta “relevância jurídica da natureza das coisas só pode ser elucidada por referência a uma magnitude normativa”<sup>137</sup>.

Do mesmo modo, a concepção organizativa da conduta não deixa margem ao conhecimento como fundamento da imputação penal, pois esta não pode se basear no efetivo conhecimento que determinado indivíduo possua acerca de uma conduta, mas no dever de impedir um resultado típico a partir da sua organização. Nas palavras de Jakobs “um conhecimento sem o dever de conhecer seria um elemento ajurídico do delito, a ser definido de maneira totalmente psicológica”<sup>138</sup>.

Amparado nesta conclusão, se coaduna a responsabilização penal no contexto moderno em que se torna impossível conhecer todos os aspectos que envolvem determinada atividade e, por outro lado, o conhecimento nem sempre diz respeito à efetiva competência

---

<sup>135</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18, p. 01:14.

<sup>136</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 61.

<sup>137</sup> “La relevancia jurídica de la naturaleza de las cosas sólo puede dilucidarse mediante una referencia a una magnitud normativa” (Ibidem, p. 69, tradução nossa).

<sup>138</sup> “un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica” (JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997, p. 64, tradução nossa).

sobre a organização de uma fonte produtora de risco. Portanto, fazendo coro com Jakobs, defende-se a prescindibilidade do conhecimento especial para fundamentar a imputação, permanecendo, por outro lado, certo dever de adquirir conhecimento sobre eventuais condutas de terceiros<sup>139</sup>, que é o que fundamenta a vigilância e fiscalização (consequência do princípio de desconfiança) da conduta de funcionários na atividade empresarial.

Além destes fundamentos da imputação penal por omissão, a posição de garantidor é, dentre todas, a questão mais controvertida e, portanto, necessário dedicar maior atenção sobre o seu fundamento.

---

<sup>139</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356, p. 348.



#### **4 A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO EMPRESÁRIO**

As hipóteses que fundamentam a posição de garantidor são expressas desde a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, que estabeleceu como fontes da posição de garantidor a previsão legal, a assunção de responsabilidade e a criação do risco da ocorrência de um resultado. A previsão expressa da posição de garantidor foi alvo de críticas, sobretudo por não guardar correspondência com a realidade material, a saber, a relação fática entre o sujeito e a fonte de perigo. Recentemente, no entanto, se identificou uma necessidade ainda maior de fundamentar o alcance da previsão legal do art. 13, § 2º do Código Penal, quando a conduta penalmente relevante ocorre no seio de organizações empresariais, que tem como principal característica a distribuição e divisão de funções.

A organização empresarial faz surgir novos tipos de garantidores, obrigados a impedir resultados lesivos que possam surgir em razão da sua atividade e, portanto, às antigas críticas às fontes formais da posição de garantidor, somam-se as dificuldades trazidas pelas atribuições de responsabilidades disseminadas pelos mais distintos setores das organizações empresariais, que, de forma crescente, tem se especializado e condicionado a sua existência à forma difusa de atribuição de encargos.

O modo como são organizadas as responsabilidades no seio das empresas envolve divisão de funções e delegação de funções. A divisão de funções diz respeito à estruturação horizontal de compartilhamento de funções, seja entre órgãos colegiados, ou entre administradores que ocupam o mesmo grau de hierarquia e poder de decisão e, neste sentido, é necessário determinar se, nas estruturas horizontais de divisão de competências, uns podem ser garantidores com relação aos demais. A delegação de funções, por sua vez, pressupõe a verticalização da sociedade empresária e diz respeito à responsabilidade do superior hierárquico como garantidor pelos atos realizados por seus subordinados, e o mais importante aqui é discutir se com a delegação se transfere para o delegado a posição de garantidor, ou se o sujeito delegante permanece responsável pelos atos de seus delegados e demais pessoas envolvidas na execução da função delegada.

Há, portanto, uma nova relevância dada à omissão, pelo surgimento de novos papéis de garantidores atribuídos aos empresários, fazendo-se necessário desenvolver mecanismos dogmáticos passíveis de alcançar os verdadeiros responsáveis pelo desenvolvimento de resultados típicos em consequência do desenvolvimento da atividade empresarial.

#### 4.1 O GARANTIDOR NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Somente a algumas pessoas é atribuído o dever de agir para impedir determinado resultado lesivo. Tal dever, como visto, não é dado em razão do conhecimento especial ou ainda do poder de agir para evitar o dano, pois a obrigação de impedir o resultado, fundamento do crime de omissão imprópria, somente recai sobre quem possui uma relação especial com o bem jurídico tutelado ou domínio sobre uma fonte de perigo e a estas pessoas é atribuída a posição de garantidor.

Nos crimes de omissão imprópria o que acontece é que, por vezes, o agente não atua de modo causal, mas ainda assim a sua atuação possui efeitos externos e o resultado é atribuído à sua omissão. Esta atribuição especial encontra na doutrina fundamentos como a confiança, ou a competência exclusiva de atuação do garantidor, ou, ainda, as relações de solidariedade que regem a sociedade.

Figueiredo Dias<sup>1</sup> defende que a posição de garantia, ao decorrer de um dever jurídico especial, pressupõe uma relação de confiança de que o garante agirá de modo adequado a evitar o resultado. O dever não é geral, mas pessoal e vincula a pessoa do garantidor à proteção do bem jurídico ou a fiscalização das fontes de perigo.

Para Jakobs<sup>2</sup>, por sua vez, o fundamento da imputação penal será a posição de garantidor que tal indivíduo possui, pois a alguns indivíduos é atribuído um dever de agir tendo em vista que o caminho que conduz ao resultado delitivo não é acessível para outros, há que existir, portanto, uma interação entre o garantidor e o bem jurídico a ser protegido. E a atribuição do dever de garantia deriva do reconhecimento da existência de uma ética da responsabilidade<sup>3</sup> entre as pessoas que vivem em interação social. Esta ética da responsabilidade é o que fundamenta a imputação por omissão, partindo de uma necessária limitação da liberdade individual para garantir o convívio com o outro:

A ética da responsabilidade, assim, exige que a razão determinante da ação ou omissão do ser humano seja a dignidade humana, o cuidado de si e o cuidado com o outro, com o ser humano, com base em sua reflexividade e reflexão, antecipando as consequências de suas ações ou omissões, cujo risco é a estas inerentes na sociedade contemporânea, com o desiderato de não lesão ou ameaça de lesão a bens jurídico-penais. Afeita à liberdade externa e à ação externa em uma perspectiva relacional, a ética da

---

<sup>1</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 933-934.

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal: Dois estudos de Günther Jakobs**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 7.

<sup>3</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 259.

responsabilidade aplicada ao Direito, assim como ocorre com a moral em sentido amplo, implica o amor, referente ao fim do outro, e o respeito, relacionado com o direito do outro<sup>4</sup>.

A delimitação da posição do garantidor é matéria fundamental no estudo da omissão imprópria, pois a imputação penal dependerá da atribuição a determinado indivíduo dos deveres de garantia, o que deve ser feito “com a clareza e a determinabilidade suficientes para responder às exigências jurídico-constitucionais do *nullum crimen sine lege*”<sup>5</sup>. A determinação da posição de garantidor não pode vir do direito consuetudinário, como já se tentou justificar<sup>6</sup>, pois a relevância penal do dever jurídico é um problema jurídico-penal e para fundamentar a posição de garantidor três teorias – formal, material e formal-material – tentam identificar a fonte de onde se origina tal posição. A teoria formal busca a segurança da identificação da posição de garantidor em fontes estáveis, a saber, a lei, o contrato e a ingerência, enquanto a teoria material busca um fundamento de justiça que corresponda com a realidade fática; e, como meio termo, surge uma teoria formal-material que parte da adoção de fontes formais como ponto de partida que fornece segurança jurídica e, como forma de limitação da posição de garantidor, esta teoria utiliza o fundamento de adequação à realidade.

#### 4.1.1 A teoria formal da posição de garantidor: necessária superação da atribuição de responsabilidade decorrente das fontes formais

Feuerbach<sup>7</sup> dividiu as obrigações dos indivíduos entre originárias, ou seja, as obrigações de não lesionar o outro, e não originárias, que seriam a obrigação de ajudar o outro, e entendia que esta última obrigação deveria decorrer de um fundamento jurídico especial. A obrigação não originária seria uma forma de exceção à regular atuação do Estado sobre a conduta do indivíduo que, num entendimento liberal, deveria basear tão somente em proibir ações lesivas. Para aquele autor, o fundamento especial de punir uma omissão como forma lesiva de conduta, por ser excepcional, deveria decorrer da lei e do contrato e fora deste especial fundamento jurídico não poderia haver crime por omissão. Neste mesmo sentido,

---

<sup>4</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 255.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 933.

<sup>6</sup> Schünemann demonstra algumas tentativas de justificar as fontes da posição de garantidor com base no costume, mas estas tentativas foram afastadas pela doutrina. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 100).

<sup>7</sup> apud JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18.

Liszt<sup>8</sup>, ao definir a omissão como o não empreendimento de uma ação determinada e esperada, reconhecia que a responsabilidade por omissão decorria do descumprimento de um dever originado, em primeiro lugar, por um preceito positivo contido na ordem jurídica, penal ou extrapenal (lei ou contrato), ou, em segundo, pela ação anterior que torna a ação posterior, de impedir o resultado, esperada.

Esse posicionamento foi largamente adotado pela doutrina e, inclusive, pelo nosso Código Penal<sup>9</sup>, que posteriormente adicionou a ingerência aos mencionados critérios formais de fundamentação da posição de garantidor (lei e contrato), prevendo que se a situação de perigo foi criada por uma ação precedente do agente, esse teria abraçado a responsabilidade de impedir o resultado.

O posicionamento formal das fontes do dever de garantidor implicava o entendimento de que o dever é jurídico, e não oriundo de deveres sociais ou morais. E esboçando uma preocupação quanto ao estrito atendimento ao princípio da legalidade, o pensamento penal que inspirou a reforma da parte geral do Código Penal vislumbrava a posição de garantidor, sobre quem recairia a responsabilidade pelo atuar, a partir da lei, da assunção da responsabilidade de impedir do resultado, ou, ainda, da atuação prévia geradora de risco.

Esta previsão expressa é entendida como uma cláusula de equiparação, criada com o fim de preencher o déficit de legalidade dos crimes de omissão imprópria, tendo em vista que, à diferença dos crimes comissivos e dos crimes de omissão própria, não há descrição típica expressa da conduta, ou seja, a punição de uma omissão a partir dos tipos penais comissivos exige, para tanto, um dispositivo que autorize tal responsabilidade, bem como que identifique os indivíduos a quem a imputação por omissão poderá ser direcionada. A doutrina afeta à posição formal defende que somente através de uma cláusula de equiparação é possível identificar o círculo de autores dos crimes omissivos impróprios<sup>10</sup>, uma vez que eles não possuem descrição típica, como os delitos de omissão própria.

A noção formal da posição de garantidor entende que a cláusula geral de equiparação é, também, fundamental para que o bem jurídico não reste desprotegido. Isto porque pela proibição de analogia, como desdobramento do princípio da legalidade, a imputação penal somente é possível através do tipo comissivo, o qual é ineficiente para completa tutela do bem

---

<sup>8</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 208.

<sup>9</sup> Após a doutrina sustentar por algum tempo estas fontes formais, a lei penal passou prever de forma expressa este conteúdo originário das fontes do dever de garantia, sendo a previsão do art. 13, § 2º do nosso Código.

<sup>10</sup> Não somente os adeptos da concepção formal da posição de garante, mas o que defendem uma posição formal-material defendem a importância da cláusula de equiparação. Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo.

**Direito penal:** parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 916.

jurídico, por esta razão se defende a necessidade da cláusula de equiparação que permite que o tipo esgote o âmbito do punível, o que é feito pela norma através do mandato de agir<sup>11</sup>.

A falha da posição formal vem da ausência de correspondência com a realidade fática, podendo ser por vezes muito restrita, deixando de abarcar inúmeras situações da vida em que a pessoa possui de fato domínio sobre a fonte produtora de perigo, e por outro lado, pode ser por demais extensiva, pretendendo incluir circunstâncias que faticamente não se encontram sob o domínio do agente, a quem a fonte formal atribui o dever de agir. A adoção de tal posição foi abandonada logo que a compreensão naturalista e positivista do direito foi substituída por uma matriz de referência a valores<sup>12</sup> e se identificou que o critério formal era desprovido de conteúdo, pois o dever jurídico criado era dissociado de elementos materiais.

Ainda que o dever de agir decorra diretamente da lei, tal dever pode não fundamentar sempre a posição de garante. Com efeito, em crítica à teoria formal, Jakobs<sup>13</sup> expõe a dificuldade de identificar qual seria o mencionado fundamento especial defendido por Feuerbach, ao fundamentar, primeiramente, na lei a fonte da posição de garantidor. Isto porque a simples previsão legal não significa, em primeiro lugar, que esta lei seja legítima, sobretudo quando se refira a uma lei extra-penal ou, ainda, que seja evidente a importância deste dever a ponto de ser punido da mesma forma que uma comissão.

Conforme já abordado no capítulo anterior, há na legislação brasileira previsões legais em que se atribui a certa posição dentro das empresas (administradores, diretores, gerentes) a posição de garantidor. Ocorre que a complexidade das organizações empresariais, maior ou menor conforme o tamanho da organização ou ainda conforme o tipo de organização, vai além do quanto previsto na norma, e a função atribuída a determinada pessoa ocupante de um cargo nesta empresa nem sempre reflete a competência sobre o âmbito que envolve a fonte de risco.

O contrato, por sua vez, é tradicionalmente referido como fonte do dever de garantidor, mas esta referência não quer dizer respeito a um contrato formal ou escrito, mas ao fato de ter o sujeito se colocado na posição de garantidor, ou seja, diz respeito à assunção fática de responsabilidade. A crítica feita ao “contrato” como fonte formal da posição de garantidor reside no fato de que nem sempre o acordo entre partes corresponde à assunção

---

<sup>11</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p. 100.

<sup>12</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 935.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 23.

fática da responsabilidade<sup>14</sup>. O contrato, como a manifestação das vontades individuais das partes, não pode ser suficiente para gerar uma obrigação penal que possa ser equiparada à ação típica, pois o "arbitrio comum não outorga por si só um fundamento para a punição estatal"<sup>15</sup>.

Neste sentido é a previsão do nosso Código Penal que não limitou o dever de garante à existência do contrato, mas o atribuiu a quem "assumiu a responsabilidade de impedir o resultado"<sup>16</sup>, o que, como forma de superação do conceito estrito de "contrato", permite a interpretação segundo a qual o garantidor é aquele que faticamente assumiu, de forma voluntária, esta condição<sup>17</sup>. A responsabilidade pela assunção de uma tarefa prescinde de um contrato válido, e tem seu real fundamento na diminuição da proteção do bem, causada pela sua assunção de responsabilidade<sup>18</sup>. O vínculo, portanto, que une o garantidor ao bem jurídico é baseado na confiança e não em mera deliberação das partes, pois quem assume, organiza, ou seja, aquela função passa a fazer parte da sua organização, cabendo-lhe, portanto, a responsabilidade pelo resultado.

Esta assunção de responsabilidade há que ser fática, mas antes, também jurídica. Isto porque a assunção fática da competência de terceiro nem sempre transfere a esfera de competência para ele, como é a hipótese da delegação, muito comum no âmbito das atividades empresariais, e, por esta razão, deve haver a assunção jurídica – ou de um status de organização perante a ordem jurídica – através da qual a pessoa assume uma posição que lhe confere a obrigação de atuar.

Por outro lado, uma atuação prévia pode gerar o dever consequente de agir, que é a hipótese de ingerência, pela qual a criação do risco da ocorrência do resultado faz do indivíduo omitente o encarregado de agir visando evitar o resultado, embora esse não tenha, seja por lei ou por assunção de responsabilidade, a obrigação prévia de agir.

A ingerência é fruto de uma construção jurisprudencial e posteriormente foi abarcada pelos códigos penais<sup>19</sup> e traduz a ideia de que o criador de um risco de um resultado lesivo

---

<sup>14</sup> Um exemplo geralmente fornecido pela doutrina para demonstrar a fragilidade do fundamento do contrato, diz-se da babá que, embora tenha aceitado o emprego e, com este, o encargo dos cuidados de uma criança, não comparece no trabalho acaba não assumindo faticamente a responsabilidade pela vida e segurança da criança que, contratualmente, estaria aos seus cuidados.

<sup>15</sup> "arbitrio común no outorga per se un fundamento para la pena estatal" (JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 23, tradução nossa).

<sup>16</sup> Art. 13, §2º, "b", do Código Penal.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174.

<sup>18</sup> JAKOBS, op. cit., p. 36.

<sup>19</sup> Hipóteses da alínea "c" do art. 13, §2º, do nosso Código Penal.

deve assegurar que esse não venha a ocorrer. O fundamento desta forma de punição da omissão, com a mesma pena do delito comissivo, reside no fato de que a norma descumprida pelo atuar precedente já vem com o conteúdo implícito de evitar que um perigo resulte deste atuar perigoso. Há, ainda, quem vincule a obrigação de agir pelo atuar precedente a uma norma geral de obrigação de evitar o resultado, com base no fato de que sem a sua atuação o resultado não teria ocorrido, ou como consequência da perturbação da ordem de proteção<sup>20</sup>.

A principal crítica à ingerência como fundamento da posição de garantidor é a indeterminação da sua extensão, já que o atuar precedente gerador do vínculo formal de garantia não resta claro do comando legal, o qual prevê que ocorre a ingerência quando, com o “comportamento anterior”, o sujeito cria o risco da ocorrência do resultado. A dificuldade com relação a esta fonte formal do dever de garantia, segundo Figueiredo Dias, reside na dificuldade de “saber quais os requisitos que deve assumir o facto anterior perigoso para que ele possa desencadear a responsabilidade do agente a título de comissão por omissão”<sup>21</sup>.

A partir da constatação da ausência de causalidade naturalística, o atuar precedente encontra dificuldades em se fundamentar como critério, por si mesmo gerador de uma posição de garantidor. Ademais, como já mencionado anteriormente, a mera infração de um dever é insuficiente para determinar a posição de garante da omissão imprópria, mesmo porque em muitos crimes de comissão e nos de omissão própria há infração de dever.

Conforme crítica de Jakobs<sup>22</sup> à ingerência, a necessidade de uma atuação precedente é, na verdade, a soma de uma ação anterior causal não dolosa, com uma omissão não causal dolosa, o que significa dizer que esta forma de conduta não constitui um delito homogêneo e sim duas metades heterogêneas. Por esta razão é que se sustenta que o mais determinante para fundamentar a posição de garantidor é a relação do autor com o bem jurídico, e não a mera infração de dever ou o fundamento da causalidade entre a ação anterior com o risco da ocorrência do resultado.

Portanto, o critério formal da ingerência como fundamento da omissão imprópria pelo atuar precedente deve ser substituído pela noção (mais ampla) de cuidado de uma fonte de perigos frente a danos que dela possa derivar e “neste sentido, o importante será se o autor

---

<sup>20</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal, **ADPCP**, T. XXIII, Fasc. I, Enero-Abril 1970, pp. 35-48, p. 40.

<sup>21</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 936.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26.

tem o domínio do âmbito dentro do qual o resultado típico foi produzido”<sup>23</sup>. E a melhor abordagem desta noção de domínio é a ideia de competência, ou organização, pois exige uma atuação sobre a fonte de perigo custodiada pelo autor que gera um dever de evitar o resultado<sup>24</sup>. E é, com efeito, mais ampla do que a ingerência, pois independente do atuar prévio e se baseia no âmbito de competência como fundamento da posição de garante.

Assim, o caminho mais acertado no que diz respeito à ingerência como fonte da posição de garante é a ideia segundo a qual o atuar prévio que gera o dever de agir para impedir o resultado decorre da proibição de abandonar o domínio sobre a própria organização e deixar que as coisas sigam seu curso<sup>25</sup>.

Parece ser unanimidade que o atuar prévio diga respeito a uma conduta antijurídica<sup>26</sup>. No contexto empresarial, isto equivale a dizer que a mera constituição de uma sociedade empresária – reconhecidamente uma atividade de risco – não pode ser entendida como atuar prévio a fundamentar a posição de garante por ingerência do empresário, visto que se encontra dentro da esfera do risco permitido e tolerado. A criação da sociedade empresária se refere muito mais à assunção de que esta atividade não resultará em risco proibido. A ingerência, portanto, não fundamenta por si só a posição de garantidor do empresário se ele permanecer no cumprimento regular das suas funções de administração.

Pode ocorrer, no entanto, que no desenvolvimento da atividade da empresa um indivíduo, no exercício da sua competência, atue extrapolando o limite do permitido. Neste caso, em tese, poderia ser atribuída a posição de garante por ingerência ao indivíduo que originariamente, ou seja, na constituição daquela fonte de risco, não assumiu o encargo de proteção e vigilância, mas que, por sua atuação antijurídica, passou a integrar dentro da sua esfera de competência o dever de impedir a consumação do resultado atribuído à sua atuação prévia. Ocorre que no desenvolvimento das atividades empresariais, a causalidade perde ainda

---

<sup>23</sup> “en este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio del ámbito dentro del que se ha producido el resultado típico” (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal, **ADPCP**, T. XXIII, Fasc. I, Enero-Abril 1970, pp. 35-48, p. 43, tradução nossa).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25.

<sup>26</sup> “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”. (ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121). A exigência da atuação antijurídica deve constituir a regra, sendo que o fundamento da imputação a partir da organização que deve deixar livre de danos a organização alheia implica que, por vezes, o risco dentro do permitido, mas que se configure num risco especial, implicará também no dever de agir para impedir o resultado- esta hipótese foi tratada aqui neste trabalho anteriormente.



mais a força, sendo difícil a definição do responsável pela atuação anterior antijurídica, pois, especialmente nas grandes organizações empresárias, muitas vezes quem possui uma função na empresa não criou diretamente o perigo através de um atuar prévio.

Neste aspecto, Estellita<sup>27</sup> entende que em tais situações problemáticas não é possível fundamentar a posição de garantia somente com base no atuar prévio, ou seja, na ingerência, mas sim num misto entre assunção e ingerência. Em concordância, sustentaremos que no contexto empresarial devem permanecer a lei e a assunção como fonte formal da posição de garantia, com uma necessária correspondência material.

#### 4.1.2 As fontes materiais como critério de justiça

Segundo um conceito material, a fonte do dever de garantidor é oriunda de critérios de justiça. A posição de garantia não advém de fontes formais preestabelecidas, mas sim da relação que o sujeito possui com o bem jurídico penal ou com a fonte de perigo, da qual surgem expectativas de proteção ou vigilância.

Os fundamentos materiais seriam fatores sociais, como do bem jurídico que o garantidor deveria proteger contra todos os perigos, e a proximidade com a fonte de perigo, independente de quais bens jurídicos são ameaçados por esta fonte de perigo. Segundo a concepção de Kaufmann<sup>28</sup>, que ficou conhecida como teoria das funções, os deveres do garantidor podem decorrer da função de proteção de bem jurídico ou da função vigilância de uma fonte de perigo. Os deveres de proteção ou assistência implicam no impedimento de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico e esta função geralmente, mas não exclusivamente, se atribui segundo as obrigações previstas em lei ou no contrato. Os deveres de vigilância ou controle decorrem de uma função de supervisão que o garantidor possui, seja pelo domínio sobre a fonte de perigo, ou pela posição derivada de relações especiais de confiança<sup>29</sup>.

A teoria material da posição de garantidor tem a pretensão de se adequar melhor à realidade fática e, com isto, tem uma aplicação limitadora de determinadas posições de garantia atribuídas pelas fontes formais, no entanto, por outro lado, permite que em alguns casos a interpretação seja feita de forma expansiva, estendendo a posição de garantidor a

---

<sup>27</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 125.

<sup>28</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

<sup>29</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 274.

peças e em circunstâncias não abarcadas pelas fontes estritamente formais. A doutrina tem superado a noção formal e se esforçado para fundamentar as fontes do dever de garantia, explicando os elementos que integram os mencionados deveres de proteção e vigilância, com vistas a abarcar todas as possíveis circunstâncias que podem originar para uma pessoa a posição de garantidor e conseqüente dever de agir.

Neste sentido, Figueiredo Dias<sup>30</sup> subdivide o dever de proteção (ou dever de assistência) em deveres de solidariedade natural para com o titular do bem jurídico, que são aquelas relações familiares; ou ainda em deveres advindos de uma estreita relação de comunidade, que são as chamadas comunidades de risco, a exemplo da prática de esportes perigosos que gera um perigo sobre o qual determinada pessoa tem o dever jurídico de agir; e, por fim, há deveres decorrentes da assunção voluntária de uma situação de custódia ou assunção de função de guarda e assistência do bem jurídico, que é uma interpretação mais expansiva do fundamento formal do “contrato”, corrigidas as falhas da teoria formal.

Os deveres de proteção oriundos de relações familiares ou de estreitas relações de comunidade pressupõem a existência de relações fáticas, ou uma “proximidade sócio-existencial”<sup>31</sup>, que fundamente a relação do garantidor com o bem jurídico, com real dependência deste em relação àquele. Jakobs, no entanto, critica esta classificação aduzindo que nem sempre a proximidade de uma relação implica na obrigação de garantia. Para ele, o que é definitivo é a existência de uma confiança especial que decorre de funções específicas, que obrigam a deveres positivos para manutenção da constância das relações sociais (próximas ou não): “Quem se uniu, pois, a outro numa comunidade de risco – trata-se de uma estreita comunidade de vida ou mesmo de um matrimônio – ou aquele que antes da necessidade aceitou proteger a outra pessoa para o caso de necessidade, pode ser obrigado pelo direito a permanecer nessa função na situação de necessidade”<sup>32</sup>.

O fundamento da posição de garantidor em razão de assunção fática da função de garantia é a confiança que o titular do bem jurídico deposita no garante, inclusive se sujeitando a riscos acrescidos, ou mesmo dispensando qualquer outra proteção. Há, portanto, um fundamento material da interpretação expansiva das formas de assunção de responsabilidade que implica na confiança depositada no agente que assumiu a referida função, pois a ausência desta confiança tornaria a vida em comunidade impossível e geraria uma necessidade de constante vigilância sobre as atividades mais corriqueiras dos demais. Por

---

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 942.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 939.

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 24.

esta fonte do dever de garantia não se deve entender que o dever jurídico decorre de meras obrigações morais ou sociais, mas a assunção do dever é que inspira uma relação de confiança sobre a qual se fundamenta uma sociedade.

Além da interpretação extensiva quanto aos deveres de proteção, também os deveres de vigilância ganham novos elementos que o integram. Assim, são elementos da vigilância, em primeiro lugar, a ingerência, ou dever de obstar à verificação do resultado por força de uma ação anterior perigosa<sup>33</sup>. Aqui, entretanto, resta a mesma dificuldade já anteriormente apontada, pois a ingerência como fonte da posição de garantidor ainda depende da fundamentação dos requisitos da ação anterior originadora do dever de agir: se somente por meio de uma ação ou, também, se é possível que o atuar prévio se dê a partir de uma omissão; além dos requisitos gerais de imputação objetiva, como a criação de risco proibido e mesmo se criado tal risco, o resultado típico deve decorrer do risco efetivamente criado, e não de outro, bem como o fim de proteção da norma.

O segundo fundamento que integra o dever de vigilância é o dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio ou, como é chamado, a responsabilidade pela situação. O dever decorre do fato de que a comunidade precisa confiar que quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio, acessível a outras pessoas, deve também dominar os riscos que daí podem resultar<sup>34</sup>. Neste sentido, é a responsabilidade pelo produto, pois quem fabrica medicamentos, cosméticos, produtos alimentares, detém uma posição de domínio sobre o produto e por isto ocupa a posição de garantidor sobre eventuais riscos deste produto.

Schünemann justifica a concepção material da posição de garantidor a partir do domínio que cada indivíduo possui sobre o seu próprio corpo como domínio da causa do resultado. Desse modo, possui a função de garantia aquele que detém domínio sobre uma fonte de perigo como causa essencial do resultado. Segundo ele,

A pessoa psicofisicamente intacta domina seus movimentos corporais de uma maneira que minimiza e medeia qualquer outra influência; os movimentos corporais com relevância penal (ou seja, os evitáveis) têm seu fundamento determinante para a imputação [...] no domínio do centro pessoal<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 945.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 947.

<sup>35</sup> “La persona psicofisicamente intacta domina sus movimientos corporales de una manera que minimiza y mediatiza cualquier otra influencia; los movimientos corporales con relevancia penal (esto es, los evitables) tienen su fundamento determinante para la imputación [...] en el dominio del centro personal”. (SCHÜNNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia:** Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 282, tradução nossa).

Esta fundamentação da posição de garantidor feita por Schünemann é consequência da superação da causalidade naturalista, pois sedimenta que a responsabilidade penal não se restringe ao movimento corporal, mas ao princípio superior de imputação, que deve ser atribuída àquele que exerce o domínio sobre o fundamento do resultado<sup>36</sup>. A partir deste fundamento de imputação da ação ele apresenta como elemento de equiparação entre ação e omissão o domínio sobre o motivo do resultado. À semelhança da divisão feita por Kaufmann, ele subdivide o domínio sobre a causa do resultado em um critério com base em relações de guarda pelo desamparo do bem jurídico, como a desproteção da vítima e, ainda, no domínio material sobre o foco dos perigos.

Semelhantemente, Greco e Assis<sup>37</sup> classificam a noção de garantidor com base em fontes materiais a partir do controle sobre uma fonte de perigo, e diferencia, no âmbito da empresa, dois deveres do garantidor, de vigilância que recai sobre produtos e de proteção destinado a pessoas em geral e funcionários. De fato o dever do empresário que ocupa a posição de garantidor envolve tanto produtos como pessoas, mas esta classificação, parece limitada por não abarcar a situação completa, pois na verdade a função de proteção abrange o dever de impedir efetivamente que o bem jurídico seja lesionado, independente se se trate da integridade ou vida das pessoas, quanto seu patrimônio, ou bens jurídicos coletivos. O âmbito desta proteção envolve qualquer que seja o perigo que ameace afrontar o bem jurídico cuja tutela depende da ação do garantidor. A função de vigilância, por sua vez, obriga à ação para conter o risco causado sobre uma fonte de perigo por ele gerida, independente de quais bens jurídicos venha a afetar.

O domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvido por Schünemann e seguido por boa parte dos doutrinadores, tem o mérito de abarcar deveres de vigilância e de asseguramento e, no âmbito da empresa, atribuir a posição de garante a quem possui o domínio sobre a vigilância da atuação dos subordinados ou de produtos perigosos. Nos filiamos, também, aos aspectos apontados por Schünemann no que diz respeito ao domínio como fundamento dos mencionados deveres de proteção e vigilância.

Esta ideia, no entanto deverá ser complementada com a consideração acerca da organização individual do garantidor, pois as funções de proteção e vigilância não podem

---

<sup>36</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 286.

<sup>37</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-121, p. 110.

decorrer apenas da assunção fática. A ideia de domínio isolada, sem a necessária subordinação ao âmbito de organização do indivíduo, pode acabar atribuindo relevância central à possibilidade de agir, por sustentar que os indivíduos que adotaram faticamente a posição de domínio sobre a fonte produtora de risco são garantidores pelos atos lesivos ocasionados por tais fontes.

Com efeito, Estellita, adepta à posição de Schünemann, parece tratar o domínio como sinônimo da possibilidade de agir, e isto é percebido, por exemplo, na sua proposta de averiguação da responsabilidade dos empresários, para a qual se deve partir dos graus hierárquicos inferiores de onde se originou diretamente a conduta causadora do resultado típico e ir passando por todos os níveis da empresa, de baixo para cima, ou seja, em direção ao topo da empresa, o que resultará, em suas palavras, na “redução progressiva da intensidade do domínio até seu desaparecimento, quando não há mais possibilidade de intervenção concreta”<sup>38</sup>.

A possibilidade de agir, entretanto, não pode ser sinônimo do dever de garante e o domínio nem sempre reflete a ideia de dever jurídico de agir para impedir o resultado. Desta forma, o domínio sobre o fundamento do resultado pode servir de critério indicativo da responsabilidade por omissão, desde que seja acompanhado do dever jurídico (não apenas fático) de agir para impedir o dano.

Quem melhor aborda sobre o dever jurídico do garantidor é Jakobs, que propõe que a posição de garantidor parte do rol de organização do indivíduo. Sua posição também é englobada entre aqueles que adotam uma postura material, pois há a preocupação de que a posição de garantidor diga respeito às efetivas funções assumidas pelo indivíduo. Ele divide a posição de garantidor entre deveres de organização e deveres institucionais para fundamentar a imputação, seja por ação, seja por omissão. Para esse autor, os delitos comissivos e omissivos se fundamentam na frustração da expectativa de que cada indivíduo agirá em conformidade com o seu âmbito de atuação, sem interferir na esfera de organização alheia. Todos os delitos têm como fundamento, portanto, o descumprimento da sua posição de garantidor.

A posição de garantia, com base na organização, deriva de duas principais formas de dever, a saber, os deveres de asseguramento e os deveres de salvamento. Os deveres de asseguramento de trânsito, ou de convivência adequada, dizem respeito à garantia de que a

---

<sup>38</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 62.

própria esfera de organização não representará riscos não permitidos aos demais. Tais deveres implicam em que todo aquele que possui sobre sua responsabilidade certa esfera de organização deve assegurar que desta não desprendam riscos que excedam o nível do permitido ou tolerável<sup>39</sup>, ou seja, é o asseguramento de que não se introduzam riscos na sua organização. Os deveres de salvamento, por sua vez, se dividem em salvamento por assunção ou por ingerência. O dever de salvamento por assunção ocorre quando a organização de outrém diminui a sua segurança, enquanto que o salvamento por ingerência surge por ter o agente interferido na esfera alheia, dando causa a um risco de lesão<sup>40</sup>.

Ao lado dos deveres de organização, que decorrem da obrigação negativa, fundamental na sociedade, de não lesionar a outrem, deve haver nesta sociedade a vinculação a deveres positivos, os quais decorrem da necessidade de se recorrer a instituições sociais para a construção de um mundo em comum com o outro. Esses deveres positivos são denominados por Jakobs de deveres institucionais, pois não decorrem do modo como o indivíduo gere a sua esfera de organização, mas no estabelecimento de uma relação de confiança em um determinado instituto do qual a sociedade depende, tais como as relações de pais e filhos, as relações estatais de poder ou os fins estatais e as funções policial e de administração da justiça<sup>41</sup>.

Não nos ocuparemos da discussão sobre os deveres institucionais, pois excedem o objeto de estudo do presente trabalho, ao envolver deveres positivos fundamentais para a manutenção das mais básicas relações sociais, dentre as quais entendemos que não estão abrangidas as responsabilidades do empresário. Para fundamentar a posição de garante destes, a melhor contribuição fornecida por Jakobs diz respeito aos deveres de organização.

Dentre os mencionados deveres de organização, geradores da posição de garantidor, observamos que aqueles que se referem ao asseguramento são equivalentes à fonte formal “lei”, por dizer respeito a deveres e obrigações originárias, referidas ao próprio âmbito de atuação do indivíduo. Por sua vez, os deveres de salvamento por assunção representam a fonte formal de assunção da responsabilidade de impedir um resultado e, de igual modo, os deveres de salvamento por ingerência são expressamente tratados em nosso Código Penal, pela criação do risco da ocorrência do resultado. A doutrina de Jakobs, neste sentido, pode fornecer elementos materiais para a postura formal adotada por nossa legislação, sendo possível falar em uma posição formal-material como adequada ao ordenamento brasileiro.

---

<sup>39</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 38.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 42-46.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 17-25.

#### 4.1.3 As fontes formais-materiais da posição de garantidor

A posição formal-material acrescenta à fonte formal a necessária correspondência material: trata-se de uma solução intermediária que visa limitar o alcance do dever de garantia, o qual somente existe se circunscrito às hipóteses da teoria formal, ou seja, a lei, o contrato (ou assunção fática da responsabilidade) e a ingerência, desde que verificado a posteriori se houve correspondência material.

A posição intermediária propõe a correção dos equívocos da posição formal, sem abrir mão da segurança jurídica da previsão expressa na cláusula de equiparação, com a informação taxativa das hipóteses geradoras da posição de garante.

Neste sentido já direcionava a doutrina de Welzel<sup>42</sup> que sustentava que ao lado da lei, do contrato e da ingerência, a posição de garante poderia se fundar numa especial relação de lealdade, da qual se espera a evitação de determinados perigos, como consequência das relações da vida social que são baseadas numa confiança recíproca. É esta, também, a posição de Figueiredo Dias, para quem a manutenção das fontes formais é uma forma de garantia do *nullum crimen sine lege*, que, todavia, deve ser complementada pelos critérios materiais, como forma de valoração autônoma da ilicitude material. Ao lado das categorias identificadas por Armin Kaufmann de deveres de proteção e vigilância, a posição formal-material tem a vantagem, segundo Figueiredo Dias, de o legislador assinalar “a essencialidade de a situação concreta passar pelo crivo da cláusula de equiparação e do plano em que se precipita o dever de garante”<sup>43</sup>. Esta posição formal-material, que leva em conta tanto as fontes previstas na lei, quanto a correspondência material do dever de garantia, é a mais indicada segundo o mesmo autor, pois o mencionado dever de solidariedade não se fundamenta em concepções morais, mas é, antes, apoiado em um vínculo jurídico.

A adoção da teoria formal-material implica, em regra, que a fonte formal servirá de limite interpretativo, ou seja, a correspondência material somente poderá restringir uma posição de garantidor, não podendo ir além dos fundamentos formais<sup>44</sup>. Neste sentido, como o

---

<sup>42</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 207-208.

<sup>43</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 925.

<sup>44</sup> Os autores que entendem que a posição de garantidor deve ser interpretada tanto de forma expansiva quanto de forma extensiva às fontes formais, geralmente adotam a posição material pura da posição de garante, a exemplo de Jakobs. Aqueles que adotam a posição intermediária (formal-material) o fazem por entender que a lei deve servir de limite à interpretação. Como exceção é a doutrina de Figueiredo Dias, que, embora se filie

Código Penal brasileiro adotou o sistema formal, entende-se que as hipóteses do art. 13, §2º são um rol taxativo, não podendo o intérprete adicionar novas fontes do dever de garantia.

Jakobs, no entanto, admite uma interpretação expansiva com relação aos preceitos formais previsto na norma penal, não havendo qualquer déficit de legalidade, pois, segundo ele, o princípio da legalidade deve ser correlacionado com a interpretação, de modo que legislador e intérprete complementem o sentido do preceito legal, com base, não somente nas prescrições escritas e estritas, mas a partir das hipóteses prévias, que são formulações históricas e objetivas, sobre as quais se fundamenta o fim de proteção da norma<sup>45</sup>. Para o autor, seria possível uma atribuição da posição de garantidor para além das hipóteses formais.

De uma forma ou de outra, o consenso entre aqueles que defendem uma teoria formal-material, ou intermediária, como fonte da posição do garantidor é que esta tem a vantagem de superar as imperfeições de uma teoria estritamente formal, sem referência material, mas, ao mesmo tempo, possui os elementos indicativos de onde provêm os deveres de garantia. Determinante é, portanto, consignar que a responsabilidade por omissão não pode se fundamentar tão somente em um rol formal atribuído a um indivíduo, mas, também, às competências que materialmente esse assumiu<sup>46</sup>.

#### 4.1.4 Posicionamento a partir do Direito Penal brasileiro

Como consequência da adoção expressa do nosso Código Penal, mas buscando uma correspondência justa com a realidade fática, predomina, no direito brasileiro, a adoção da teoria formal-material entre os que se dedicaram sobre este tema. Neste sentido, Teixeira defende que não se pode prescindir da previsão legal das hipóteses de garantia, pois as fontes formais seriam a garantia de cumprimento do princípio da legalidade, fornecendo segurança jurídica na aplicação da lei penal; no entanto, tal previsão legal não pode ignorar o domínio do perigo que o garante deve possuir, bem como a relação de confiança e dependência depositada pela sociedade<sup>47</sup>.

---

expressamente à posição formal-material, admite interpretação expansiva (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 938 e ss.).

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 93.

<sup>46</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. Santiago Mir Puig (Dir.), n. VIII, 2007, p. 364-402, p. 390.

<sup>47</sup> TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p. 109.



De igual modo, Zini adota a posição intermediária com base no sentido comunicativo da conduta, a qual deve se valer tanto da interação social quanto da ilicitude material para determinar a posição de garante:

É com base nelas que se deve apurar o nexo de dependência na proteção de um bem jurídico-penal, a necessidade de sua proteção, as situações específicas nas quais o ser humano não possui a capacidade e autoproteção ou possui-la de maneira reduzida em razão de interferência em sua esfera de liberdade, a confiança no atuar do outro ser humano titular do bem jurídico-penal neste atuar.<sup>48</sup>

Ilana Martins<sup>49</sup> também se filia ao entendimento de que os critérios materiais não podem ir além das hipóteses formais, e isto por duas razões: por ofender o princípio de intervenção mínima e a subsidiariedade do Direito Penal, bem como por representar ofensa expressa à disposição do art. 13 do Código Penal.

Com efeito, o nosso Código adotou a posição formal, portanto a melhor solução é buscar um fundamento da posição de garantidor, a partir das fontes formais contidas na parte geral do Código Penal, matizando com proposições que forneçam um subsídio de justiça, para a necessária correção das falhas da posição formal. Conforme mencionado anteriormente, a disposição formal das posições de garante não impede o exercício de interpretação sobre as fontes de tal dever, com vistas à sua correspondência material, sem ultrapassá-las.

O art. 13, § 2º, alínea “a”, dispõe sobre a fonte formal lei e fundamenta a posição de garantidor àqueles que tenham por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, mas, conforme demonstrado, a correspondência material, ou seja, o desempenho fático da posição de garantidor, deve ser mais determinante que a previsão legal. Isto não significa, e este é o principal mérito da adoção da posição intermediária formal-material, que os preceitos legais que indicam as responsabilidades dos administradores, como encarregados do dever de proteção e vigilância, devam ser desconsiderados, pois tais regulamentações extrapenais devem servir para delimitar “o âmbito e o conteúdo dos deveres jurídico-penais no caso concreto”<sup>50</sup>.

Além da fonte formal “lei”, a redação do Código Penal com relação à fonte “contrato” é ampla e envolve toda forma de assunção da responsabilidade de impedir o resultado. Por esta razão entendemos que as fontes formais deverão servir de fontes do dever de garantidor,

---

<sup>48</sup> ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 283.

<sup>49</sup> LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 214.

<sup>50</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 166.

desde que a previsão legal do dever de garante e a assunção de responsabilidade (respectivamente, lei e contrato<sup>51</sup>) correspondam a uma efetiva assunção fática e jurídica.

A lei como fonte formal é traduzida, para a teoria formal-material, em prescrições segundo as quais reside sobre determinada pessoa um dever de agir. Há em nosso ordenamento leis extravagantes de regulamentação do dever de garante, prevendo que sócios, diretores, administradores, representantes da empresa, devem figurar como responsáveis caso não impeçam ilícitos penais no exercício da atividade da organização. Estas disposições devem ser entendidas como uma hipótese formal, cuja posição de garantia vem da própria lei, mas, em atenção à crítica direcionada à postura formal, a posição de garantidor não deve ser oriunda tão somente da letra da lei, mas da correspondência material que diz respeito ao efetivo exercício da responsabilidade. A partir deste exercício efetivo, é atribuída ao indivíduo, a quem a lei atribuiu a posição de garante, a esfera de organização sobre a qual tem o dever de asseguramento.

O dever de asseguramento corresponde às disposições normativas direcionadas a determinados cargos dentro da empresa por considerar que, ao decidir organizar uma sociedade empresária, o indivíduo responsável por esta empresa atrai para o seu âmbito de responsabilidade o dever de assegurar que esta atuação não seja lesiva e, portanto, diz respeito aos deveres dos administradores e sócios das organizações empresariais. A disposição legal que contém o dever geral de atuar, por sua vez, somente será válida se, de fato, o bem jurídico for confiado de forma imediata<sup>52</sup> àquele a quem a lei atribui a obrigação de agir, de tal modo que a inteireza do bem protegido possua completa dependência da atuação do garante previsto na lei.

No que diz respeito ao contrato, como fonte formal, a assunção de responsabilidade na forma como foi prevista no Código Penal possibilitou uma interpretação extensiva, para além de um mero acordo entre partes. Resta definir o que seria a “assunção”, que, segundo a concepção organizativa diz respeito ao dever de salvamento. Enquanto os deveres de asseguramento dizem respeito a obrigações do indivíduo por pertencer ao seu âmbito de organização, os deveres de salvamento por assunção<sup>53</sup> passam a existir quando já se

---

<sup>51</sup> A fonte “ingerência” foi abordada em momento anterior e se chegou à conclusão que não corresponde à melhor solução para a definição da posição de garante no seio das relações empresariais.

<sup>52</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 943.

<sup>53</sup> Importa reforçar que não se afasta a ingerência como fonte da posição de garantidor. O dever de salvamento por ingerência permanece, também, como fonte do dever de garantia, ainda que ausente a vontade de auto-vinculação que fundamenta a assunção (ou “contrato”), sob o fundamento de que aquele que atua sobre uma fonte produtora de riscos deve atuar para impedir que este risco interfira na esfera de organização dos demais membros da sociedade, que confia que o responsável pela esfera de organização atuará na contenção do risco.

introduziu um risco na esfera de organização alheia, mas por esta um indivíduo assumiu a responsabilidade de impedir que se produza o dano. É o caso das funções delegadas que passam a integrar posteriormente a esfera organizativa daquele que assumiu, ou seja, o delegado. Assim, é possível sustentar, à luz do quanto já exposto, duas formas de responsabilização do empresário, ou seja, dos membros pertencentes aos órgãos diretivos, bem como dos que assumiram uma função através da delegação.

Esse modelo é adequado às prescrições do Direito Penal brasileiro por partir da disposição legal existente e buscar seu fundamento material a partir da competência organizacional que cada indivíduo possui na sociedade e é, também, esta concepção adequada ao modelo de sociedade pensado a partir de deveres de solidariedade.

#### 4.2 O EMPRESÁRIO COMO GARANTIDOR POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

O fundamento primordial da responsabilidade do gestor por omissão imprópria pelos delitos cometidos dentro da sociedade empresária parte da consideração da empresa como fonte de risco permitida<sup>54</sup>, por cuja criação o empresário se torna responsável por garantir que nenhum risco além do permitido venha a ocorrer. Isto decorre da lógica organizacional que atrela a liberdade de atuação, no caso o direito à livre associação, com a correspondente responsabilidade advinda com o exercício de tal liberdade, ou seja, o de não permitir que a sociedade empresária se constitua num perigo intolerável para as demais pessoas em sociedade.

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. Com isso, estebelece-se o fundamento material e legal da posição de garantidores dos dirigentes de empresas<sup>55</sup>.

A noção de empresa como fonte de risco envolve tanto o que é produzido nestas organizações, a exemplo dos produtos potencialmente lesivos aos consumidores, ao meio ambiente, etc., assim como os perigos que cercam a má gestão da atividade empresarial, da qual podem advir danos à ordem tributária, ao sistema financeiro, etc. Como é cediço, a

---

Pelas dificuldades de determinação do atuar prévio no seio das organizações empresariais não se utilizará desta possibilidade aqui para fundamentar a posição de garantia do empresário, dos sócios e delegados, haja vista que os deveres de asseguramento e salvamento por assunção (lei e contrato) é que fundamentam tal posição.

<sup>54</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 128.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 132.

admissão da posição de garantidor do empresário não significa dizer que ele é responsável por tudo que ocorre dentro da sociedade empresária. Neste sentido, não basta a prescrição nos documentos de inauguração ou do desenvolvimento da empresa, como contrato social ou organograma. Igualmente, não é suficiente a previsão em lei acerca das atribuições de responsabilidade penal do empresário. O encargo da posição de garantia diz respeito, além de tais previsões formais, à assunção fática de responsabilidade, que significará na posição de garantidor com base em deveres de asseguramento ou assunção.

O indivíduo responsável por determinado âmbito na empresa se torna o garantidor sobre os seus subordinados, pois a atuação dos seus dependentes integra a sua esfera de organização, portanto, ainda que o delito seja cometido faticamente pelo subordinado a autoria é atribuída, por omissão imprópria, ao superior<sup>56</sup>. Tal âmbito de atuação não se refere, por óbvio, a todos os fatos que os dependentes realizem, mas somente se esta atuação efetivamente faz parte da esfera de organização do diretor e desde que esse não tenha cumprido com seus deveres de controle vigilância sobre seus dependentes<sup>57</sup>.

Conforme mencionado anteriormente, a posição de garantidor decorre de asseguramento ou salvamento, e isto pode servir para fundamentar a distribuição de responsabilidades dentro das organizações empresariais. Com efeito, é possível identificar duas principais formas de manifestação da atuação empresarial, a saber, a função de administração e a função de atividade delegada. Por função de administração nos referimos àquele encargo extraído das normas que regulam a concepção da pessoa jurídica, materializada no ato de constituição da empresa, e diz respeito ao exercício efetivo pelo gestor desta pessoa jurídica, que é a pessoa responsável por estabelecer as diretrizes para a execução daquela atividade<sup>58</sup>. Sobre este gestor residem deveres de asseguramento. A segunda manifestação da função administrativa é a figura do delegado, que é o indivíduo que passa a representar a sociedade em razão de um ato de delegação de uma parte da função, que anteriormente pertencia ao gestor. A partir da delegação, aquele indivíduo que atraiu parte da função administrativa para sua esfera de organização, possui a posição de garante por deveres de assunção.

Com o estabelecimento de deveres do gestor e do delegado não ignoramos que a constituição das sociedades pode se desdobrar de muitas outras formas, desafiando a lógica da

---

<sup>56</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 350.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>58</sup> LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 243.

responsabilidade penal a partir das mencionadas fontes da posição de garantidor. Só com relação à sociedade limitada, por exemplo, a administração poderá: ser regida de forma conjunta, através da tomada de decisões por maioria de votos; ou de forma simultânea, em que a função administrativa é exercida separadamente e as decisões são tomadas conjuntamente; ou, ainda, de forma fracionada ou setorizada, em que cada sócio é responsável por parcelas distintas da atividade empresarial<sup>59</sup>. Para as sociedades limitadas, por exemplo, Ilana Martins<sup>60</sup> identifica dezoito modelos possíveis de administração societária, dentre os quais destaca hipóteses de administração direta pelos sócios, com ou sem divisão entre si; ou, ainda, com ou sem delegação a um terceiro; indica, também, hipóteses que envolvem terceiros, não sócios, contratados para o exercício da função administrativa, dentre outras possibilidades.

Heloísa Estellita<sup>61</sup>, por sua vez, elenca quatro grupos de casos em que há variação dos deveres do gestor, pois, sustenta aquela autora, tais deveres dependem da dinâmica de funcionamento dos órgãos de administração e da autonomia e seus departamentos. Assim, pode ocorrer, em primeiro lugar, a divisão da execução das atividades em departamentos, enquanto a tomada de decisões pertence a todos os administradores, por deliberação colegiada; uma segunda situação diz respeito à existência de um diretor originário, que possui a função de gerir e coordenar a atuação de outros diretores, igualmente originários; outra é a situação de interdependência parcial entre órgãos da empresa, em que cada um é encarregado de uma parcela da atividade desenvolvida em comum; e, por fim, a quarta forma de manifestação da gestão, apontada por aquela autora, é a administração independente entre os órgãos, em que cada um destes desempenha suas funções de forma autônoma dos demais.

Apesar de assumir contornos tão diversos, sustentamos a posição de garantidor com base nas duas principais formas de manifestação da atuação empresarial, que são os deveres originários dos gestores, previstos em lei e nos instrumentos constitutivos das sociedades, e os deveres secundários dos delegados, que assumem uma parcela da função de gestão. Isto porque, no que diz respeito aos primeiros, “cada dirigente é encarregado da vigilância de seu próprio departamento, setor ou unidade, e nele atua com autorresponsabilidade”<sup>62</sup>. Já com

---

<sup>59</sup> LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 245.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 246-250.

<sup>61</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 164-166.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 166.

relação à delegação, esta deve dizer respeito à função faticamente assumida pelo delegado e, portanto, o instrumento de delegação deve conter as dimensões exatas da sua atuação.

A contribuição fornecida no presente trabalho, não visa esgotar a discussão sobre a matéria, notadamente sobre os desdobramentos possíveis, próprios da complexidade com que se organizam as sociedades empresárias, que desafiam o Direito Penal e, por esta razão, devem ser objeto de estudos mais aprofundados. Por ora, e quanto aos limites que cabem ao presente estudo, reiteramos que, no âmbito da empresa, a responsabilidade por asseguramento decorre das obrigações atribuídas aos principais responsáveis pela gestão da empresa, visto que a liberdade de organização (de criação da empresa) vem com o encargo de assegurar que desta não decorra riscos além dos permitidos. Por sua vez, os deveres de salvamento por assunção são direcionados àqueles que aceitaram o encargo de domínio sobre determinada fonte de riscos, como acontece nas responsabilidades delegadas.

Estas formas de atuação no seio da empresa servem de demonstrativo da forma que a competência organizacional pode fornecer respostas à imputação dos responsáveis pela gestão da atividade empresarial. No entanto, para não repetir os erros das fontes formais por ausência de correspondência com a realidade, isto não quer significar a responsabilidade de todos por tudo, mas, pelo contrário, à atribuição de responsabilidade por organização deverá ser acrescida a análise quanto à efetiva competência sobre a fonte de riscos, até mesmo como consequência do princípio da proibição de regresso.

#### 4.2.1 Abrangência da responsabilidade do empresário

A imputação penal por omissão do empresário, sócio ou delegado, deve guardar relação com a atividade da pessoa jurídica. Isto implica dizer que a conduta omissiva imprópria poderá ter como resultado tanto o previsto nos tipos penais das legislações extravagantes que de forma direta regulam a atuação empresarial e possíveis consequências lesivas a terceiros<sup>63</sup>, bem como os tipos penais não diretamente relacionados à atividade empresarial, mas que são resultado da incorreta atuação do empresário, a exemplo dos delitos de homicídio e lesão corporal, ocasionados a terceiros pela comercialização de produtos e serviços perigosos ou de ausência de dever de cuidado sobre uma fonte de perigo<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Assim os microssistemas, como o Código de defesa do consumidor, Lei de crimes ambientais, Crimes contra o sistema financeiro, Lei de licitações, etc.

<sup>64</sup> Um exemplo recente é o conhecido caso de Mariana, em que foram denunciadas vinte e duas pessoas físicas, além de quatro pessoas jurídicas, em razão do rompimento da barragem de Fundão que resultou em danos ao meio ambiente, assim como na morte de dezenove pessoas e centenas de feridos. As pessoas identificadas

Neste sentido podem ser vítimas da atuação do empresário por omissão tanto as pessoas diretamente envolvidas com a atividade da organização, como os funcionários por acidente de trabalho, ou os sócios por gestão fraudulenta, quanto terceiros sem relação com a empresa, mas que são afetadas pelos danos advindos da atuação arriscada.

E o dever do empresário diz respeito à vigilância sobre as fontes de perigo que envolvem a atividade da empresa, bem como à fiscalização sobre o modo como seus subordinados se portam no exercício das suas atribuições. Os deveres de vigilância e de proteção se fundamentam na obrigação decorrente da própria função de administrador, que implica no cuidado devido para que a atividade empresarial seja gerida da forma mais diligente possível. Assim, disposições como o art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas<sup>65</sup> e o art. 1.011 do Código Civil<sup>66</sup> afirmam que o administrador deve desenvolver a atividade empresarial com cuidado e diligência comum a todo homem probo. Fala-se, neste sentido, que, como manifestação do dever societário de diligência, o empresário possui o dever de se informar, de vigiar, intervir e fiscalizar<sup>67</sup>. O mero descumprimento dos mencionados deveres não constitui por si a prática de qualquer crime, mas pode fundamentar uma posição de garantia do empresário, caso sobrevenha um resultado típico e aquele tenha assumido faticamente a função dentro da empresa, para a qual era exigido o cumprimento dos mencionados deveres.

Com relação à vigilância sobre produtos, as responsabilidades do empresário dizem respeito à atividade fim da organização e correlatas a esta, ou seja, devem guardar relação com o produto ou serviço produzido na empresa e as consequências diretas relacionadas às tomadas de decisão para o funcionamento da atividade desempenhada na organização.

No que diz respeito ao dever de fiscalização da conduta dos funcionários, a responsabilidade do empresário poderá recair sobre delitos cometidos por aqueles no cumprimento da função confiada, o que envolve possível fraude a acionistas e credores, como também lesão à ordem financeira, crimes tributários e, ainda, delitos de corrupção e lavagem

---

como responsáveis pela tragédia foram denunciadas por cinco crimes previstos na legislação ambiental e por quatro crimes previstos no Código Penal, dentre eles os delitos de homicídio e lesões corporais. (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>, acesso em 14 de novembro de 2018).

<sup>65</sup> Art. 153 da Lei n. 6.404/76: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

<sup>66</sup> Art. 1.011 da Lei n.º 10.406/02: “O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

<sup>67</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 143.

de capitais. Quanto aos delitos de corrupção de lavagem de capitais há quem entenda que não integram os riscos intrinsecamente relacionados à atividade da empresa<sup>68</sup>, no entanto, entendemos que na constituição da organização empresarial há o compromisso de atuar dentro da legalidade, e isto envolve a obrigação perante a sociedade de que a sua atividade não será desvirtuada do âmbito da licitude. Os deveres originários do empresário dizem respeito à fiscalização da origem de ativos que ingressam a sua empresa e identificação daqueles que destoam dos lucros normais e, por esta razão, assim como as fraudes tributárias, os delitos de corrupção e lavagem não podem ser dissociados da responsabilidade do empresário.

Ainda com relação aos funcionários, a responsabilidade do superior hierárquico diz respeito a funções estritamente relacionadas à atividade empresarial, portanto somente alcança delitos cometidos pelo subordinado no cumprimento da função confiada e que digam respeito a esta. O dever de fiscalização não pode se estender a todos os delitos que possivelmente possam ser cometidos pelos empregados da empresa, ainda que decorram de relações firmadas pelo convívio entre os trabalhadores. Assim, se um funcionário em horário de serviço pesquisa na internet cenas de pornografia infantil<sup>69</sup>, o superior não pode ser responsabilizado por supostamente ter deixado de aplicar meios de controle do material pesquisado nos computadores da empresa, pois o fato cometido não estava incluído no rol de atividades que o superior atribuiu ao funcionário. No mesmo sentido, pode acontecer um desentendimento entre funcionários que cause lesões corporais a um deles, mas, por não dizer respeito à atividade da empresa ou à função especificamente dada pelo supervisor, tal fato não pode ser imputado ao superior hierárquico por omissão imprópria, ainda que esse estivesse assistindo a discussão e tivesse a possibilidade de agir para impedir a agressão<sup>70</sup>. Deve-se sedimentar, portanto, que para a imputação penal do empresário não basta que ele possua a possibilidade de impedir um delito dentro da empresa, mas que se trate de fatos que derivem das faculdades de mando e administração do titular da empresa<sup>71</sup>, ou, de forma mais precisa,

---

<sup>68</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ apud LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 177.

<sup>69</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-121, p. 114.

<sup>70</sup> Greco e Assis trazem um julgado da Alemanha (BGHSt 57), relativo a lesões corporais causadas em um funcionário por outros, em razão de intrigas estimuladas por disputas entre si quanto ao desempenho no trabalho. O supervisor presenciou as lesões e nada fez para impedi-las, mas o Tribunal alemão o isentou de responsabilidade por entender que os delitos dos funcionários não eram “referidos à empresa”, pois a prática destes delitos poderia ter ocorrido em qualquer ambiente que proporcione o convívio entre pessoas. (Ibidem, p. 115).

<sup>71</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 334.



“quando o delito tiver conexão com a atividade concreta, a política ou as normas de conduta da empresa”<sup>72</sup>.

A referência ao “empresário”, feita ao longo deste trabalho, não é direcionada apenas aos membros pertencentes ao mais alto escalão da empresa, mas ao indivíduo competente pela gestão de determinada função dentro da organização. Assim, não se defende a responsabilidade exclusiva dos superiores, antes se busca fundamentar a necessidade de, a partir da identificação do dever de garantidor, direcionar a respectiva responsabilidade conforme o rol de competências que cada membro possui dentro da organização. Isto decorre do reconhecimento de que no exercício das distintas funções dentro da empresa, as responsabilidades são compartilhadas: seja através do comando para execução de determinadas tarefas pontuais, seja a divisão de uma mesma função entre duas ou mais pessoas, ou através da delegação em que, em tese, se abdica da responsabilidade sobre a execução de uma tarefa e entrega a outra pessoa, que passa a ser a competente para tanto.

O estudo da omissão imprópria do empresário implica, sobretudo, a identificação da posição de garantidor dentro das empresas a partir das relações que são firmadas dentro destas. E a empresa é desenvolvida a partir de duas formas de organização, a saber, de forma vertical ou horizontal. A organização vertical se consuma através da delegação de funções e do comando de execução de tarefas, e parte das altas posições hierárquicas para os mais baixos níveis na empresa. Por outro lado, o desenvolvimento da atividade empresarial se dá, também, e cada vez com mais frequência, de forma horizontal, a partir da divisão de funções entre pessoas pertencentes ao mesmo grau hierárquico, mas que, em razão da capacitação especializada, desenvolve funções específicas e distintas dos demais gestores.

#### 4.2.2 A divisão de funções: organização através de estruturas horizontais

Quando se fala da responsabilidade do gestor pelos acontecimentos lesivos relacionados à atividade pela qual se fez responsável, normalmente se pensa na responsabilidade do superior pelos atos dos funcionários subordinados, pois a organização empresarial pressupõe a estruturação verticalizada da empresa e, por esta razão, a delegação desafia a lógica da imputação penal por omissão. Há, entretanto, uma tendência crescente de que o poder de direção e a autonomia nas decisões não se concentrem somente em um órgão

---

<sup>72</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-121, p. 115.

superior centralizado, mas, notadamente nas médias e grandes organizações, o poder cada vez mais se divide entre diversos órgãos estruturados de forma horizontal. Nestas sociedades empresárias, a condução da empresa se baseia na divisão de funções entre indivíduos igualmente capacitados, fundamentando-se tal divisão em “relações de especialização, confiança e cooperação”<sup>73</sup>.

A especialização diz respeito ao encargo atribuído ao indivíduo conforme a sua expertise para desenvolver determinada atividade e é consequência da exigência crescente de que as empresas se especializem no desenvolvimento da sua atividade. Para tanto, para pessoas do mesmo escalão são designadas funções completamente distintas, como a execução de uma obra de engenharia, assim como a responsabilidade pela regularidade fiscal da empresa, ou pelo cumprimento das diretrizes de segurança, ou a existência de órgãos consultivos que devem emitir parecer especializado sobre determinado assunto.

A confiança, como princípio, serve como diretriz de imputação objetiva, pois se entende que é vital para as relações sociais a expectativa sobre a conduta dos demais indivíduos com quem se compõe uma comunidade, na qual cada um tem o dever de cumprir com suas atribuições e, no cenário de divisão de trabalho, a confiança na correta atuação alheia é de fundamental importância para a distribuição das responsabilidades. Isto porque, no intento de individualizar responsabilidades, a divisão de funções entre indivíduos que igualmente são dotados da posição de garantidor pela fonte de risco (empresa), corresponde à melhor forma de atribuir a tais indivíduos, ao mesmo tempo, a completa responsabilidade acerca do que acontece em seu âmbito de domínio, assim como a completa isenção do que se passa no domínio de terceiros. E isto deriva do fato de que cada um destes garantidores confia que os demais irão atuar em conformidade ao seu rol de condutas.

A divisão funcional se fundamenta, também, na cooperação de uns com os outros. Esta forma de organização empresarial é chamada de departamentalização<sup>74</sup> e significa a difusão dos centros de comando e decisão da empresa entre vários órgãos de direção, tomada de decisão e fiscalização. Não se fala aqui em subordinação entre os distintos órgãos e setores da empresa, antes, a divisão compreende a departamentalização de forma horizontal e isto significa que um depende do outro para o completo desenvolvimento da atividade empresarial.

Os indivíduos que dividem entre si a gestão da empresa assumem uma função específica dentro da organização empresarial e por esta função se tornam responsáveis por

---

<sup>73</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 116.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 161.

impedir que da sua esfera de atuação sobrevenham riscos não permitidos. Não somente a previsão legal, ou a disposição no organograma da empresa, quanto às funções dos gestores, mas a função assumida de forma fática, relativa à competência desenvolvida pelo gestor é que determinará a sua responsabilidade dentro da sociedade empresária e servirá de marco para a determinação dos seus deveres e, em caso de descumprimento destes, a sua responsabilidade por omissão em caso de acontecimento típico.

Questão que se levanta é se os membros dos órgãos em estruturas horizontais são garantidores pelos atos uns dos outros. Neste aspecto, a divisão de trabalho com base nas competências faz do indivíduo que atua em determinado setor o responsável por todos os desdobramentos de uma possível atuação lesiva, sua ou de terceiros<sup>75</sup> vinculado à sua área de atuação, e por outro lado, implica na sua desvinculação com os demais setores ou âmbitos de atividades dentro da empresa. Assim, por exemplo, um indivíduo competente pela publicidade da empresa se torna responsável pela ausência de informações obrigatórias, assim como pela publicidade enganosa, mas não pode responder pela inclusão de substância, em desconformidade com as normas de vigilância sanitária, na fórmula do produto desenvolvido pelo setor de produção. O cumprimento dos seus deveres o exonera de qualquer responsabilidade<sup>76</sup> por ato lesivo ocorrido dentro do âmbito de atuação de terceiros e isso é o que possibilita o amplo exercício da atividade empresarial, ou seja, sem a obrigatoriedade de constante vigilância e fiscalização de uns sobre a atuação dos demais. Por esta razão, é de fundamental importância a delimitação do conteúdo dos deveres dos indivíduos que compõem os órgãos de administração das empresas, como responsáveis por um setor de atuação na empresa.

#### *4.2.2.1 A posição e os deveres do garantidor nas estruturas horizontais*

A partir da indicação do fundamento material da responsabilidade do empresário como garantidor, que é a empresa como fonte de risco, sustenta-se que garantidores originários na empresa são os membros integrantes de órgãos de administração, que possuem poder de

---

<sup>75</sup> O âmbito de organização do indivíduo o faz responsável pela organização incorreta da sua área de domínio, e por isso pode responder pela atuação lesiva de terceiros por infração aos seus deveres de garantidor. (FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr 2012, p. 26-57, p. 42).

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 41.

intervenção na condução da empresa a partir do controle, ainda que parcial, sobre a empresa, desde que tais indivíduos tenham assumido faticamente esse controle<sup>77</sup>.

A referência aos diretores da empresa como garantidores implica no reconhecimento da existência de uma ampla responsabilidade, entretanto esta somente deve se referir à atividade global da empresa, ou seja, decisões gerais sobre a forma de condução da atividade empresarial e não abarcam todas as decisões e atuações da empresa. A doutrina tem seguido no sentido de atribuir aos diretores o dever de agir com respeito às atividades globais da empresa, assim como a respeito da execução de atividade desenvolvida por eles mesmos ou por seus imediatos subordinados<sup>78</sup>.

É impossível para um mesmo indivíduo atuar sobre todas as áreas da empresa, e, por esta razão, é comum que o empresário exerça a sua função dividindo-a com outros indivíduos, muitas vezes com igual ou superior capacidade técnica. A departamentalização implica no encargo de uma responsabilidade a uma pessoa ou a um órgão, que atuará sobre determinada parcela da atividade da empresa. E a posição de garante é atribuída ao referido indivíduo ou órgão a partir da atuação sobre esta área. O fundamento da posição de garantidor é o dever de asseguramento, nos termos tratados anteriormente, o que resulta, em regra, na exclusão de responsabilidade dos demais indivíduos ou órgãos não encarregados sobre a mencionada área, objeto de departamentalização.

Na divisão de funções, ou seja, quando a empresa difunde suas responsabilidades horizontalmente (sem hierarquia, portanto), não há responsabilidade de um membro sobre a atuação dos demais, pois a atividade dividida é excluída da esfera de atuação dos demais e, por não haver uma relação de subordinação entre os membros, inexistente interferência das atividades de outros departamentos<sup>79</sup>. Esta é a melhor implicação quanto aos deveres de organização, atrelados aos requisitos de imputação objetiva, acima identificados, notadamente do princípio da confiança e da proibição de regresso.

A divisão de competências, no entanto, nem sempre é claramente realizada em departamentos estanques na empresa, podendo haver uma tarefa cuja execução seja comum a dois ou mais órgãos diretivos, ou ainda pode ocorrer a divisão das tarefas executivas, mas o poder de decisão ser atribuído à reunião dos administradores como órgão de deliberação

---

<sup>77</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 134.

<sup>78</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 345.

<sup>79</sup> ESTELLITA, op. cit., p. 162.

colegiada<sup>80</sup>. Estas diferentes configurações, próprias da complexidade das sociedades empresárias, não impede o quanto afirmado aqui, ou seja, que a departamentalização sedimenta a responsabilidade originária do empresário sobre a sua esfera de atribuição, bem como o exonera do ocorrido na esfera de competência alheia. Os garantidores originários, assim considerados pela atribuição do dever de asseguramento, podem dividir a responsabilidade pela ocorrência de um resultado típico, de forma conjunta com outros indivíduos, igualmente garantidores originários, seja pela execução de uma atividade comum a dois ou mais órgãos, ou pelo poder de decisão dividido por vários membros de um órgão colegiado. O conteúdo da responsabilidade do garantidor em estruturas horizontais sempre dirá respeito ao âmbito de organização por ele gerido, independente se isto ocorrer de forma isolada com exclusão dos demais gestores, ou de forma próxima a esses, se a atividade pertencer ao âmbito de organização de mais de um indivíduo.

Ao decidir gerir uma organização empresarial o administrador atrai para si o dever de asseguramento, de impedir que sobre a atividade adstrita à sua competência sobrevenham riscos não permitidos. O conteúdo dos deveres de asseguramento dos membros pertencentes aos órgãos de direção da empresa decorre dos instrumentos jurídicos constituintes da sociedade empresária, assim como do organograma que subdivide a responsabilidade entre os mais diversos membros dos órgãos de direção, estruturados horizontalmente. O dever de asseguramento somente será atribuído ao membro que faticamente exerceu atos em conformidade com tais deveres, ou seja, deve haver uma correspondência fática com as funções exercidas pelo empresário. Assim sendo, os atos dos seus subordinados podem ser atribuídos a ele por omissão imprópria se tais atos lesivos integram a sua esfera de organização, pela qual externa a posição de garantidor. E, por tudo quanto já demonstrado, o empresário não é garantidor pela atuação de outros empresários autorresponsáveis, com igual poder de hierarquia, e que operam em setor distinto do desenvolvido por aquele, pois trata-se de distintas esferas de organização.

#### 4.2.3 Funções delegadas e responsabilidades do delegado e delegante

A delegação se tornou uma condição necessária para o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial, pois sem a divisão de funções e distribuição de parte das competências

---

<sup>80</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 164.

não é possível levar a cabo todo o processo produtivo<sup>81</sup>. Para que se alcance êxito na atividade empresarial, as atribuições são disseminadas a partir da delegação e, como consequência, também a responsabilidade pelas falhas no processo produtivo é dividida. A partir da função exercida, jurídica e faticamente, tanto pelo delegante quando pelo delegado é que se pode definir a posição de garante frente à fonte de riscos pela qual o garantidor se responsabiliza.

No que diz respeito a quais funções podem ser objeto de delegação, entende-se que são amplas as possibilidades: não somente as atividades mecânicas podem ser delegadas, mas também deveres de controle e vigilância<sup>82</sup>. Por outro lado, pode-se delegar a um órgão a competência de fiscalização ou execução a um segmento da atividade sobre o qual tal órgão possui conhecimento técnico específico, a exemplo dos órgãos consultivos que na matéria em que possuem domínio se tornam responsáveis por aprovar determinadas medidas na empresa. A própria função de tomada de decisões é objeto de delegação, ainda que acerca de parcelas menores do todo da atividade empresarial. A doutrina defende, no entanto, que há limites para a delegação, pois não se pode delegar toda a função diretiva por entender que uma delegação total dos deveres de garante significaria o abandono da função administrativa<sup>83</sup>, ou “delegação orgânica”<sup>84</sup> que é vedada por lei<sup>85</sup>.

É, ainda, possível que a própria lei determine a delegação, a exemplo da obrigação de instituir um programa de *compliance*, como faz o Código Penal espanhol, que impõe às empresas o estabelecimento de um dever de supervisão que deve ser confiado “a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e controle ou que tenha encomendada legalmente a função de supervisionar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica”<sup>86</sup>.

A previsão de um programa de *compliance* diz respeito à possibilidade de atribuir a uma pessoa ou a um órgão dentro da empresa as funções de vigilância e controle sobre a atuação da empresa. Trata-se de deveres originários do administrador, mas que passam a ser

---

<sup>81</sup> MÉNDEZ, Iván Fabio Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p. 907.

<sup>82</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 150.

<sup>83</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 55.

<sup>84</sup> ESTELLITA, op. cit., 2017, p. 148.

<sup>85</sup> Em nosso ordenamento, é exemplo da proibição de delegação de toda a função originária é o art. 161, § 7º da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas): “A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. § 7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável”.

<sup>86</sup> Previsão expressa no art. 31 bis 2 do Código Penal espanhol (REBOUÇAS, op. cit., p. 74).

atribuídos ao indivíduo ou órgão, autônomo e legalmente competente, que ocupa posição hierárquica imediatamente abaixo do administrador. Na lei brasileira, temos uma previsão que se aproxima desta disposição, a saber, a adoção de política de controle interno que atribua a um órgão ou indivíduo o encargo pela vigilância sobre operações suspeitas da prática de crimes de lavagem de capitais, que é a disposição dos arts. 10 e 11 da Lei n. 9.613/98<sup>87</sup>. Em sentido próximo, o art. 7º, VIII da Lei n. 12.846/2013<sup>88</sup>, dos crimes contra a Administração Pública, prevê diferente forma de sanção administrativa à pessoa jurídica conforme exista nesta mecanismos internos de auditoria e apuração de irregularidades no âmbito da empresa e o *compliance officer* responderia pela falha em realizar fiscalização efetiva e periódica que produzisse um resultado típico.

Com relação à forma pela qual deve se concretizar a delegação, há quem defenda que esta delegação deve tanto ser formal, através de um contrato da disposição da função delegada num organograma, como também material<sup>89</sup>, ou seja, efetivamente cumprida pelo delegatário, com a aceitação de seu novo âmbito de organização sobre o qual passa a possuir deveres de asseguramento. Isto porque, por um lado não se deve prescindir da configuração jurídica como indicativo da posição de garante, pois, de modo geral, uma delegação apenas fática não corresponde efetivamente à delegação, mas à execução temporária de função e, por esse motivo, não transfere a titularidade sobre a gestão da função. Por outro lado, o mero instrumento jurídico, sem a correspondência com a atuação fática do indivíduo como delegado, não pode gerar o encargo da responsabilidade pela função delegada. Estellita<sup>90</sup> entende que, em caso de contradição entre a posição formal e a faticamente assumida, esta última deve prevalecer na determinação da posição de garante, ou seja, da identificação de sobre quem recaem os deveres de proteção e vigilância<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Especialmente o art. 10, III: “As pessoas referidas no art. 9º: III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”.

<sup>88</sup> In verbis: “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

<sup>89</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p 907.

<sup>90</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 133.

<sup>91</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

Em todo caso, a delegação, em sentido amplo, não é uma mera transmissão da execução de algumas tarefas concretas, mas significa a transferência da esfera de competência<sup>92</sup> e isto implica na mudança de titularidade da posição de garantidor e, por isso, em regra, exime o delegante da responsabilidade de fiscalização, tendo em vista a autonomia do delegado. Neste particular não há concordância na doutrina, pois a isenção de responsabilidade do administrador com a delegação poderia significar a diminuição da proteção do bem jurídico, visada pela norma de dever. Por outro lado, se permanecem exatamente as mesmas atribuições para o delegante, a delegação perde a sua funcionalidade e sobrecarrega o administrador de muitas funções, irrealizáveis satisfatoriamente por uma só pessoa.

A delegação gera para o delegante responsabilidades específicas. Segundo classificação de Estellita<sup>93</sup>, que, de maneira geral, será seguida neste ponto do trabalho, são os deveres de seleção adequada, de instrução, de organização, de supervisão e de intervenção.

Os deveres iniciais, e prévios à própria consumação da delegação, são os deveres de seleção adequada, de instrução e de organização, e correspondem aos cuidados necessários que o delegante deve observar para que se complete uma delegação perfeita e, com esta, seja possível falar na exoneração do delegante da função de garantidor e, conseqüentemente, na assunção de responsabilidade pelo delegado. A primeira das responsabilidades do delegante diz respeito à seleção adequada da pessoa que irá assumir a função delegada, pois aquela deve ter capacidade técnica para o bom desenvolvimento do cargo. Caso tenha escolhido mal o delegado, poderá recair sobre a pessoa do delegante toda a responsabilidade pela função delegada em caso de superveniência de um resultado típico. Se, por outro lado, a delegação for confiada a uma pessoa competente para função, em tese a posição de garante acerca dos aspectos que envolvem o exercício daquela função passa a ser assumida pelo delegado. Deve, ainda, o delegante, instruir o delegado acerca da exata dimensão da responsabilidade assumida e todas as informações necessárias para o perfeito cumprimento da função, assim como cumprir com o dever de organização, segundo nomenclatura adotada por Estellita, que significa o dever de fornecer os meios materiais para o desempenho das atividades. Pode-se dizer, portanto, que sobre o delegante permanece a responsabilidade por uma má escolha do

---

<sup>92</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 50.

<sup>93</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 156 -158.



delegado, se esta escolha envolve pessoas sem experiência ou incapazes para a função especificamente delegada, ou, ainda, quando aquela não possui meios técnicos suficientes para o bom cumprimento do objeto da delegação<sup>94</sup>.

Ainda que a delegação tenha sido realizada corretamente (observados os deveres de seleção adequada, de instrução e de organização), duas outras responsabilidades ainda residem sobre a pessoa do delegante, a saber, os deveres de supervisão e de intervenção. Em primeiro lugar, a doutrina menciona que, ainda que a delegação seja perfeita, e o delegado esteja cumprindo a sua função de modo probo, deve o delegante cumprir com um dever de supervisão. Mesmo que ele tenha delegado a competência sobre uma atividade, defende-se que no rol de funções do delegante repousam deveres primários que dizem respeito à fiscalização periódica da atividade do delegado<sup>95</sup>. O fundamento deste encargo é justificado pela necessidade de que o delegante venha a reconhecer uma circunstância que lhe proporcionaria a possibilidade de intervir em caso de cumprimento irregular da função delegada:

Sendo indisputado que o delegante retém o dever de intervir diante do reconhecimento de uma situação de perigo, para que possa reconhecê-la será necessário criar mecanismos de recebimento de informações o que nada mais é do que forma de cumprir um dever de supervisão<sup>96</sup>.

A função de supervisão não pode, no entanto, servir para o esvaziamento da delegação, ao manter sobre a pessoa do delegante o encargo de fiscalizar a atividade que quis delegar para a esfera de competência de outrem.

Diante disso, entendemos que, com o aperfeiçoamento da delegação, isto é, se no ato da delegação foram observados pelo delegante os deveres, anteriormente esclarecidos, de seleção adequada, instrução e organização, a responsabilidade do administrador delegante somente permanece no que diz respeito às funções gerais da sua administração, mas não com relação às especificidades da função objeto da delegação. Ou seja, ao delegante incumbe o dever de conhecer se a atividade, num sentido geral, está conforme ao direito. Não lhe cabe,

---

<sup>94</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, n° 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914, p. 907.

<sup>95</sup> Neste sentido: ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 157; REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 57; e MEINI MÉNDEZ, op. cit., p. 907.

<sup>96</sup> ESTELLITA, op. cit., p. 157-158.

todavia, investigar o cumprimento de funções por cada um dos encarregados sob o domínio do delegado, ou acerca de cada ato ou decisão que ele necessite tomar para o exercício da função delegada.

Portanto, reside para o delegante que cumpriu de forma perfeita a delegação, conforme os três primeiros requisitos anteriormente apontados, duas formas, residuais e excepcionais, de responsabilização: a supervisão que diga respeito apenas às funções gerais que, apesar da delegação, ainda permaneceram sob a sua esfera de atuação, ou os deveres de intervenção.

Os deveres de intervenção integram o rol de condutas do gestor que delegou uma função, seja pela conduta negligente do delegado, como a iminência da prática de um crime, ou pela alteração no âmbito de suas funções, a exemplo do surgimento de um novo foco de perigo, inexistente ao tempo da delegação<sup>97</sup>. Em tais casos, há quem entenda que o delegante deve intervir, seja nomeando outro delegado, ou agindo diretamente para afastar o risco proibido, ou atuando de qualquer outra forma para impedir o resultado.

No que diz respeito à superveniência de uma circunstância não abarcada originariamente nas funções delegadas, a intervenção do delegante está justificada, pois para esta função ele não assumiu a responsabilidade de atuar. Sobre tal circunstância o dever de agir para impedir um resultado integra o campo de atuação do delegante, e não do delegado. Aqui, o motivo da intervenção não se fundamenta numa inabilidade do delegado para gerir a nova situação, mas sim no fato de que esta nova circunstância não integrou a delegação. O delegado pode, inclusive, possuir competência técnica para gerir a nova fonte de risco, mas ainda assim a intervenção se justifica, pois o objeto da delegação, leia-se, a transferência (pelo delegante) e assunção (pelo delegado) de uma função, deve corresponder ao quanto efetivamente assumiram as partes quando da delegação. Assim, deve-se entender que a nova situação perigosa, não objeto de delegação, integra a esfera de competência de atuação do gestor delegante.

No que diz respeito à iminência do cometimento de ilícito pelo delegado, não se pode afirmar uma posição de garantia do delegante, pois isso implica uma necessidade de efetivo conhecimento sobre a conduta do delegado. Com efeito, o exemplo proposto por Estellita, que defende a intervenção do delegante para impedir um delito prestes a ser cometido pelo delegado, dispõe que:

Sabendo o delegante que o delegado está em vias de cometer um crime de poluição mediante versão de resíduos tóxicos em curso d'água, pode não

---

<sup>97</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 158.

ordenar a outros subordinados que tomem providências físicas que impeçam o ato – fechamento de comportas ou válvulas, por exemplo -, como pode desempenhá-las pessoalmente se lhe for possível. Em ambas as hipóteses cumpre com seu dever de agir para evitar o resultado<sup>98</sup>.

O conhecimento por si não pode fundamentar um dever de agir para impedir um resultado, e, por esta razão, o conhecimento da possibilidade de cometimento de ilícitos não gera por si só, o dever de intervir no âmbito de atuação do delegado e não reintegra a função delegada à esfera do delegante. Mais uma vez, insta afirmar que a responsabilidade do delegante somente permanece se a atuação errônea do delegado integra o âmbito de competência daquele.

Portanto, ainda que um delegante saiba que o delegado atuou além do risco permitido não significa que a responsabilidade recairá sobre ele (delegante) como autor do delito, pois:

“só o conhecimento, pelo delegante, da existência de um foco de risco proibido na esfera do delegado não significa necessariamente uma quebra de confiança. Com efeito, mesmo diante da situação arriscada, o delegante pode eventualmente confiar na adequada gestão do perigo pelo delegado”<sup>99</sup>.

Isto porque o conhecimento não determina a responsabilidade por omissão, mas o dever que o indivíduo possui é que o vincula a impedir o resultado.

A delegação deve resultar em maior proteção aos bens jurídicos<sup>100</sup>, por proporcionar que os deveres de proteção e vigilância sejam exercidos por uma pessoa qualificada para a função específica, com maior possibilidade de acompanhar a execução e, portanto, melhor desenvolver a atividade, o que seria difícil se tais deveres fossem concentrados em apenas um indivíduo. A questão fundamental é, portanto, a delimitação da responsabilidade dentre os múltiplos sujeitos que integram a empresa, e, neste caso, os deveres do delegante e do delegado, para que o dever de não ocasionar riscos insuportáveis através da atividade empresarial seja mantido, mas sem concentrar esta responsabilidade numa só pessoa ou num só órgão. Para tanto é necessário estabelecer quais critérios normativos fundamentam a posição de garantia, a partir do âmbito de organização do indivíduo componente da organização empresarial.

---

<sup>98</sup> ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: Estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 158.

<sup>99</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 72.

<sup>100</sup> ESTELLITA, op. cit., p. 149.

#### 4.2.3.1 A posição de garantidor a partir da delegação de funções

Como atividade corriqueira e vital para o funcionamento da empresa, a delegação desperta a atenção quanto às competências para responder penalmente pelas condutas do delegante e delegado, bem como por terceiros que atuem sob a esfera de atuação da atividade cuja competência fora delegada. De acordo com Rebouças, o efeito jurídico-penal imediato da delegação é a “constituição de uma nova posição de garantia (genérica) do delegado; [e a] exoneração parcial da responsabilidade do delegante”<sup>101</sup>.

Se, por um lado, se entende que a delegação tira do delegante a responsabilidade, isso contribuiria para uma utilização das estruturas da organização para se beneficiar do ilícito sem assumir a responsabilidade pelo fato delituoso, resultando na chamada “irresponsabilidade organizada”. Por outro lado, se mesmo com a delegação remanesce a responsabilidade integral do delegante, a competência dos diretores terá sido aumentada excessivamente, esvaziando, por outro lado, o próprio sentido da delegação<sup>102</sup>.

Como forma de intermediar esta dificuldade que envolve a delegação e sua modificação na responsabilidade por omissão do garante, tem-se desenvolvido na doutrina, com certa unanimidade, a ideia de que a delegação significa a transferência dos deveres primários de garantia, correspondentes aos deveres imediatos sobre o desenvolvimento de determinada atividade, permanecendo deveres secundários (de supervisão) do delegante<sup>103</sup>. Isto acontece porque “a fonte de risco cuja vigilância se transferiu mediante a delegação continua pertencendo à esfera de organização do delegante, cabendo a ele, portanto, um remanescente dever de supervisão de seu delegado”<sup>104</sup>.

Discordamos desta proposta de permanência da responsabilidade do delegante como regra, por entender que a sua posição de garantia somente deve permanecer em casos excepcionais. O âmbito de organização envolve a esfera pessoal e das coisas sob seu círculo próximo de atuação, como consequência da assunção de responsabilidade. Ao delegar, outro indivíduo, via de regra, assume a atividade e toda a esfera de atuação concernente àquela, passando a fazer parte da sua organização, ou seja, do âmbito de organização do delegado.

---

<sup>101</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2011, p. 51.

<sup>102</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 349.

<sup>103</sup> REBOUÇAS, op. cit., p. 57.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 53.

Neste caso, em nome do próprio princípio de autorresponsabilidade, deve vigor aqui a regra da proibição do regresso, e não se falar em permanência de responsabilidade do delegante quanto, fática e juridicamente, o delegado assumiu a titularidade daquela esfera organizativa.

Outra solução seria se o superior delegasse um simples encargo a terceiro para a execução de tarefas concretas: aqui reside o dever de fiscalização sobre todas as atividades do terceiro no que diz respeito à tarefa confiada, por parte daquele que o encarregou da função, pois não há delegação propriamente dita, mas apenas uma ordem de cumprimento de uma atividade. Na delegação, como já afirmado, não se trata de encargo de tarefa a terceiro, mas na entrega de um rol de condutas que deverá ser organizada por terceiro, e não mais por quem delegou. Esse é o próprio sentido da delegação e é o que possibilita que as atividades empresariais se realizem.

Aqueles que defendem o dever secundário de supervisão<sup>105</sup> do delegante geralmente o fazem pensando na evitabilidade do resultado: se o superior que delegou a função não exerceu uma supervisão periódica ele responde como autor por omissão imprópria pelos atos executados pelo delegado, pois caso ele tivesse feito a supervisão ele poderia ter evitado o resultado. Esse é o entendimento de Rebouças que explica a partir de um exemplo:

O administrador da empresa delega a um diretor capacitado a gestão de determinado setor da atividade empresarial. Dentro deste âmbito, o delegado, dolosamente, permite que seus subordinados pratiquem crimes contra o meio ambiente. Em tal caso, como houve o descumprimento intencional pelo delegado de seu dever de controle direto da fonte de risco, responde ele como autor dos crimes ambientais, a título de omissão imprópria. Por outro lado, se o delegante descumpriu também o seu dever de supervisão periódica do delegado, com o que poderia ter evitado as práticas delitivas, e o fez dolosamente, responderá de igual modo como autor dos crimes ambientais, a título de omissão imprópria.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Acerca dos deveres de vigilância, consequência da organização vertical das sociedades empresárias, que geram para o superior o encargo de fiscalizar as atividades desenvolvidas por seus subordinados, há quem defenda que, por não haver regulação expressa de deveres de vigilância, seria necessário que se inclua no texto legal, seja no Código Penal ou em lei especial<sup>105</sup>, uma previsão de lege ferenda do dever de vigilância dos integrantes de órgãos de direção e administração em razão do seu vínculo com a fonte de risco, que é a atividade empresarial. Aqueles que sustentam tal argumento entendem que resta para o delegante um dever de vigilância, cujo descumprimento deve ser regulado por um tipo penal específico, tratando-se de omissão própria, portanto. É a posição de García Caveró que assevera que “Sobre el titular de la empresa delegante permanecerían ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podría fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal. No obstante, se presentan serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón, un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se trata, más bien, de una simple participación por omisión, del incumplimiento de un deber de salvamento o de una omisión pura de un deber de vigilancia”. (GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 335).

<sup>106</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 71.

Tal proposta não equivale à via mais acertada, pois o fundamento da omissão não pode estar sedimentado na inevitabilidade do resultado, por se tratar de uma situação hipotética, como já antes defendido. Ademais, possibilita a imputação por omissão infinitamente, pois, em tese, o superior poderia ter evitado qualquer resultado da empresa, caso realizasse a fiscalização detalhada de cada atividade que se passa dentro desta, mas isto, como já dito, torna impossível a prática de qualquer atividade complexa, como é a atividade empresarial.

As competências de organização envolvem deveres de seleção e de instrução e, por esta razão, não retiram do diretor a responsabilidade sobre o ilícito se o delegante falhou em escolher uma pessoa capacitada para a função (dever de seleção) ou se não deu a esse as instruções necessárias para o bom cumprimento da função delegada (dever de instrução)<sup>107</sup>. Rebouças<sup>108</sup> sustenta que, em tais casos, ou seja, na hipótese de uma delegação imperfeita, esta delegação que, por ser permitida pela norma civil, é um risco permitido, se converte em risco não permitido, o que sustenta a responsabilidade do delegante pelos atos do seu delegado. Por outro lado, se o delegante falha apenas nos deveres gerais de vigilância sobre o delegado, a ilicitude reside na esfera do delegado, não devendo o delegante responder.

Dissemos, em momento anterior, que os deveres do delegante sobre o delegado se contituem em deveres de fiscalização e intervenção. Portanto, além da supervisão, de que acabamos de tratar, fala-se num dever de intervenção com relação aos riscos surgidos pela própria figura da delegação. Neste caso, porém, entendemos que a nova situação não foi objeto da delegação, não podendo, por esta razão, ser atribuída ao delegado, ainda que ele possua conhecimento e possibilidade de agir.

As únicas hipóteses, portanto, em que reside responsabilidade por omissão do delegante é quando esta delegação não se dá de modo apropriado, como a escolha de uma pessoa incompetente para assumir a função, ou falha no aparelhamento do delegado de meios de desenvolver bem a função confiada. Além disso, o surgimento de uma fonte de perigo sob a esfera de atuação do delegado, posterior ao ato de delegação, que gera o dever de intervenção, integra a esfera organizativa do delegante, e não do delegado, que não assumiu a responsabilidade por esta nova circunstância.

---

<sup>107</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365, p. 350.

<sup>108</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista brasileira de ciências criminais**, vol. 143, ano 26, p. 45-86. São Paulo: Editora RT, maio 2018, p. 55.

São, portanto, casos excepcionais que, embora passíveis de ocorrer, não refletem a regra, pois se espera daquele que atua em sociedades lícitas, que a sua escolha se baseie visando o melhor fim e o bom desenvolvimento da atividade empresarial. Por esta razão é que se sustenta que a delegação isenta de responsabilidade o delegante e a transfere ao delegado, mas nos casos citados de escolha defeituosa do sujeito delegante e superveniência de uma nova circunstância, é possível, também, imputar-se o resultado lesivo por omissão imprópria ao delegante.

Diante do exposto, como conclusão preliminar, destaca-se que a discussão desenvolvida no presente trabalho visou fundamentar a responsabilidade do empresário por omissão imprópria, a partir de deveres de asseguramento e assunção, identificando tais deveres nas formas de operacionalizar mais comuns às sociedades empresárias, a saber, a departamentalização e a delegação. A lógica organizativa é alvo de críticas quanto à ausência de personalidade com que ela se apresenta, por supostamente considerar o indivíduo automaticamente, como organização<sup>109</sup>. Neste trabalho, buscamos demonstrar que, na verdade, a teoria organizativa significa o oposto: ela visa conferir individualidade de atuação ao considerar a liberdade que deve ser atribuída aos indivíduos para se organizar. Afirmção da qual decorre, também, a correlata responsabilização por tal organização. Além disso, acreditamos que o grande mérito da consideração organizativa da conduta, para o nosso objeto de estudo, é a liberação da responsabilidade do empresário pela atuação livre de outro empresário, livre, independente, cuja área de competência não coincide com a do primeiro. Por este princípio a atividade empresarial poderá ser regida sem significar a responsabilização penal em razão da ocupação de uma mera posição dentro da empresa.

---

<sup>109</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 94.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início do trabalho, a consideração fundamental sobre a omissão do empresário partiu da contextualização desta forma de conduta que, inserida no cenário contemporâneo, toma novos contornos e exige uma nova abordagem. A lógica de que o delito é um ato individual cometido por um movimento corporal e causa um resultado imediatamente percebido se torna inadequada para refletir possíveis delitos ocorridos em sociedades empresárias, cuja forma de organização e atuação desafia o chamado Direito Penal clássico. A manifestação delitiva, própria das sociedades empresárias, contraria noções adotadas pelo Direito Penal, como a ideia de que a causalidade é o fundamento da imputação; assim como a concepção da ação como forma de comportamento mais comum, ganhando espaço o delito por omissão; esta nova realidade desafia, ainda, a lógica de atuação direta e individual sobre o fato típico. Por este motivo, entendemos necessário o aprofundamento acerca do fundamento dogmático da posição de garantidor do empresário e os limites da sua responsabilização.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral investigar acerca da existência da posição de garantidor do empresário, e sua responsabilidade por omissão imprópria. É possível constatar que durante o desenvolvimento da pesquisa o objetivo geral foi atendido, pois o trabalho conseguiu demonstrar que o empresário ostenta uma posição de garantidor frente aos riscos oriundos da atividade empresarial, entendida como fonte de riscos.

Para alcançar tal resultado, foram inicialmente traçados como objetivos específicos, em primeiro lugar, o de demonstrar sob qual alicerce se fundamenta a posição de garantidor no Direito Penal brasileiro. Isto porque o nosso Código Penal fez a adoção da teoria formal para identificar a posição de garantidor, mas identificou-se que, para dar substrato material, ou seja, correspondência com o exercício fático das funções de garantidor, essa teoria deve ser complementada a partir de considerações importadas da teoria material, pelo que se adotou uma concepção formal-material da posição de garantidor.

O art. 13, § 2º dispõe sobre as fontes da posição de garantidor, que são a lei, a assunção e a ingerência. Estas fontes consideradas formais foram objeto de crítica pela doutrina porque uma aplicação literal levaria à falta de correspondência material: no que diz respeito à lei como fonte da posição de garantidor, a mera disposição legal, sem o exercício fático da função, não pode gerar a posição de garantidor simplesmente porque a lei assim dispõe. Da mesma forma, a assunção de responsabilidade deve corresponder à assunção fática, e não apenas nominal ou formal, da competência assumida.



O argumento utilizado para base material da posição de garantidor parte da teoria de Jakobs que sustenta a competência por organização como fundamento da responsabilidade por omissão. Para aquele autor, a posição de garantidor se firma a partir de deveres de asseguramento e deveres de salvamento (por assunção ou por ingerência). Sustentamos durante o trabalho que os dois primeiros deveres, ou seja, de asseguramento e de salvamento por assunção são as duas espécies de dever que envolvem a competência dos empresários, relativamente às competências originárias dos empresários, assim constituídos através de instrumentos normativos, ou às competências secundárias, que são os delegados que assumem uma função dentro da empresa. A ausência de correspondência material, principal crítica sofrida pelas fontes formais, é suprida pela formulação material de Jakobs, segundo o qual a posição de garantidor surge de tais deveres de asseguramento e de assunção, que implicam a assunção fática das responsabilidades atribuídas à sua organização.

Essa discussão acaba por responder, também, a um segundo objetivo específico proposto, que foi o de identificar, dentro das formas de estruturação empresarial, o modo como a posição de garante pode ser atribuída aos indivíduos responsáveis pela condução desta atividade, que, conforme se demonstrou, parte de deveres de asseguramento e assunção.

Os deveres de asseguramento dizem respeito à obrigação de impedir que um resultado lesivo parta da sua organização e adentre na esfera organizativa alheia. É a ideia de que a determinadas pessoas são atribuídos deveres, pelos quais se torna o garantidor de assegurar a organização livre de danos a terceiros. Tal dever corresponde aos chamados deveres originários dos empresários, que são aqueles contidos nas normas legais, bem como nos instrumentos que inauguram a pessoa jurídica e outros documentos aptos a fundamentar a responsabilidade pela gestão, execução, tomada de decisões e fiscalização a determinadas pessoas que compoem a pessoa jurídica. Os mencionados deveres originários se manifestam, nas empresas com frequência cada vez maior, a partir da divisão interna de competência dos dirigentes, de forma horizontal, entre setores ou órgãos, independentes entre si, mas com igual função de direção, cada um, porém, regulando um setor da atividade. É a chamada departamentalização. E a esses indivíduos que compoem os órgãos de direção, ainda que departamentalizados, é atribuída a função de direção em razão do instrumento normativo que regula aquela atividade, considera-se que, se tais indivíduos exercem na prática a função confiada, eles são considerados garantidores primários e, portanto, possuem deveres de asseguramento de que no setor da atividade empresarial, a que se direciona a sua efetiva atuação, não serão cometidos delitos.

Por sua vez, se há verticalização da atividade empresarial, ou seja, a delegação da função de fiscalização e vigilância para pessoas que originariamente não possuíam competência sobre a condução da atividade empresarial, entendemos que a posição de garantidor destas pessoas se fundamenta na assunção da responsabilidade de impedir o resultado. Segundo a doutrina de Jakobs, esta posição de garantidor se fundamenta no dever de salvamento por assunção, ou seja, diz respeito a uma competência que originariamente não integrava a organização do indivíduo, mas de um terceiro, mas em razão da assunção ele se torna responsável pelo salvamento de qualquer resultado lesivo sobre a sua competência. O delegado passa, portanto, a ser o garantidor por integrar sobre a sua esfera de organização uma nova competência que lhe fora transferida de um superior hierárquico e que agora deve ser integralmente assumida por esse. Mais uma vez, esta assunção não resulta na posição de garantidor se não for acompanhada da assunção fática pelas funções a que o delegado se responsabilizou.

Além desta fundamentação da posição de garantidor do empresário, mostrou-se, por outro lado, necessário um último objetivo específico, a saber, o de definir o alcance da posição de garantidor tanto originária dos empresários, como secundária dos delegados que assumem a função de garante e aqui se propôs um critério para o direcionamento da imputação por omissão, a partir das competências.

No que diz respeito à divisão de funções, ocorrida entre indivíduos com o mesmo grau de hierarquia, ou seja, a forma de estruturação horizontal da atividade empresarial, esta pode trazer algumas dificuldades para saber quais são efetivamente os deveres do garantidor originário, por asseguração. Já que se trata de competência originária, são todos responsáveis por tudo? Uns são garantidores pela atuação dos outros? Ainda que em órgãos distintos? Para responder a estas perguntas e delimitar a extensão destas responsabilidades, sustenta-se que o princípio de proibição de regresso impede que a posição de garantidor exceda às funções fracionadas a partir da divisão horizontal em órgãos. Isto quer dizer que os garantidores originários por asseguração que dividiram as suas funções com outros garantidores igualmente originários por asseguração serão responsáveis por omissão imprópria se falharem em deveres de fiscalização e vigilância acerca das atividades correspondentes ao seu setor. E a delimitação do âmbito de atuação deverá ser fundamentada no instrumento que sedimentou a departamentalização. Os indivíduos responsáveis pelo setor de produção não serão, em regra, garantidores pela atuação do setor de propaganda. Isto não quer dizer que não possa haver, como de fato há, esferas de competências comuns a mais de

um órgão dentro da empresa, a exemplo da tomada de determinadas decisões submetidas a órgãos colegiados, ou a execução de uma mesma tarefa dependa da atuação direta de dois órgãos em conjunto. Em tais casos, todos os que compõem tais órgãos serão garantidores pela atuação delitiva dos demais.

Com relação à estruturação vertical, esta não está livre de desdobramentos desafiantes. Importa sedimentar que a delegação implica na transferência do âmbito de competência do delegante para a esfera de organização do delegado. Não há delegação perfeita se a execução da função foi apenas parcial ou temporária, pois isto não significa a transferência de uma competência, mas apenas a execução de um comando. A delegação exige que a função delegada seja retirada da esfera de competência de quem delega, e a principal consequência disto é que o delegante não é mais responsável por omissão. A doutrina sustenta, no entanto, que deve ser resguardada ainda ao garantidor originário certa responsabilidade por uma fiscalização periódica. Insistimos em discordar de tal ponto por entender que a delegação a uma pessoa plenamente capacitada não deve deixar para o delegante qualquer responsabilidade, a não ser quanto às suas responsabilidades originárias, as quais não podem ser completamente delegadas. De outro modo, a delegação se tornaria sem efeito e impossibilitaria a liberdade de atuação do empresário sem precisar fiscalizar (ainda que apenas periodicamente) todos os campos de atuação da empresa.

A pesquisa chegou à conclusão de que o empresário ocupa uma posição de garantidor a partir do seu rol de organização, no qual é integrada a atividade empresarial. Durante o desenvolvimento da pesquisa, realizou-se, portanto, a confirmação da hipótese, pois o rol de atuação do empresário pode envolver deveres primários, por asseguração, como ocorre nas estruturas horizontais, bem como deveres secundários, por assunção, em estruturas verticais de atividades delegadas. Diante destas considerações, sustentamos que o âmbito de organização do empresário se refere às funções previstas na lei, ou através de uma assunção por delegação, as quais, se de fato exercidas por ele, fundamentam a sua posição de garantidor seja por de asseguração, para aqueles que possuem a responsabilidade de deveres primários previstos nos instrumentos normativos, ou por assunção, que são os deveres secundários, geradores de competências delegadas.

O resultado da pesquisa foi obtido a partir de pesquisas bibliográficas sobre o tema, no entanto este tema é ainda incipiente, havendo pouco material que trate diretamente da questão abordada. Muitos textos estrangeiros foram consultados, sobretudo da doutrina espanhola e alemã, que já avançou um pouco mais na discussão. Diante disso, notamos que o objeto de

estudo deste trabalho pode ser ampliado, para analisar os principais desdobramentos do quanto aqui proposto, sobretudo quanto às consequências da posição aqui adotada para as distintas formas de organização empresarial, seja em sociedade limitadas ou anônimas, etc. Além disso, pode ser objeto de estudo mais aprofundado o elemento subjetivo do delito de omissão e as implicações para as relações empresariais, bem como a possibilidade ou não da existência de coautoria nos delitos de omissão imprópria, discussão já iniciada na Espanha<sup>1</sup>.

De todo modo, esperamos ter contribuído para a discussão acerca da omissão do empresário, identificando o fundamento da sua responsabilidade e os limites da sua atuação como garantidor no seio da empresa, visando, em última instância, contribuir para que se possa usufruir de certa liberdade de atuação, sem a constante insegurança quanto às possíveis consequências do seu comportamento. O desígnio que guiou a construção deste trabalho foi o de sedimentar que a imputação penal deve se basear na pessoalidade, na consideração do indivíduo como pessoa livre, e sobre a qual residem certos deveres. E, como consequência, a atuação livre dos demais libera, como regra, que um indivíduo seja responsabilizado por atuação de terceiro alheio à sua organização, à sua pessoa, portanto.

---

<sup>1</sup> Cf. CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Delitos de omisión propia e impropia: (comisión por omisión) y problemas de coautoría. **Ciencias Penales** – Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 17, nº 23, noviembre, 2005, p. 89-102.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal, **ADPCP**, T. XXIII, Fasc. I, Enero-Abril 1970, pp. 35-48.

BARROSO FILHO, José. Criminologia e criminalidade econômica: a tutela penal das relações de consumo. **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA**. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, pp. 217-235.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Institui o novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRITO, Alexis Couto de. Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Coleção ciência criminal contemporânea**, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

CERLETTI, Marco, Juicios de imputación y juicios causales. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 239-275.

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Delitos de omisión propia e impropia: (comisión por omisión) y problemas de coautoría. **Ciencias Penales** – Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 17, nº 23, noviembre, 2005, p. 89-102.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. Santiago Mir Puig (Dir.), n. VIII, 2007, p. 364-402.

CUELLO CONTRERAS, Joaquim. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: más allá del ontologismo y el normativismo. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 08-01, 2006, p. 01:1-01:18.

DA ROSA, Fabiano. **O Direito Penal na Sociedade do Risco**: reflexos sobre os tipos penais. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2007.

DA SILVA, Leonardo Henriques. A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. **Revista de Direito**, vol. 14, nº 19, ano 2011, pp. 143-158.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. **Anuário de derecho penal económico y de la empresa**. Dino Carlos Caro (Dir.), Lima, CEDPE, 2012, pp.125-141.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, Tomo I, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 33, ano 9, jan./mar. 2001, Revista dos Tribunais, p. 39-65.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. **Consultor Jurídico**. São Paulo, abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

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

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr 2012, p. 26-57.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do Garantismo Penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte general. 8. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El Funcionalismo en Derecho Penal**: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 327-365.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. **Anuário de derecho penal y ciências penales**, Tomo 47, Fasc./ mes 3, 1994, pp. 5-60.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición. **ADPCP**, vol. L, 1997, pp. 5-112.

GOBERT, James. Criminalidade da pessoa jurídica: os novos crimes da atualidade. Tradução de Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA**. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.8, 2000, pp. 173-188.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. Em: GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 204-214.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. , Introdução à dogmática funcionalista do delito, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81-121.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-45.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no Direito Penal brasileiro. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.47-80.

HERZOG, Felix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. **Revista Penal**, nº 4, 1999, disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/4/showToc>, acesso em 30.12.2015.

JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal**: Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2000.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omisivo**. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997.

JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión**. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In ROXIN, Claus; et. al. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 129-153.

JAKOBS, Günther. Os dilemas do direito penal. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 9-55.



JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. “Sociedad del riesgo e intervención penal”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. GRECO, Luís; et. al. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**, v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, Riesgo permitido por legitimación histórica. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord). **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**, Tomo II, Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, pp. 209-235.

MASI, Carlo Velho. **A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 75.

MASI, Carlo Velho. A superação do direito penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades**, v. 15, p. 46-72, 2014, p. 66.

MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. Globalização e o Direito Penal. **Revista Liberdades**, v. 18, p. 16-43, 2015.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. 1. Ed. (ano 2004), 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista Derecho**, nº 52, diciembre 1998/abril 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 883-914.

MENDES, José Manuel. **Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 29, nº 86, p. 15-27, out., 2014, p. 16.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”. **Revista Penal**, n. 9, Salamanca, 2002, p. 59-98.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e business judgment rule no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, RT, v. 104, n. 953, pp. 51-74.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco**: uma aproximação entre a dogmática e os aspectos criminológicos. 2015. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.  
PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 48/95, Código Penal Português, 1995. Atualizado de acordo com a Lei n.º 44/2018, de 09 de Agosto. Disponível em: < <http://www.codigopenal.pt/>>; acesso em: 13 nov. 2018.

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

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 38, abr./jun, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, pp. 11-31.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.). Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, **Revista Panóptica**, ano 3, vol 17, 2009, p. 69-94.

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

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: O Social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**: Con una aportación a la metodología del Derecho penal. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. En SCHÜNEMANN Bernd (compilador). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31-80.

SERRA, Teresa. Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais. **In liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Em: Manuela Costa Andrade et. al (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 597-613.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 08/03, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximación al derecho penal contemporâneo**, Barcelona: Bosch, 1992, p. 15.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. rev. y ampl., Madrid: Civitas, , 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Adequação social e direito penal. Em: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 57-82.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Em: BRANDÃO, Cláudio (coord). **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 5. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria: um critério de imputação penal do resultado**. 2014. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires: Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.