

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JOÃO VICTOR DA SILVA PINHEIRO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA
NOS DELITOS ECONÔMICOS**

CURITIBA

2021

JOÃO VICTOR DA SILVA PINHEIRO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA
NOS DELITOS ECONÔMICOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Dr. Guilherme Oliveira de
Andrade**

CURITIBA

2021

JOÃO VICTOR DA SILVA PINHEIRO

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA
NOS DELITOS ECONÔMICOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Oliveira de Andrade

Prof. Membro da Banca

Curitiba,

de

de 2021

Aos meus pais, pois é graças a seus aos seus esforços que hoje posso concluir o meu curso. Dedico este trabalho a Deus, pois sem ele eu não teria capacidade para a realização desse almejado sonho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, pois sem Ele hoje eu não seria capaz de finalizar essa etapa da minha vida. Foi Ele quem sempre foi o meu sustento e força nas horas de angústia. Sou muito grato por toda força que Ele sempre me deu.

Agradeço aos meus pais, que investiram sempre toda sua vida em mim, não importando as dificuldades que tivessem que passar, sempre se dedicaram ao meu futuro e me deram apoio para chegar até aqui. Eles sempre serão minha âncora e meu alicerce, pois são pessoas que sempre acreditaram que eu seria capaz de chegar até aqui e por isso jamais mediram esforços para que esse momento se tornasse realidade. Vocês sempre estarão no meu coração e com toda certeza, todo esforço valeu a pena para que esse dia acontecesse.

Aos meus irmãos pela amizade e atenção dedicadas quando precisei.

Gostaria de agradecer a toda minha família, que sempre esteve ao meu lado me incentivando e acreditando no meu potencial.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, e que me ajudaram nos momentos de dificuldades, pessoas que me levantaram quando eu me sentia cansado e me trouxeram ânimo.

À minha namorada, que me acompanhou nessa última etapa da faculdade e sempre me incentivou e me apoiou, com todo amor e suporte, acreditando que eu teria forças quando nem eu mesmo enxergava. Seu apoio foi fundamental para que eu me tornasse alguém capaz de ir mais longe. Você sempre será fundamental para as minhas conquistas.

Ao meu professor orientador Guilherme Andrade, por todos os ensinamentos e contribuições que fizeram desse trabalho e desse dia possível, tanto em todo percurso acadêmico como durante a realização da monografia.

A todos os profissionais, colegas de trabalho, que fizeram dessa experiência ainda mais real e me ensinaram importantes lições que serão levadas para a vida profissional.

A todos os amigos do curso de graduação que compartilharam dos inúmeros desafios que enfrentamos, sempre com o espírito colaborativo.

Também quero agradecer à Universidade UNICURITIBA e o seu corpo docente que demonstrou estar comprometido com a qualidade e excelência do ensino.

“Esforcem-se para ter uma vida tranquila, cuidar dos seus próprios negócios e trabalhar com as próprias mãos, como nós os instruimos; a fim de que andem decentemente aos olhos dos que são de fora e não dependam de ninguém”

1 Tessalonicenses 4:11-12

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da responsabilidade penal no âmbito dos crimes econômicos nas sociedades empresariais. Tendo em vista a crescente discussão acerca do assunto, o trabalho irá abordar o tema da responsabilidade penal do dirigente por crimes omissivos impróprios diante de delitos econômicos ocorridos dentro da esfera da empresa. Se trata de questão relevante para discussão, sendo que a responsabilização do dirigente de maneira equivocada poderá fomentar a continuidade da prática de tais delitos. Para tal ocasião irá discorrer se a posição de garante estabelecida pelo Código Penal se aplica em todos os casos a pessoa do dirigente simplesmente pelo fato de ser o chefe da sociedade empresária. Será discutida ainda a hipótese da omissão imprópria para a responsabilidade penal do dirigente, devendo haver a incidência da punição somente quando constatado o dever e a possibilidade de agir. A responsabilidade deve incidir de maneira a atender as normas e princípios legais, se isentando de tomar decisões por apelos sociais e políticos. A responsabilidade penal do dirigente diante de crimes omissivos deve ser analisada conforme cada situação fática, com análise dos temas que serão abordados.

Palavras-chave: Responsabilidade penal do dirigente. Omissão Imprópria. Direito Penal Econômico. Posição de garante. Dever e possibilidade de agir.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of criminal responsibility in the context of economic crimes in business societies. In view of the growing discussion on the subject, the work will address the issue of the manager's criminal liability for improper omissive crimes in the face of economic crimes within the company. This is a relevant issue for discussion, and the responsibility of the manager in the wrong way may encourage the continuity of the practice of such crimes. For such an occasion he will discuss whether the position of guarantor established by the Penal Code applies in all cases to the person of the manager simply because he is the head of the company. It will also be discussed the hypothesis of improper omission for the criminal responsibility of the officer, with the incidence of punishment only when the duty and the possibility of taking action are verified. Responsibility must focus on meeting legal norms and principles, exempting itself from making decisions for social and political appeals. The criminal responsibility of the officer in the face of omissive crimes must be analyzed according to each factual situation, with an analysis of the topics that will be addressed.

Keywords: Criminal liability of the officer. Improper Omission. Economic Criminal Law. Position of guarantor. Duty and possibility to act.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO NOVO RAMO DO DIREITO PENAL ..	10
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO	16
2.3 O DIREITO PENAL E A <i>ULTIMA RATIO</i>	21
3 A OMISSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	24
3.1 O CONFLITO ENTRE AÇÃO E OMISSÃO	24
3.1.1 O Critério da Energia.....	27
3.1.2 O Critério da Causalidade	28
3.1.3 Os Critério Normativos e Valorativos.....	30
3.1.4 A Preferência Doutrinária Brasileira	33
3.2 A TEORIA DA OMISSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	34
3.2.1 A Omissão Própria	35
3.2.2 A Omissão Imprópria.....	37
3.2.2.1 A posição do garantidor.....	38
4 A RESPONSABILIDADE DO DIRIGENTE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA NOS CRIMES ECONÔMICOS	40
4.1 OS DEVERES DO DIRIGENTE SOBRE OS SUBORDINADOS.....	40
4.2 RESPONSABILIDADE POR CONTRATO	42
4.3 REONSABILIDADE POR NEGLIGÊNCIA	44
4.4 DA OMISSÃO DO DIRIGENTE FRENTE AOS DELITOS ECONÔMICOS	45
4.4.1 Uma Análise do Mensalão e da Operação Lava-Jato	47
4.4.2 A Responsabilidade Penal por Omissão Imprópria	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir acerca da responsabilidade penal do dirigente nos crimes omissivos impróprios em decorrência dos crimes econômicos, diante do grande debate que vem surgindo acerca de quem deve ser punido no âmbito estrutural de uma grande sociedade empresária. O estudo visa entender a responsabilidade que o dirigente de uma empresa deve possuir frente a atos ilegais cometidos por seus funcionários.

Apesar da posição superior hierárquica do dirigente, ou de sua posição de garante, deve haver uma profunda investigação para que o Direito Penal possa incidir de maneira correta na análise das situações fáticas. Não há como haver punição por simples apelo social ou político, adotar tais apelos seria esquecer os princípios pelos quais o Direito se guia, os quais serão discorridos nesse trabalho.

A discussão sobre a responsabilidade penal do dirigente já vem sendo decorrida a muito tempo. Entretanto, casos como o do Mensalão ou da Operação Lava-Jato, fizeram com que a discussão se tornasse mais acentuada, ainda mais motivada pelo fato de haver uma grande discussão política e social, os quais não podem se misturar com o Direito.

Em grandes estruturas de empresas é inviável pensar que o dirigente poderia dar atenção a tudo que ocorre dentro de sua sociedade. Trata-se de diversos funcionários, com diversas divisões e chefias. Assim, para que haja a responsabilidade penal correta, deve ser analisada a situação fática como um todo, pois simplesmente condenar o dirigente por seu cargo faz com que os verdadeiros infratores saiam impunes e conseqüentemente, fomenta a continuação da prática delitiva.

Dessa maneira, o presente trabalho irá analisar o Direito Penal Econômico como um todo, para que tal ramo do Direito possa incidir de maneira correta com análise dos delitos omissivos, para que assim possa se verificar, dentro de um caso concreto, se o dirigente pode ser responsabilizado por omissão imprópria.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO NOVO RAMO DO DIREITO PENAL

É possível dizer que nos dias atuais os crimes econômicos se tornaram um microsistema dentro do Direito Penal, principalmente pela análise da questão dogmática, onde será necessário revisitar os conceitos dogmáticos do Direito Penal e da teoria do crime para buscar uma adaptação ao modelo de criminalização econômica.

De primeiro, ressalta-se que o tratamento jurídico-penal da ordem econômica apresenta ingente dificuldade de apreensão, resultante do acurado tecnicismo terminológico e da relatividade e fluidez conceitual que a envolvem (instabilidade e relatividade de suas normas, em razão de variáveis político-econômicas), o que dá lugar a tipos penais altamente complexos e imprecisos.¹

Os delitos econômicos passam a ganhar enfoque a partir do século XX, quando começa a nascer o Direito Penal Econômico advindo da necessidade política de uma economia dirigida e centralizada. Durante a época de Estados liberais não havia uma preocupação na intervenção do Direito Penal para prevenir atos que atentassem para práticas comerciais. Isso ocorre pois antigamente a sociedade não conseguia analisar o dano causado por tais crimes, primeiro porque era inacessível informações a respeito, e segundo porque a mentalidade formada era de que criminosos seriam aqueles que atentassem contra a vida ou bem-estar da pessoa.

A percepção do dano se perde quando se trata de bens jurídicos vagos e supraindividuais, os quais são os mais afetados pelos crimes econômicos. A sociedade somente tem a tendência a responder a conduta na situação em que visualiza o dano, procurando uma vítima para que possa punir a ação delituosa. Assim, nessa visão antropológica, se torna inviável o reconhecimento do criminoso, em que há a existência de um pré-conceito formado de quem pode ou não pode ser. Tal pré-conceito é formado pela própria cultura e sociedade, onde não há punição quando não se enxergar o dano causado para além de uma vítima.

A evolução do desenvolvimento econômico-financeiro, como um todo, na era globalizada, demonstrou a necessidade impostergável da existência de mecanismos eficiente de controle, proteção, vigilância e tutela, inclusive penal, de seu regular funcionamento. O atendimento dessa demanda consagrou o surgimento de um novo segmento no ordenamento jurídico dos

¹ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37

diversos países, conhecido como Direito Penal Econômico, como uma subárea do Direito Penal clássico.²

O Direito Penal Econômico e a sua demasiada relevância após seu surgimento, demonstram que os danos causados por condutas que atentem contra a ordem econômica, podem gerar danos irreparáveis tanto quanto aquelas condutas que atentam contra a vida.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com breve introdução, cumpre destacar que até o final do século XIX para o século XX, não havia cabimento para um direito penal voltado à tutela da ordem econômica, sendo que até esse período era inviável a ideia de um direito penal econômico. Tal hipótese decorre de que naquela época os direitos defendidos e tutelados eram os individuais.

Para entender o motivo do individualismo ser predominante sobre os interesses coletivos, devemos recorrer ao contexto da época.

A Europa medieval foi marcada pelo absolutismo monárquico, onde se evidencia a etapa do feudalismo, em que o poder político pairava sobre as mãos dos senhores feudais, baseado na premissa de que, aquele que mais feudos possuía, mais poder detinha, sendo suprimido somente pelo poder da Igreja.

Da aliança formada entre Igreja e os senhores feudais, surge agora reis que são repletos de poder, sob o desígnio de Deus, onde o próprio Deus, através do homem (rei), rege o destino da humanidade, munido de um poder absoluto e ilimitado.

Do modelo de absolutismo monárquico surge uma relação de poder em que o indivíduo é objeto do poder estatal. Assim, os direitos atribuídos aos indivíduos são dádivas do governante detentor do poder. O indivíduo existe para o Estado como o administrador de sua existência³.

O rompimento do modelo teocêntrico, característica do absolutismo, surge a partir do Renascimento com o pensamento antropocêntrico, onde agora o homem

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 09.

³ GUARAGNI, Fabio André. As razões históricas do surgimento do Direito Penal Econômico. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**. v. 2, n. 1. Curitiba, 2007. p. 04.

assume o centro, no lugar de Deus, existindo não mais pelo fato de um criador divino, mas sim por sua condição de ser pensante⁴.

Nesse diapasão, o racional busca livra-se do misticismo dado à figura divina, buscando entender as leis da natureza e submetê-las à vontade do homem. Para ilustrar, François Châtelet destaca a frase de Gaileu: “A realidade sensível é inteligível, contanto que se efetuem as análises necessárias e que haja um esforço de aperfeiçoamento do instrumento matemático. Não há nada que possa escapar à inteligência humana”⁵.

Com a potencialização desse pensamento o homem agora passa a ser o centro do pensamento, tirando a ideia de um servo absoluto de um rei, para alguém digno por sua condição de ser pensante. Antes o homem objeto do poder do Estado, agora se tornar sujeito desse poder.

Diante dessa nova etapa no pensamento, o Estado agora se obriga a desenvolver uma teoria em que exalte o poder agora exercido pelo homem. O homem passa a ser dotado de direitos perante a condição humana que possui, surgindo direitos à vida, à integridade física, à liberdade e ao patrimônio, e nisso o estado civil foi criado, com o pensamento jusnaturalista. A fórmula deste pensamento se encontra no fato de que o indivíduo perde o direito de fazer justiça por si mesmo, preservando todos os direitos que, no mais, são inerentes à sua condição natural de ser humano. O Estado assume a responsabilidade de distribuir justiça, e assim, proteger os bens individuais, sendo movido pela proteção ao indivíduo. Então, o poder estatal surge pela vontade dos indivíduos, devendo estar a serviço de seus interesses, protegendo-os, no âmbito da justiça, de ameaças aos seus direitos individuais, encontrando-se limitado, não exercendo mais o poder absoluto de época já passada⁶.

Seguindo no período histórico temos o surgimento do Iluminismo, marcado pelo momento em que o Estado se enfraqueceu e os âmbitos da liberdade privada foram ampliados, revelando assim uma característica fundamental para entender o século XIX: o egocentrismo e o individualismo. Tal ideia surge do fato de que no pensamento iluminista, o homem domina a natureza por sua racionalidade. Aplicando essa linha

⁴ GUARAGNI, 2007, p. 04.

⁵ CHÂTELET, François. **Uma história da razão**. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 64.

⁶ GUARAGNI, op. cit., p. 05.

de raciocínio para a teoria geral do Estado tem-se que o Estado existe para preservar os direitos e interesses individuais, tendo como base a vida, a liberdade e o patrimônio.

Em razão da função que o Estado deveria exercer naquela época, o direito penal do século XIX, se adequou as características do modelo “liberal-burguês”, devendo assim proteger os interesses individuais violados. Assim elucidada a época Feuerbach: “A razão geral da necessidade e da existência da mesma (sanção penal) – tanto na lei como no seu exercício – é a necessidade de preservar a liberdade recíproca de todos mediante o cancelamento do impulso sensual dirigido às lesões jurídicas”⁷.

Assim, até a metade final do século XIX a proteção jurídico-penal estava voltada a interesse individuais, como cita Von Liszt “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção dos interesses é a essência do direito”⁸.

O Direito Penal então teria a função de tutelar os interesses juridicamente protegidos, quais sejam os individuais, fazendo isso de forma reforçada “por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido a criminoso”⁹. Na execução penal, o “Estado não recua diante das lesões mais graves e mais reais dos bens dos seus súditos – a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio [...]”¹⁰.

Diante de toda essa experiência história do século XIX, quando o poder estatal se consagra frente as liberdades individuais, não havia espaço, ou sequer necessidade, para que surgisse um modelo de direito penal que tutelasse a ordem econômica, uma vez que os interesses são metaindividuais. À época, o que se consolidava eram os direitos individuais, pelos mais diversos ramos do direito, sendo o patrimônio o cerne da preocupação do direito, tanto penal como civil, em razão da ascensão da burguesia¹¹.

Pode-se ilustrar o direito penal desta época como “patrimonialista”, preocupado essencialmente com o bem jurídico individual. Tanto é verdade tal aspecto, que o surgimento da polícia urbana da época visava exclusivamente a proteção básica do patrimônio da burguesia.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant**. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 61.

⁸ VON LISZT. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1898. p. 93.

⁹ Ibid., p. 98.

¹⁰ Ibid., p. 99.

¹¹ GUARAGNI, 2007, p. 06.

Diante de todo o narrado, até o início do século XX, não havia a necessidade do direito penal econômico, uma vez que não era necessária a tutela de um bem jurídico metaindividual. Surge posteriormente tal ramo do direito como uma resposta ao Estado liberal-burguês do século XIX.

Na segunda metade do século XIX, o modelo de liberalismo burguês começa a ser duramente criticado, em virtude da acumulação de capitais nas mãos dos burgueses, detentores de todo o poder e patrimônio de forma hegemônica. A exemplo disso, começam a surgir as teorias marxista, que atacavam a ideia do capitalismo, buscando assim uma igualdade social.

A partir de então, começa a surgir a ideia de que, no início do século XX, surgiria um Estado forte, interventor, moldado em contraposição ao Estado liberal. Esse discurso é aderido na revolução de outubro de 1917, na Rússia, onde o partido comunista buscava um Estado interventor em resposta ao modelo liberal¹². Giovanni Arrigui expõe o momento:

[...] a eclosão da guerra entre as grandes potências estava fadada a ter um impacto contraditório nas relações governante-governado. Por um lado, ela aumentou o poder social dos não-proprietários, direta ou indiretamente envolvidos no esforço militar-industrial dos governantes. Por outro, cerceou os meios disponíveis para que os últimos absorvessem esse poder. Essa contradição evidenciou-se no decorrer da Primeira Guerra Mundial, quando alguns anos de hostilidades declaradas foram suficientes para deflagrar a mais séria onda de protestos e rebeliões populares, até então experimentada pela economia capitalista mundial (Silver, 1992, 1995). A Revolução Russa de 1917 logo se converteu no ponto focal dessa onda de rebelião. Ao defender o direito de todos os povos à autodeterminação (o “antiimperialismo”) e a primazia dos direitos de subsistência sobre os direitos de propriedade e de governo (o “internacionalismo proletário), os líderes da revolução russa criaram a ameaça de tornar muito mais complicada a operação do sistema interestatal, num grau até então desconhecido [...]¹³

Buscando se fortalecer também, a Europa começa a se mover na onda do marxismo, buscando eliminar a centralização do Estado liberal.

Além de modelo de intervenção de ideais esquerdistas, surgem também modelos de direita, a exemplo disso se tem o fascismo italiano e o nazismo alemão. Começa assim a se modelar um Estado, pós Primeira Guerra Mundial, com ideias claramente opostos ao Estado liberal do século XIX. Agora, governos totalitários de direita, interferem diretamente na vida econômica, controlando meios de produção e

¹² GUARAGNI, 2007, p. 06.

¹³ ARRIGUI, Giovanni. **O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: UNESP, 1996. p. 64-65.

distribuição de bens e serviços. Já os totalitaristas de esquerda assumem a posição de produtores e distribuidores de bens e serviços, dizimando a iniciativa privada. Com a imposição desses modelos estatais, bem como diante da clara intervenção que possuíam na vida econômica, começa a surgir a ideia de “ordem econômica” a qual detinha o poder estatal e o mantinha forte e opressor¹⁴.

Visando tutelar suas ordens econômicas, os governos totalitários recorrem ao suprimento do direito penal, constituindo um novo campo de criminalidade visando garantir o sucesso das atividades referentes à economia, preservando os modelos econômicos. Começa então a se desenhar o modelo de “direito penal econômico” como ramo da prestação jurisdicional que visa proteger os bens jurídicos metaindividuais, ou seja a ordem econômica.

No contexto da época, ordem econômica era definida como intervenção estatal na economia, em que os interesses dos indivíduos da sociedade não eram superiores, existindo agora um direito coletivo mais importante a ser protegido, visando tutelar os interesses do Estado, daquele que controlava a economia. O surgimento do direito penal econômico exigiu a superação da ideia dos direitos individualistas, caracterizando o formato adequado ao ideal do século XX.

Um dos primeiros estudos acerca dos crimes econômicos surge com Sutherland em 1939, expondo a ideia dos crimes do colarinho branco, onde sequer eram pensados ou considerados crimes naquela época, pelo fato do sujeito ativo ser membro do alto escalão da sociedade. Seu estudo foi importante para romper com a cultura da criminologia tradicional, onde retirava a associação da criminalidade da pobreza e de pessoas com deficiências mentais ou sociais, tirando o enfoque da delinquência individual e criando uma nova criminalidade coletiva.

Com a exposição de suas ideias, Sutherland recebeu muitas críticas, haja vista seus estudos afetarem sujeitos socialmente incluídos e que negavam sua atuação criminal. Seus estudos buscavam demonstrar que os delitos praticados resultavam em uma grande lesão para a sociedade, em especial para o setor público. Mas como todo exposto, a ausência da visualização de uma vítima isentava os criminosos praticantes de uma conduta altamente lesiva.

O ladrão profissional concebe a si mesmo como um criminoso e é assim considerado pelo público em geral. Uma vez que ele não tem nenhum desejo de sustentar uma reputação pública favorável, orgulha-se de sua reputação

¹⁴ GUARAGNI, 2007, p. 07.

como criminoso. O homem de negócio, por outro lado, se enxerga como um cidadão respeitável e, normalmente, também é assim considerado pelo público em geral (...) Mesmo quando violam as leis eles não se veem como criminosos.¹⁵

A partir de então, os crimes econômicos começam a ser análise de estudo e passam a receber respaldo legal para que haja o enfrentamento de tais condutas criminosas, ainda que com muitas brechas e dificuldades na punição.

No Brasil, as Constituições de 1824 e a de 1891 não apresentaram qualquer respaldo em relação à tutela da ordem econômico. Já a Constituição de 1934 teve a primeira representação ao título especial sobre a “Ordem Econômica e Social”, que buscava uma organização conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional. No entanto, ainda não havia expressa menção acerca dos abusos relativos ao poder econômico ou qualquer tutela.

Já a Constituição de 1937 dispôs no art. 135 sobre a intervenção estatal no meio econômico, determinando de que maneira isso deveria ocorrer, fato este que decorre do surgimento do Estado Novo que busca um intervencionismo do poder público, para conciliação do bem coletivo com os direitos individuais. As Constituições de 1946 e 1967 seguiram a mesma linha de enfrentamento as práticas que eliminavam a concorrência e monopolizam o mercado econômico.

A atual Carta Magna consagrou a ideia de liberdade de iniciativa, condições de consumo, de emprego e saúde, bem como rege a intervenção estatal quando a livre iniciativa não cumprir o seu papel de maneira adequada. A Constituição Federal reflete a ideia de ordem econômica necessária ao Estado prevendo a ideia dos delitos econômicos, conforme discorre o art. 173, §5^o¹⁶.

Diante do acentuamento dos crimes econômicos, passou a existir a necessidade de uma maior tutela do Direito Penal. Ocorre que, por se tratar de um delito que gerou repercussão notória e recente, há ainda muitas brechas a serem preenchidas, existindo uma vasta lacuna na punição destes crimes.

2.2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

¹⁵ SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime de Colarinho Branco**: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 338.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Para a ocorrência de tal tutela, surge então o Direito Penal Econômico, um ramo do Direito Penal, o qual possui uma definição complexa, buscando conceituá-lo a partir da necessidade da proteção da atividade econômica. Segundo Hans Jescheck pode-se conceituar como um setor da esfera penal que dirige sua intervenção sobre as condutas que atentam contra o conjunto total da economia. Pode-se dizer, nesse aspecto, que o enfoque da tutela penal econômica busca punir aquele que atente contra a ordem ou integridade de todo o fenômeno econômico, ainda que a responsabilidade criminal das grandes corporações estejam longe de ser solucionadas, onde há muitos interesses que continuam interferindo na aplicação dos estatutos criminais¹⁷.

O Direito Penal Econômico se mostra contornado pela modernidade, uma vez que não se compara com a criminalidade tradicional. A exemplo disse tem-se que a tutela penal econômica realizada preocupa-se com a proteção de interesses metaindividuais ou coletivos, tutelando assim a ordem econômica, se contrapondo ao direito penal tradicional que regula e visa proteger bens jurídicos individuais, como a vida por exemplo.

Nesse sentido, Hassemer irá considerar as seguintes características para elucidar a ideia de Direito Penal “moderno”, onde a atuação e pensamento jurídico-penal: (i) dirigem-se a concepções metafísica e dedicam-se a uma metodologia empírica; (ii) realizam sua orientação pelo empirismo, especialmente pela ideia de orientação pelas consequências; (iii) favorecem antes ideias teórica preventivas e retributivas; (iv) tentam vincular o legislador penal e tornar suas decisões controláveis por princípios como, por exemplo, o da proteção do bem jurídico¹⁸.

O Direito Penal “clássico” tem uma ideia central onde a este centro se adequam as tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade do Direito Penal, bem como o crime de dano como a forma normal de comportamento delitivo¹⁹, ou seja, para haver uma conduta reprovável era necessária a visualização do dano. Enquanto o Direito Penal moderno visa a proteção dos bens jurídicos como meio de

¹⁷ COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Trad. Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005. p. 205.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. a. 3, n. 18. Porto Alegre, fev./mar., 2003. p. 145.

¹⁹ Ibid., p. 146.

proteger as instituições, ou seja, a proteção não recai mais sobre bens jurídicos individuais, mas sim sobre bens jurídicos universais²⁰.

Além da tutela exercida, tem-se que o direito penal econômico difere do tradicional na aplicação dos princípios, como por exemplo o princípio da lesividade ao bem jurídico, que se encontra desafiado pelos crimes de perigo, onde a lesão concreta dos bens tutelados (bens coletivos) só ocorre com a repetição do comportamento por várias pessoas. Entretanto o legislador penal pune um comportamento isolado, como uma maneira de conter a repetição, agindo de maneira preventiva.

A dificuldade de atuação do Direito Penal Econômico surge pelo fato de se tratar de um ramo do direito que visa punir condutas que possuem um caráter criminoso, enquanto na visão da sociedade, e daqueles que praticam tais condutas, não deveria passar de infrações administrativas, devendo o Direito Penal agir como *ultima ratio*. São posicionamentos como esse que dificultam a atuação do direito na esfera dos crimes econômicos, apontando como justificativa que os delitos praticados não possuem qualquer potencial ofensivo, visando assim penas mais brandas e muitas vezes até a ausência de punição no âmbito criminal. Nas palavras de James William Coleman “o sistema atual de multas e sanções precisa ser reestruturado também por outra razão. Com muita frequência, os valores das penas não chegam nem mesmo a se igualar aos lucros obtidos com o crime organizacional”²¹.

Além da busca pelo afastamento do Direito Penal na punição dos delitos econômicos, as leis existentes que se referem ao referido tema são esparsas e deixam margem para diversas interpretações, conseguindo assim afastar a punição do agente. Como exemplo tem-se o artigo 4º, inciso I da Lei 8.137/90 que afirma “constitui crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”²². Nessa referência o tipo penal se encontra na prática do abuso de poder econômico, entretanto não é fácil delimitar o abuso pois envolve uma gama de várias situações, como a ideia de mau uso, desvio de finalidade, ou até mesmo qual o limite do uso do poder para que se considere abuso.

²⁰ HASSEMER, 2003, p. 150.

²¹ COLEMAN, 2005, p. 386.

²² BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Ainda há um grande número de normais penais em branco quando debate-se a respeito da criminalidade econômica. A exemplo disso tem-se como hipótese o artigo 6º da Lei 8.137/90, onde se incrimina a conduta de quem vende ou oferece à venda mercadoria, ou contrato ou oferece serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle. Nessa hipótese é claramente necessário a integração de outros dispositivos legais para que a norma penal seja aplicada. No artigo 7º, inciso V da mesma lei, observa-se que constitui crime contra as relações de consumo elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais. Nesse sentido vê-se a necessária complementação de lei, decreto ou portaria, que estabeleça quando a comissão é legal²³.

A tutela penal da atividade econômica constitui matéria árdua e complexa – eivada de tecnicismo – e de difícil apreensão vazada com frequência em elementos normativos e normas penais em branco, com a noção de bem jurídico pouco delineada, de percepção difusa, quase inexistente.²⁴

Entre esses exemplos e diversos outros que os crimes econômicos merecem maior atenção e referencial legal, para que haja a devida punição desses delitos coletivos os quais geram diversos prejuízos e danos ao Estado e a esfera social.

[...] É notório que os principais setores do moderno Direito Penal (particularmente as drogas, o meio ambiente e a economia) estão acompanhados de déficits de execução crônicos [...] os “déficits de execução” não significam somente que as leis, lamentavelmente, não funcionam como deveriam, mas significam também que as leis e sua aplicação levam a consequências injustas e desiguais²⁵.

A dificuldade na delimitação da área nesse ramo jurídico se encontra no fato de que cada Estado atribui ao Direito Penal Econômico as funções que mais lhe convém, atribuindo assim um caráter fortemente nacional e tirando a tipificação da conduta por códigos penais, sendo disciplinadas em leis esparsas, ficando à margem da consciência popular e daquilo que entendem por crime. Dotti assim define o direito penal econômico:

²³ BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁴ LUIZ, Regis Prado. **Direito Econômico Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. VI.

²⁵ HASSEMER, 2003, p. 152.

[...] Vem a ser um ramo específico do chamado direito econômico, enquanto guarda, através da pena criminal, os bem jurídicos de caráter supraindividual ou social, distintos do patrimônio, embora possa alcançar o interesse dos particulares, consumidores ou competidores.²⁶

A conceituação do delito contra a ordem econômica tende a ser muito complexa em virtude da dificuldade na diferenciação entre infração e delito. Há aqueles que admitem diferença axiológica entre ilícito penal e ilícito administrativo onde consideram ser necessário uma grande relevância para que haja a intervenção do direito e da tutela penal. Nessa linha raciocinam, Maurach e Afatalión. Mas há outros que entendem como critério a ser seguido o da mera conveniência política, na persecução de maior eficácia social, como Hungria, Leon, Nuvolone, Andreucci e Reale, descartando assim a existência de diferença entre ambos os ilícitos²⁷.

Pode-se dizer então que o Direito Penal Econômico surge de um intervencionismo estatal, sendo que em razão da evolução do desenvolvimento econômico-financeiro, como um todo, na era globalizada, demonstrou-se a necessidade impostergável da existência de mecanismos eficientes de controle, proteção, vigilância e tutela, inclusive penal, de seu regular funcionamento²⁸.

O surgimento do Direito Penal Econômico faz com que a teoria do crime sofra revisões, sobretudo no tocante aos critérios de imputação do evento ao agente. Nesse ponto, cumpre destacar que uma das mais importantes necessidades de revisão está quanto a definição do papel do garante, em crimes omissivos impróprios, o que irá ser tratado no presente trabalho. A noção do garante dentro do direito penal tradicional é a da que o indivíduo possui um dever de evitar resultados lesivos, onde a gestão dos riscos se encontra distribuída entre os membros da sociedade. Nesse ponto desta Silva Sanchez:

A responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a ideia básica da identidade estrutural do plano normativo com a comissão ativa), está transformando-se ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estrutura organizadas (como infração do dever de vigilância)²⁹.

²⁶ DOTTI, René Ariel. A criminalidade econômica. **Revista dos Tribunais**. a. 74, v. 602, São Paulo, 1985. p. 296.

²⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 312.

²⁸ BITENCOURT, 2016. p. 09.

²⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otavio do Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.

Aqui, os crimes omissivos próprios dão lugar aos crimes omissivos impróprios, sobretudo na condição de garante do sujeito ativos nos delitos econômicos.

A culpabilidade sofre alterações, como ressalta Prittwitz, de uma “hostilidade ao bem jurídico” a simples “periculosidade ao bem jurídico”, fazendo com que para que haja a concretização do delito econômico exista apenas uma indiferença em relação as normas jurídicas, o que ainda se mostra difícil se demonstrar em razão da ausência de tipos específicos para punição dos crimes contra a ordem econômica³⁰.

Então, o Direito Penal Econômico se forma em decorrência do Direito Penal “moderno”, onde começa a visar a importância em regular aqueles problemas da sociedade moderna que levaram à modernização do Direito Penal, buscando acolher em maior quantidade os problemas especiais dessa sociedade com a proteção de bens jurídicos universais³¹.

2.3 O DIREITO PENAL E A *ULTIMA RATIO*

É certo que o Direito é baseado em princípios, e entre eles o que se destaca na seara do Direito Penal é o princípio da *ultima ratio*, sendo ele o norteador, onde só haverá a atuação do próprio Direito Penal quando se esgotarem todas as outras medidas e os outros ramos do direito não se mostrarem efetivos para a pretensão buscada. A ideia da atuação penal como último recurso decorre do princípio da intervenção mínima do Estado, onde o Direito Penal só deverá ser aplicado quando estritamente necessário.

Nesse viés, o Direito Penal, em virtude de seu caráter fragmentário, tutela específicas condutas ocorridas no mundo dos fatos, sendo que devem ser criminalizadas aquelas condutas que se mostrarem mais reprováveis.

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence³².

³⁰ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: DALBORA, José Luiz Gusmán (coord.). **El penalista liberal**: controversias nacionales e internacionales em derecho penal, proceso penal y criminología. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 151.

³¹ HASSEMER, 2003, p. 156.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 41.

Com essa ideia, há um conflito na atuação no Direito Penal nos crimes econômicos, isso porque há muitas condutas que merecem ser reprimidas apenas de ordem financeira, sendo que os demais ramos do Direito podem ser utilizados para punir condutas menos lesivas aos bens jurídicos tutelados nessa espécie.

O Direito Penal Econômico é responsável por tipificar condutas lesivas, a uma determinada ordem econômica, buscando proteger a sociedade e seu desenvolvimento. Sua atuação para a punição de alguma conduta deve se encontrar estritamente respaldadas por lei, sendo que somente as atitudes mais nocivas à sociedade merecem a tutela pelo Direito Penal.

Nessa seara é certo que existem condutas que são ofensivas, mas não merecem ser reprovadas pelo Direito Penal, pois podem ser supridas por outros ramos do direito. O problema surge em delimitar, em uma linha muito tênue, quais são as condutas que merecem ser reprovadas pelo Direito Penal, ou até onde os outros ramos do direito conseguem proteger os bens jurídicos lesados e quais os seus limites. Nota-se assim que deve haver uma necessária análise entre a proporção do dano causado, a conduta empregada, e a punição devida.

Além da dificuldade de punir, no cenário atual, a lei garante punição a todo o indivíduo que atente contra a ordem econômica, entretanto quando ocorrem por membros da alta sociedade e que geram danos irreversíveis, o sistema por vezes é falho na sua punição, considerando tais indivíduos como se não praticassem condutas que são, na visão social, repugnantes ou reprováveis. Tal desigualdade de tratamento, acaba por influir em outras classes da esfera social, como por exemplo destaca Cezar Roberto Bitencourt:

Não se deve ignorar, ainda, que a reincidência se produz nos mais diferentes âmbitos da vida social, como é o caso dos crimes econômicos, em que a corrupção e o tráfico de influências são características frequentes e conseguem, de regra, elidir a ação do sistema penal. Essa desigualdade de tratamento entre os chamados “crimes do colarinho branco” e os praticados pelas classes inferiores também influi na elevação do percentual de reincidência³³.

A ideia muitas vezes centrada na proteção a bens jurídicos individuais somente, tem garantido aos criminosos que praticam condutas contra a ordem econômica, a falta de punição ou o recebimento de privilégios e sendo assim não há como neutralizar ou evitar que tais atitudes se repitam, devendo haver uma necessária

³³ BITENCOURT, 2019, p. 611.

reanálise sobre os danos que são causados e a abrangência da atuação da tutela penal.

3 A OMISSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A atuação do tipo penal referente aos delitos está ligada a realização de um ato específico de um sujeito, o qual poderia se considerar típico, antijurídico e culpável, ou seja, a conduta ilícita seria proveniente de uma ação reprovável do indivíduo mediante a realização de uma ação ou omissão. A partir desse ponto se extrai que o delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal de autor)³⁴. Assim o direito penal só pode atuar quando há a exteriorização do pensamento ou da vontade, onde há exigência de um fato humano, uma conduta que possa ser reprovável.

3.1 O CONFLITO ENTRE AÇÃO E OMISSÃO

O cerne do debate dos crimes omissivos está em como definir a omissão como uma conduta punível, havendo uma certa crise ou conflito entre ação e omissão diante da necessidade de unificar e diferenciar os dois conceitos.

Esta é a tarefa inicial e decisiva, porque está ligada à própria natureza dos delitos omissivos e também aos fundamentos de uma racionalidade em torno de sua justificação. [...] Deve-se repetir que essa questão afeta, também, a própria punibilidade desses delitos, porquanto não se pode pensar nessa punibilidade sem dar uma solução definitiva a como identificar a conduta que se pretende punir.³⁵

Diante da prática abstrata dos delitos omissivos, onde não havia muita incidência, este não esteve em ligação com a dogmática jurídica, decorrendo também da necessidade da unificação e diferenciação entre ação e omissão. A omissão não passava, inicialmente de modalidade secundária de ação³⁶, tendo seu avanço dogmático somente com a formação de regulamento próprio a partir do século XIX, diante da diversidade normativa existente até então.

O Código Penal brasileiro começa a tratar dos crimes omissivos de maneira genérica, com o Código de 1830, onde em seu art. 2º, §1º descreve o delito como “toda ação ou omissão voluntária contrária à lei penal”. Em razão de sua definição

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 120.

³⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30-31.

³⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 106.

genérica não havia muita clareza a respeito do delito omissivo em si, sendo constantemente confundido com a ideia de negligência. Entretanto a definição do conceito da omissão começa a decorrer da evolução na teoria do delito, para então justificar o poder punitivo.

Feuerbach entendeu inicialmente que a semelhança entre ação e omissão iria decorrer do conceito de antijuridicidade, com a diferença de que na omissão deveria preexistir um dever de agir decorrente de uma lei ou de um contrato³⁷. Assim a omissão começa a se diferenciar da ação na medida em que a o delito omissivo decorreria da violação de um dever de agir, enquanto não há como se unir com a modalidade de ação.

A dificuldade do reconhecimento nos delitos omissivos se manifesta na ideia de que o crime seria punido quando causasse tal lesão a um direito subjetivo. Quando o pensamento a respeito da punição começa se modificar, a omissão então começa a ganhar respaldo.

A verdadeira ascensão dos delitos omissivos impróprios só começa a marcar presença quando se passa a substituir a lesão ao direito subjetivo, gradativamente, pela responsabilidade decorrente do resultado produzido. Em lugar da lesão ao direito subjetivo, insere-se na estrutura do delito a lesão de bem jurídico.³⁸

A partir de então começa a diferenciação entre a punição da ação e do resultado, onde a omissão começa a aparecer em virtude de sua falta de dever de agir também poder gerar um resultado que lesa um bem jurídico. Isso conduz ao fortalecimento das bases normativas para justificar a responsabilidade pelo resultado e, conseqüentemente, ao incremento dos delitos que incorporam violações de proibições e deveres³⁹.

Porém, a ascensão dos crimes omissivos não retira dela os problemas práticos preexistentes, onde ainda se encontra a necessidade de uma análise social para que possa então começar a ser desenhada uma teoria de crimes omissivos. Nesse sentido destaca Juarez Tavares:

³⁷ FEUERBACH, Anselm Ritter von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Atualizado por C.J.A Mittermaier. Gießen: Heyer, 1840. p. 49.

³⁸ TAVARES, 2018, p. 38

³⁹ HEGEL, Geroge Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Werke in 20 Bänden. Frankfurt am Main, 1970. p. 448.

No âmbito dos delitos omissivos, a exigência de que a omissão seja passível de demonstração empírica, como ato danoso ou viciosos, implica, pelo menos três consequências: a) a omissão deve ser apreciada em face de seu conteúdo material e não como conduta puramente simbólica ou normativa; b) sua estrutura deve ser construída de modo a permitir que o omitente possa opor a contraprova de sua inocuidade; c) sua punição depende, substancialmente, de sua estrutura e se torna ilegítima quando não corresponda a um ato danoso ou perigoso ao bem jurídico.⁴⁰

Além da problemática prática, deve ser somada a essa questão o fato de que, ao estruturar a tipificação de tais delitos o afetado pela norma (omitente), deve ter a chance de produzir a contraprova, ou seja, demonstrar que sua omissão não provocou dano ou perigo de dano ao bem jurídico, ou que não o pudesse, com probabilidade nos limites da certeza, efetivamente provocar⁴¹. A necessidade da contraprova surge em razão de princípios como a presunção de inocência e da intervenção mínima, bem como do princípio do *in dubio pro reo*, onde o juízo de ponderação deve atentar para que não sejam feridos tais princípios. Soma-se a essa necessidade a exigência de criação de tipos delitivos e comandos jurídicos que não suscitem dúvidas quanto ao seu objeto, alcance ou forma de ofensa ao bem jurídico, onde só haja a devida punição em omissões que se apliquem ao tipo penal específico em normas anteriores à conduta investigada.

O cerne da discussão que visa caracterizar a essência da omissão está na separação entre a ideia de ação e omissão com punições distintas para cada ato. O conceito de delito é uno, sendo a ação e omissão formas idôneas à sua realização e que têm estruturas diversas⁴². Para que então ocorra a distinção entre ação e omissão deve haver uma equiparação empírica e normativa. Nesse aspecto a equiparação material entre omissão à ação surge através de um tratamento equivalente, onde ambas subsistem sobre uma mesma forma de ilicitude, não se tratando de buscar um elemento comum em sua própria natureza, pois não se trata de modalidades idênticas.

A característica primordial sobre o ato omissivo irá incidir na violação de um dever de agir, onde todo o processo de imputação centrado na sua violação está condicionado a determinados pressupostos, que passam pela crítica e demonstração de sua proporcionalidade e idoneidade em face da lesão de bem jurídico⁴³.

⁴⁰ TAVARES, 2018, p. 43.

⁴¹ Ibid., p. 44.

⁴² PRADO, 2020, p. 120.

⁴³ TAVARES, op. cit., p. 255

[...] pode-se dizer que a relevância da omissão como violação do dever de agir é que assinala, assim, a sua própria existência. Não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. A omissão, portanto, está situada no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo no qual são valoradas as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, no qual o importante é, unicamente, assinalar suas características extrajurídicas.⁴⁴

Para que haja então a separação entre os delitos omissivos e comissivos é necessário partir para análise prática do problema. Quando a conduta se expressa devido a uma inatividade, deve haver um estabelecimento e análise sobre qual foi o motivo de tal inatividade, isso porque a omissão poderá ser confundida com os delitos culposos, devendo ser analisado assim o caso concreto. Cumpre assim destacar que, os delitos culposos irão surgir da negligência, imprudência ou imperícia do autor do fato, enquanto que a omissão existe quando a um agente foi atribuído um dever de agir e este não o faz (omissão própria), bem como quando do ato omissivo, sobre o qual o agente tinha o dever de agir, houve um resultado concreto (omissão imprópria). Dada a importância referente a necessidade de distinção, a doutrina irá estabelecer três critérios que poderão ser usados na valoração do caso concreto, analisando suas peculiaridades e evitando assim que ocorra uma tomada de decisão aleatória e meramente subjetiva.

3.1.1 O Critério da Energia

Trata-se do primeiro e mais antigo critério, sendo sustentado por vários autores de renome, como por exemplo Engisch. De acordo com tal critério, a distinção entre a ação e omissão reside no fato de que no ato comissivo, o agente irá utilizar de certa energia na realização de sua conduta, o que irá gerar um resultado. Do contrário, o ato omissivo irá se efetivar quando o indivíduo deixa de impregnar qualquer energia. Nesse caso exemplifica Tavares na hipótese de um motorista de caminhão, o qual trafega sem as luzes traseiras de advertência acesas, resultará em um crime comissivo (culposo) e não omissivo, pois ele mesmo estava dirigindo o veículo e, pois, despendendo energia para realizar tal atividade, vindo com essa atividade a produzir um resultado antijurídico⁴⁵.

⁴⁴ TAVARES, 2018, p. 254.

⁴⁵ Ibid., p. 284.

Ocorre que tal critério acaba por se encerrar na prática em virtude de que, em muitas situações não há a necessária comprovação do emprego de energia no momento do fato lesivo. Na situação do caminhão por exemplo, a energia empregada está na direção do veículo e não no sentido de manter apagadas as luzes, podendo considerar que, em relação às luzes, o motorista se encontra em plena inatividade.

Ainda outro problema que surge do emprego desse critério é na própria definição do que seria essa energia. O próprio Engisch não conseguiu definir uma forma clara de definir tal conceito. Por ora, entendera que a energia se expressaria por meio de um movimento corporal, portanto, como entidade naturalística⁴⁶, ora como conceito jurídico⁴⁷. Tal tentativa de definição gera uma objeção ao tentar construir um enunciado puramente empírico como um elemento normativo, tirando assim qualquer grau de clareza e determinação que o conceito deveria buscar preencher.

Não há como definir ao certo o conceito de energia, sendo algo indeterminado, confundido com o conceito de força. Poderá ser entendido, no entanto, como um simples momento de proposição causal. É certo que visando a aproximação na situação fática, o critério de energia poderá ser usado para descartar da omissão aqueles casos de manifesto movimento corporal. Mas então se trabalhará com o fenômeno da causalidade e não apenas com o despertar da energia⁴⁸.

3.1.2 O Critério da Causalidade

Em oposição ao critério da energia surge o critério da causalidade, defendido por Welzel⁴⁹. O critério da causalidade defende que haverá a comissão sempre que o indivíduo desenvolver um processo causal material que produza o resultado ilícito, tanto de maneira dolosa quanto culposa.

Sieber admite que a distinção correta entre os atos comissivos e omissivos irão surgir da combinação entre os critérios da energia e da causalidade, afirmando que a utilização da energia nem sempre irá interferir no processo causal⁵⁰, se tratando assim de uma conexão entre um critério mecânico e outro critério lógico. Juarez Tavares

⁴⁶ ENGISCH, Karl. **Vom Weltbild des Juristen**. Heidelberg: C. Winter, 1950. p. 125.

⁴⁷ Ibid., p. 42.

⁴⁸ TAVARES, 2018, p. 285.

⁴⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Bustos Ramirez e Yañez Pérez Santiago. 1970. p. 280.

⁵⁰ SIEBER, Ulrich. **Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen**. Juristenzeitung. 1983. p. 431.

então defende que o critério de causalidade deixa de ser naturalístico e passa a ser uma questão de valoração, pois o importante não é a produção de qualquer evento, mas unicamente do resultado típico⁵¹. Já Silva Sanchez irá ainda mais além quando coincide a causalidade com os critérios de imputação objetiva, onde irão ser conexas as comissões e omissões⁵².

Acerca da distinção entre comissão e omissão, Roxin busca demonstrá-la por dois modos. Em primeiro lugar entende que a diferenciação se processa pela produção do ato comissivo, ou seja do fazer, e não pela produção da inatividade. Por exemplo, se um indivíduo empurra outro em um rio e não lhe presta socorro haverá apenas o delito comissivo, enquanto se uma pessoa se joga no rio e desse evento começa a se afogar e o indivíduo que está do lado de fora não a salva, aí sim ocorre o delito omissivo⁵³. Já em casos mais complexos, defende que haverá um delito comissivo sempre que o desprendimento de energia for causal para o resultado ou quando deveria sê-lo de acordo com o dolo do agente⁵⁴. Do pensamento de Roxin se extrai que o critério da energia irá existir de maneira subsidiária ao critério da causalidade, havendo um auxílio entre os dois conceitos e, portanto, não há como haver a diferenciação dos atos diante da utilização apenas de um dos critérios. A causalidade seria o processo material produzido pelo agente que resulta no ato ilícito, sendo a energia uma evidência do resultado produzido mediante o ato comissivo.

O critério da causalidade ainda também suporta críticas uma vez que não consegue solucionar a distinção exata entre ação e omissão. Isso ocorre pelo fato de que, na análise da causalidade, se torna difícil diferenciar o ato comissivo do omissivo, diante de não haver consciência se o processo material produzido pelo agente se tratar do fazer positivo ou do não fazer.

As deficiências permanecem ainda com outras teorias tradicionais da causalidade, diversas da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos pressupostos da previsibilidade (adequação) ou da ação esperar, se torna problemático firmar uma nítida diferenciação entre o fazer positivo e a omissão, no plano exclusivo da causalidade⁵⁵.

⁵¹ TAVARES, 2018, p. 286.

⁵² SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **El delito de omisión**. Concepto y Sistema. 2. ed. Buenos Aires: B de F., 2010. p. 244.

⁵³ ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Tomo II. Munique: Beck, 2003. p. 652.

⁵⁴ Ibid., p. 654

⁵⁵ TAVARES, op. cit., p. 287.

Para então enfrentar essa deficiência deve haver uma delimitação típica entre o fazer e o omitir, devendo ser analisado no caso não o resultado ilícito em si, mas analisar o sentido em que a conduta queria ser empreendida para que confrontasse a norma penal, podendo nesse aspecto haver uma maior precisão quanto a análise da lesão do bem jurídico. Assim deve-se analisar no caso a atividade corporal do sujeito ou sua disposição interna de não atuar, deixando mais claro assim a incidência da conduta diante do confronto à norma.

Nas palavras de Tavares, “A causalidade funcional só tem significado quando associada a uma norma que delimite, com preciso, o âmbito de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico. Só a partir dessa delimitação será possível extrair o sentido imposto à respectiva conduta”⁵⁶.

3.1.3 Os Critério Normativos e Valorativos

Diante da dificuldade de resolução e diferenciação dos atos comissivos e omissivos perante critérios materiais, a doutrina começa a se socorrer de critérios normativos e valorativos, buscando reprová-los a conduta mediante a ofensa à norma, sendo o foco nesse aspecto o ponto de gravidade da conduta penalmente relevante e o sentido social da ação, onde a doutrina alemã passa a se debruçar.

Os critérios normativos e valorativos buscam solucionar casos mais complexos onde no ato ilícito ocorrem tanto condutas comissivas quanto omissivas. Adotando tal critério há uma valoração sobre qual dos atos deveriam ser reprovados mediante a afronta à norma e a ofensa ao meio social.

Os critérios da energia e da causalidade não podem explicar, suficientemente, vários casos controvertidos e propor-lhes uma solução adequada, principalmente quando não há uma indicação empírica de que a conduta produzira ou não uma lesão de bem jurídico.⁵⁷

A dificuldade da utilização de critérios como da energia e da causalidade estão no fato da própria construção empírica da omissão, onde muitas vezes não há uma relação concreta entre o a ação omissiva e o resultado, assim não há uma solução correta com certeza. Com essa dificuldade, o julgamento sobre indivíduo por muitas vezes irá incidir sobre o crime comissivo, e poderá afetar em muito nos seus direitos

⁵⁶ TAVARES, 2018, p. 288.

⁵⁷ Loc. cit.

com tal conclusão precipitada. O delito comissivo é, em geral, mais grave que o delito omissivo. Isso ocorre porque a infração de uma proibição (dever de omissão) tem mais gravidade do que uma infração de mandado (dever de ação)⁵⁸.

Tudo isso demonstra a importância na consideração que se deve haver na distinção entre ação e omissão, pois em muitas análises de casos concretos a conduta omissiva do sujeito pode acabar sendo despercebida ou sendo preenchida pela ação do ato.

Para que a distinção então possa se concretizar a importância de um critério que normatize a omissão é de grande valia, uma vez que irá demonstrar qual a ocasião em que se analisa o delito omissivo. Além disso também há necessidade de analisar a conduta perante o meio social e o quanto teria sido afetada a sociedade mediante tal ação. Tavares descreve então o mérito do critério:

Isso pode ser proveitoso em alguns casos, quando não se tenha uma precisa identificação do processo causal, ou mesmo quando esse processo causal, aparentemente, conduza ao reconhecimento de um delito comissivo, embora a conduta se tenha inserido num contexto de determinação e não de proibição.⁵⁹

Importa dizer então que a caracterização do comportamento do sujeito como comissão ou omissão será dada pela ordem social, a qual analisará a situação fática para saber qual ato deve ser valorado, não havendo assim critérios puramente objetivos e materiais. A ordem social é que irá impulsionar a criação de normas que devem ser penalmente reprovadas. A exemplo disso pode-se pensar na situação hipotética de alguém que está sobrevivendo por aparelhos, se em alguma ocasião um terceiro desligar os aparelhos se tratará de um crime comissivo, pois este não tem obrigação perante a sociedade ou a norma de manter os aparelhos ligados. Por outro lado, se o médico que atende o paciente desliga seus aparelhos, ocorrerá na hipótese um delito omissivo, pois ao médico é estabelecida uma norma mandamental em que ele tem o dever de manter os aparelhos ligados para que haja a preservação da vida do paciente. Perante a ordem social a conduta do médico se trata de uma omissão, pois deixou de agir conforme deveria, não fazendo o que dele se esperava.

Por mais que seja o critério mais apropriado na verificação da conduta, sobre ele ainda reside dificuldade na execução, isso ocorre pois à primeira vista a análise

⁵⁸ PRADO, 2020, p. 131.

⁵⁹ TAVARES, 2018, p. 289.

do comportamento é feita com base no resultado concreto que o sujeito pode ter produzido e não tendo como base a norma mandamental que exigia conduta diversa. É nesse ponto que começam a surgir as críticas ao critério, pois muitas vezes a norma mandamental necessita da norma proibitiva para subsistir, sendo que sua identificação é imprescindível. Assim se torna necessário que haja uma limitação do critério, conforme o sentido empreendido pela conduta e os elementos que são impostos na norma, sendo importante nesse sentido, levar em consideração os parâmetros de uma causalidade funcional⁶⁰.

A utilização dos conceitos estabelecidos pelo critério normativo e valorativo irão depender de um elemento normativo que o delimite, como é o caso do ponto de gravidade da conduta penalmente relevante, sendo que não havendo uma delimitação a respeito do critério a diferenciação entre as condutas omissivas e comissivas começarão a se ocorrer com base em decisões judiciais. É certo que a caracterização do conceito ocorre mediante a decisão judicial, no entanto tal decisão deve se socorrer de elementos materiais e normativos que embasem seu pensamento e fundamentação. Com a fundamentação e utilização dos elementos corretos é possível verificar a distinção dos comportamentos.

Na comissão a forma e o modo com o qual operam vão de encontro a proibição que a norma criou. No ato há a realização de uma conduta proibida, afrontando assim o elemento normativo. Na omissão o contraste não reside na verificação entre o que seria proibido e o que seria permitido, mas sim no fato de o agente não ter agido conforme lhe era determinado.

A contradição se dá entre o comportamento do sujeito e o dever de atuar, de um lado, e a ausência de uma atividade devida, de outro, de tal sorte que o fato se insira em um contexto global de inatividade. Assim, desde que se identifique, no caso concreto, uma situação em que a lesão do bem jurídico não está situada na forma e no modo de execução da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estar-se-á diante de um quadro de omissão⁶¹.

A maneira como a norma irá tratar o sujeito é que irá diferenciar a ação da omissão. Isso difere da utilização de outros critérios que se baseavam puramente em conceitos empíricos, não havendo o grande respaldo legal e importância da norma como há nos critérios normativos e valorativos.

⁶⁰ TAVARES, 2018, p. 290.

⁶¹ Ibid., p. 291.

Há ainda aqueles que compreendem de maneira diversa, onde a diferenciação não está na relação da norma com o sujeito e sim na ação que este cometeu com o resultado que produziu, essa é a ideia por exemplo de Stephan Ast, que entende que se a situação de conflito indicar que se trata de uma produção de resultado, configura-se o fato em face de uma norma proibitiva e haverá, portanto, um delito comissivo. De outro lado se a ocasião do conflito tiver como referência o não impedimento de um resultado, configura-se um delito omissivo⁶².

Portanto, a ideia mais aplicável seria a relação do sujeito com a norma, isso porque muitas vezes na consumação de um delito ocorre uma série de atos que podem ser acompanhados de omissões e ações e, basear a distinção entre a ação e o resultado concreto parece um tanto precipitado uma vez que, em casos complexos, o resultado obtido por não ter sido alcançado com base na ação que se analisa, em decorrência da série de ações que sucederam a conduta criminosa. A exemplo disso pode-se retornar a ideia do médico e terceiros que desligam aparelhos, ambos tiveram o mesmo *modus operandi* e produziram o mesmo resultado, no entanto um agiu com omissão e outro com comissão. Isso ocorre pois o que se analisa é o dever de agir que incidia sobre o médico, onde a omissão não está orientada pela lesão ao bem jurídico, pois a comissão gerou a mesma lesão, mas se encontra orientada pela violação do dever de agir. Entender nesse caso o comportamento do médico como uma ação delitiva implicaria dizer que ele cometeu homicídio, porém, adotante a hipótese de omissão, abre-se espaço para o questionamento e debates a respeito da idoneidade do médico para evitar a lesão do bem jurídico.

3.1.4 A Preferência Doutrinária Brasileira

A respeito ainda do critério da energia e da causalidade, eles são descartados na medida em que a omissão nada produz, e ambos os critérios partem da análise de uma ação realizada pelo agente. A crítica aos critérios começa a surgir com a insegurança jurídica que eles podem trazer uma vez que a análise do elemento normativo deve se ajustar ao contexto social ou fatores naturalísticos, como a causalidade e a energia.

⁶² AST, Stephan. **Normentheorie und Strafrechtsdogmatik**. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 113.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do direito penal. A solução não deve ser buscada através de critério único, senão de dois modos: ou na conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade, revitalizado pelo seu conceito funcional, ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato⁶³.

Desprende-se dessa conclusão de que o critério normativo deve funcionar como um recurso auxiliar negativo, solucionando assim casos como os delitos omissivos impróprios onde a conduta tem como objeto o confronto entre a incidência de uma proibição ou de uma determinação. Já nos delitos previstos pelo tipo penal a distinção da conduta deve ser feita de maneira separada, onde se analisará se a conduta que fora atribuída ao sujeito não comportar a imputação por uma ação, restará a análise de pressupostos omissivos⁶⁴.

3.2 A TEORIA DA OMISSÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Superada a discussão acerca da distinção entre a ação e a omissão é possível notar que o conceito do ato omissivo não se encontra na causalidade e nem na finalidade. Isso ocorre porque a omissão exige do indivíduo uma atitude passiva que evidencia a impossibilidade de originar um processo causal que gere um resultado.

A principal divergência na doutrina brasileira surge do conceito naturalístico da omissão, descrito pelo art. 13, caput do Código Penal: “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”⁶⁵. Como nexos normativos, afirma-se então que não há causalidade alguma na omissão, sendo que esta, como uma abstenção de qualquer atividade devida, nada pode gerar⁶⁶. Além disso, acerca da ideia normativa da omissão se diz que “se a omissão é a não execução – por parte de um sujeito – de determinada ação, isso não implica uma ausência de comportamento”⁶⁷.

Nesse aspecto, ação e omissão existem da mesma maneira na realidade. A omissão, no entanto, deve ser analisada de acordo com a valoração dada pelo

⁶³ TAVARES, 2018, p. 292.

⁶⁴ FRISTER, Helmut. **Strafrecht, AT**. Munique: Beck, 2006. p. 244.

⁶⁵ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 234.

⁶⁷ COSTA JUNIOR, Paulo Jose. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 53.

elemento normativo, ou seja, deve-se considerar um delito comissivo de acordo com o tipo penal. Assim a omissão se apresenta com propriedade de um conceito existencial-jurídico ou real-normativo⁶⁸.

Em termos legais, o dolo na omissão, como também na ação, exige a presença dos elementos intelectual e volitivo por força do conceito de dolo estampado no Código Penal brasileiro (art. 18, I). Isso significa que o dolo omissivo, além do elemento intelectual, deve compreender também a vontade da não realização da ação⁶⁹.

Os delitos omissivos então surgem da verificação da omissão de uma ação determinada, encontrando-se presente o dever de agir, poder ser geral (omissão própria), ou especial (omissão imprópria).

O dever de agir pode ser entendido como um dever geral que fora imposto pelo ordenamento jurídico, diante de um caso concreto que ele mesmo previu, como um dever geral de assistência, ou ainda, como um dever decorrente de uma relação entre o agente e a vítima, de maneira que esse agente se apresenta como um garantidor do bem jurídico tutelado, tendo o garante um dever de impedir o resultado⁷⁰.

3.2.1 A Omissão Própria

A omissão própria irá tratar então do dever de assistência, onde há um comando geral que devem ser exercidos por todos para que haja o impedimento da concretização da lesão. Nessa modalidade viola-se uma obrigação de atuar, sendo um delito comum e de mera atividade.

Entre os requisitos que preenche a omissão própria cabe destacar: a situação típica; não realização de uma ação cumpridora do mandamento; capacidade concreta de ação, que, por sua vez, exige conhecimento da situação típica e dos meios ou formas de realização da conduta devida⁷¹.

Para que haja uma distinção entre os delitos omissivos próprios e impróprios cabe o estabelecimento dos critérios de diferenciação. O primeiro deles é o critério do sujeito, onde nos crimes omissivos próprios não há a individualização do sujeito⁷².

⁶⁸ PRADO, 2020, p. 133.

⁶⁹ Loc. cit.

⁷⁰ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 43.

⁷¹ PRADO, 2020, p. 134.

⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1970. p. 110.

Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Essa é a posição, inclusive, adotada a *contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores⁷³.

O segundo critério que vale destacar para que haja a distinção é o da previsão legal, defendido por Armin Kaufmann⁷⁴. Segundo esse critério no delito omissivo próprio há a descrição da omissão no tipo penal, sendo que na omissão imprópria não há tal tipificação. A exemplo disso o art. 135 do Código Penal tipifica a omissão de socorro como “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa invalidez ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedi, nesses casos, o socorro da autoridade pública”⁷⁵. Trata-se aqui da modalidade de omissão própria.

No entanto, a classificação do delito com base nesses critérios isoladamente é inviável, isso porque é impossível a verificação da omissão própria ou imprópria simplesmente com base na definição legal.

Diante disso se postulou a distinção com base no resultado, cujos crimes omissivos próprios seriam crimes de mera atividade, sendo caracterizado pela simples violação do dever de agir, enquanto os crimes omissivos impróprios se classificam como crimes de resultado, com a imposição de um dever de impedi-lo⁷⁶. Tal teoria surge com Luden, que estabelece que o crime omissivo próprio irá tratar somente na infração de um dever de agir, enquanto no crime omissivo impróprio haverá um pressuposto de lesão de direito subjetivo, de modo que a inatividade ensejaria um resultado, assim como nos delitos comissivos⁷⁷.

Entretanto há ainda certa dificuldade na diferenciação da simples inatividade e na produção de um resultado, isso porque nem sempre o tipo penal irá descrever especificamente o evento que produzirá a lesão ao bem jurídico. Acarretada a essa

⁷³ TAVARES, 2018, p. 307-308.

⁷⁴ KAUFMANN, Armin. **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**. Gottingen: O. Schwartz, 1959. p. 277.

⁷⁵ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 605; RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. tomo 1. Frankfurt am Main: Metzner, 1977. p. 75.

⁷⁷ LUDEN, Henrich. **Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte**. v. 2. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1836. p. 219.

ideia há hoje uma forte corrente doutrinária, apoiada por Roxin, no sentido de que também se admitirá o resultado para os crimes de mera atividade, onde estaria intrinsecamente ligado a ação do sujeito.

Em complemento à sua tese, Roxin pensa que nos delitos de omissão de socorro (art. 135) e violação de domicílio, na modalidade de permanência em casa alheia contra a vontade expressa de seu titular (art. 150), tidos, classicamente, como delitos omissivos próprios, o respectivo resultado estaria na contínua falta de socorro ou abandono, e na permanente quebra da incolumidade domiciliar. A questão, portanto, ficaria restrita à observação em torno de expressões materiais do fato e não em face da respectiva norma mandamental.⁷⁸

O delito omissivo próprio pode ser resumido então como aquele em que haverá a violação de uma norma mandamental mediante a não realização de uma ação possível, cabendo isso a qualquer indivíduo. Há nesse caso a violação de um dever de agir geral.

3.2.2 A Omissão Imprópria

Atualmente se tem questionado o nome “omissão imprópria”, dizendo não ser adequado ao termo pois não há qualquer referência ao que é próprio ou impróprio. Há autores como Jescheck por exemplo que defendem que os crimes omissivos impróprios seriam crimes de omissão qualificada pois os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, como um garantidor da proteção do bem jurídico, não existindo nas pessoas em geral. Nesse caso, a grande característica dos delitos omissivos impróprios é a posição do garantidor, por isso se trataria de uma “omissão qualificada”, o que parece um termo apropriado diante da própria característica do delito que exige de certo indivíduo um algo a mais perante o restante das pessoas em gerais. Assim, o que caracteriza essa espécie delitiva é a transgressão prévia do dever jurídico de impedir o resultado, a que se estava obrigado⁷⁹.

Delito omissivo impróprio, impuro, ou comissivo por omissão (*delicta comissiva per omissionem*) – consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica)⁸⁰.

⁷⁸ TAVARES, 2018, p. 308-309.

⁷⁹ FRAGOSO, 1991, p. 241.

⁸⁰ PRADO, 2020, p. 134.

Trata-se então de um delito especial, pois tão somente aquele que anteriormente está em uma posição de garantidor do bem jurídico, diante de uma situação de perigo, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é autor⁸¹. Aqui o sujeito tem um dever especial de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado que seja penalmente proibido. O agente da omissão é criminalmente responsável pela ocorrência do resultado, porque dele se esperava uma conduta no sentido de evitá-lo, por força de uma especial vinculação protetiva para com os bens jurídicos da vítima⁸².

A situação do garantidor foi acolhida no direito penal brasileiro no Anteprojeto de Código Penal de 1962, de autoria de Nelson Hungria e se encontra inserida atualmente no art. 13, §2º do Código Penal atual. Contra ela se alega que não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem é capaz de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantidor⁸³.

3.2.2.1 A posição do garantidor

A doutrina irá estabelecer a posição do garantidor, tendo como característica dois grupos: a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e a responsabilidade.

A especial posição de defesa de certos bens jurídicos exige que alguém não tenha condições de se proteger ou defender na medida em que o garantidor terá o dever de realizar tal proteção para evitar a lesão ao bem jurídico. A pessoa indefesa nesse caso, pode confiar e esperar que o garante irá realizar sua defesa. Já nas responsabilidades pelas fontes produtoras de perigo há uma exigência de vigilância sobre as pessoas ou objetos que se encontrem subordinados a ele, gerando assim um estado de confiança.

Neste viés, a posição do garante demonstra-se de fundamental importância, isso porque é vital para a caracterização do crime omissivo impróprio a inatividade daquele que por força de uma norma mandamental deveria agir de forma a evitar o delito omissivo.

⁸¹ WELZEL, 1970, p. 298.

⁸² MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. v. 1. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 305.

⁸³ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 35.

A previsão legal de uma posição de garantir pode ser prevista em uma norma extrapenal, cita-se como exemplo a Constituição, Código Civil, entre outros, ou pode estar fixado na norma penal. Podemos dizer que a lei age como fonte do dever do garantidor. Destaca-se que não é qualquer dever que será imposto pela lei, sendo unicamente questões as obrigações de cuidado, proteção ou vigilância.

A obrigação de cuidado compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quando com educação e instrução. O dever de proteção se refere ao socorro, em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que se possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio⁸⁴.

Os casos especiais da concretização de tais deveres são constituídos entre subordinados, ascendentes e descendentes e cônjuges.

Na presente pesquisa haverá o aprofundamento no que diz respeito ao dever entres os subordinados, onde agora passa-se a análise da responsabilidade do dirigente da empresa em face dos crimes cometidos por seus funcionários.

⁸⁴ TAVARES, 2018, p. 320.

4 A RESPONSABILIDADE DO DIRIGENTE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Atualmente há uma grande discussão acerca da responsabilidade do dirigente por crimes cometidos dentro de sua empresa pelos quais ele não detinha conhecimento. Muitas vezes é visível posições equivocadas em virtude do apelo e clamor social, onde o diretor deveria ser responsabilizado penalmente pelo que ocorre em sua empresa. Seria dever do dirigente evitar a ocorrência de crimes econômicos, como desvio e lavagem de dinheiro, sonegações, uso do dinheiro para práticas ilícitas, e ele poderia ser responsabilizado por algo que não cometeu, mas em tese deveria saber?

Há noticiadas grandes matérias a respeito da responsabilidade do dirigente, onde já foram noticiadas prisões, sendo cogitada a responsabilização objetiva de dirigentes de empresas por supostos crimes ocorridos no caso de Brumadinho por exemplo, podendo serem responsabilizados por crimes contra a vida e contra o meio ambiente. Dessa hipótese, será que realmente pode-se extrair o raciocínio de que o dirigente tinha fundamental dever de evitar que as barragens se rompessem? Não pode ser aceita uma presunção negativa ante ao cumprimento das empresas que cumpriram os parâmetros legais para avaliações de risco, não há determinado nível de conhecimento técnico, muitas vezes, por aqueles que estão à frente da empresa.

Ressalvas as grandes divergências e discussões, busca-se agora um aprofundamento no que diz respeito a responsabilidade do dirigente por crimes econômicos cometidos dentro de sua cúpula.

4.1 OS DEVERES DO DIRIGENTE SOBRE OS SUBORDINADOS

Parte da doutrina ressalva que no dever de vigilância está incluída a obrigação de dominar os perigos provenientes dos atos subordinados⁸⁵. Tal entendimento é correto, mas deve haver uma delimitação desse dever. A delimitação deve ocorrer em virtude de que, numa esfera de uma grande empresa, não é possível e nem há cabimento para que o dirigente lide com todas as funções e pessoas que exercem atividades, havendo cargos específicos para os quais são delegados a fazerem tal

⁸⁵ BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 78.

serviço. O que será relevante aqui é a relação concreta do sujeito com o bem jurídico, no caso a proteção a ordem econômica, de modo que sua preservação dependa de sua intervenção⁸⁶. Na análise de uma situação hipotética, a preservação da ordem econômica dentro da estrutura da empresa, depende exclusivamente da intervenção do dirigente? Cabe a reflexão em razão de que, se está diante de uma omissão imprópria, o dirigente teria o dever de evitar a ocorrência da ação delituosa.

A prática da omissão exige um dever e possibilidade de agir, sendo que o dever, em princípio só deverá ser imposto a quem esteja em condições imediatas da prestação, ou seja, daquele que no momento tem a possibilidade de agir para evitar a lesão ao bem jurídico. Sendo pessoal, o dever só pode ser transferido em casos que a lei admita, ou quando houver substituição legal dos obrigados⁸⁷.

Nesse aspecto, deve ser ressaltado que não deve haver confusão entre a substituição legal e a instituição contratual do dever. Juarez Tavares assim define os termos: “Na substituição legal, o dever incumbe também ao substituto, independentemente da concordância ou não dos obrigados. Na instituição contratual, é indispensável que o obrigado assuma voluntariamente a responsabilidade pela substituição⁸⁸”.

A questão a ser pontuada aqui é se o dirigente, que simplesmente pelo fato de ser a autoridade maior dentro da empresa, poderá responder por atitudes praticadas por outros. Como pontuado a omissão exige o dever e a possibilidade de agir. A possibilidade de agir, dentro da estrutura de uma grande empresa, parece inviável diante da figura do diretor, isso porque na realidade fática ele não pode e não consegue fiscalizar a atividade que todos exercem dentro de sua cúpula.

A afirmativa da responsabilidade omissiva imprópria, não exige somente a constatação de que eles ocupavam a garantia em relação a ordem econômica da empresa. Impõe-se verificar se eles observavam os deveres de garantia aos quais estavam obrigados em razão do cargo que ocupavam, e aí está o grande problema da questão.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Et al. Direito penal brasileiro*. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 360.

⁸⁷ Loc. cit.

⁸⁸ TAVARES, 2018, p. 321.

4.2 RESPONSABILIDADE POR CONTRATO

No sentido de responsabilização do dirigente há uma grande rede de critérios que são vagos, entre eles a caracterização da responsabilidade do dirigente por possuir o nome no contrato social, isso decorre da ocasião em que é difícil se encontra o agente causador do fato e, estando diante de um delito cometido pela sociedade empresária, a responsabilidade recai sobre a autoridade máxima do órgão empresarial.

Nesse caso deve-se analisar e distinguir, a violação do dever do garantidor e a violação do contrato social em si, cabendo destacar a função do contrato.

O contrato é um ato jurídico em sentido amplo, onde há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Em poucas palavras conceituamos o contrato como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.⁸⁹

O contrato social irá surgir de um acordo de vontades para a prática de atividade que vise respeitar o ordenamento jurídico e cumprir sua função social e econômica. O administrador da empresa irá sim receber obrigações onde deverá respeitar o exercício de atividades lícitas e colaborar para que as atividades ocorram da maneira correta. Zaffaroni e Batista dizem que “o contrato só se converte em fonte do dever de agir quando a confiança depositada no sujeito exprime uma especial obrigação de cuidado, proteção e vigilância⁹⁰”, assim pode se falar numa confiança depositada ao dirigente para que esse cumpra com seus deveres diante da sociedade que constituiu. Embora a lei penal brasileira só se refira a responsabilidade de impedir o resultado, parece que tal ponderação é adequada para que se possa delimitar, com maior precisão, a extensão desse dever, a fim de impedir que a mera imposição de lealdade ou de adimplemento civil possa constituir uma posição de garantidor, sem uma referência ao conteúdo material da relação de proteção⁹¹.

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. São Paulo: Método, 2006. p. 22.

⁹⁰ ZAFFARONI, *et al.*, 2010, p. 362.

⁹¹ TAVARES, 2018, p. 326.

A constatação do nome em contrato social, firmado perante a perspectiva civil, poderá gerar a função de garante no âmbito penal ao dirigente? O contrato em si, estabelece uma série de direitos e deveres, no entanto não há o estabelecimento de uma posição de garantidor, sendo que tal fato se exige da interpretação do caso e da análise dos elementos subjetivos. Não há uma referência material que possa responsabilizar penalmente o dirigente simplesmente pela adesão ao contrato social. Aderir a ideia de que o mesmo deve responder por crimes simplesmente por tal fato é incentivar um critério de imputação vago, o que não é apoiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário se exige uma diferenciação entre as respectivas contribuições, com base na determinação da punição conforme o grau de reprovação estabelecido no art. 29 do Código Penal. Não pode haver uma análise meramente objetiva nesse caso pois isso deixa o direito penal obscuro e repleto de lacunas, devendo haver a análise do caso concreto em si.

O artigo 13, §2º do Código Penal estabelece que:

Art. 13 - [...]

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

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.⁹²

Para que haja a omissão do dirigente e para que tal conduta seja penalmente relevante, há a necessidade de uma análise do elemento subjetivo, sendo que o simples embasamento no contrato social não se adequa a conduta típica descrita. Isso ocorre pois como já exposto, o contrato social não estabelece uma posição de garantidor perante a conduta de terceiros que interferem no regular prosseguimento da sociedade empresarial.

Assim cabe ressaltar que a imputação de um critério vago como o exposto implica em uma dificuldade na responsabilização do real agente que praticou a conduta, pois estimula que elas continuem a ocorrer uma vez que o sujeito se enxerga livre da persecução penal em vista de que o dirigente já teria sido punido.

A ação e a omissão constituem as duas formas básicas do comportamento, sendo que se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa, o

⁹² BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, seja atribuído o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

4.3 REPONSABILIDADE POR NEGLIGÊNCIA

Aqui cabe outra importante discussão, se caberia ao dirigente a responsabilidade por negligência. Nessa questão vale a importância de distinguir o conceito de negligência com o caso da omissão. Como já exposto a omissão é uma falta do dever de agir, que exige do agente garantidor um dever de agir, mas tal dever precede uma possibilidade e dever de agir o delito ocorre de uma conduta negativa. A negligência é a culpa por uma conduta negativa. O Código Penal de 1969, numa tentativa de substituir a legislação de 1940, em seu art. 17, definia negligência como aquele que atua “deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”⁹³.

O agente atua negligentemente ao deixar de fazer o que deveria. A título de exemplo, merece destaque conhecido julgado que reconhece a negligência na conduta de engenheiro responsável pela manutenção de antigo elevador dotado de perigosa porta sanfonada interna que, violando as posturas municipais, deixou de realizar pessoalmente os serviços contratados, contribuindo com isso à morte de menor de 3 anos, lesionada quando, sem estar referida porta totalmente fechada, o carro movimentou-se e a cabeça da vítima foi de encontro ao batente superior do pavimento (TACrim/SP, RTJE 90/262)⁹⁴.

A negligência nesse caso se trataria de uma modalidade culposa de omissão, onde ao dirigente seria imputado o delito omissivo. Ocorre que para que possamos discutir acerca de uma omissão culposa é necessário analisar a posição do garante junto ao Código Penal, sendo que a função do garantidor deve respeitar estritamente o princípio da legalidade, estabelecendo assim uma responsabilidade diante daquilo que é dever do garantidor. Assim não cabe no direito penal brasileiro, a invocação de condições materiais de criação de garantidor. Os elementos contidos no art. 13, §2º

⁹³ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De1004.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁹⁴ THOMAS, Paulo Amador; BUENO, Alves da Cunha. **Direito Penal**: Parte Geral. Barueri: Manole, 2012. p. 41.

do Código Penal condicionam e delimitam, obrigatoriamente, o conteúdo da norma mandamental e, conseqüentemente, sua relação com a norma de cuidado⁹⁵.

Assim, a negligência existiria se somente a função dada ao dirigente fosse estabelecida de maneira legal no dever de garantidor estabelecido no art. 13, §2º do Código Penal. Além da função estabelecida, a conduta omissiva nesse aspecto, também exige do sujeito a capacidade de agir, isso porque é requisito fundamental para que se configure a omissão.

Atendendo, ademais, ao comando normativo, outro elemento essencial na configuração do tipo de injusto diz respeito à capacidade de agir. O sujeito deve estar em condições, conforme o exija a respectiva norma, de realizar a ação mandada. Uma vez que, nos delitos omissivos, o tipo de injusto está alicerçado na ação devida individual, e não em uma ação qualquer, a medida da capacidade é aferida segundo as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente.⁹⁶

Conclui-se que para análise de responsabilidade do dirigente perante crimes econômicos cometidos dentro de sua empresa interessa como principal questão a análise da possibilidade de agir.

4.4 DA OMISSÃO DO DIRIGENTE FRENTE AOS DELITOS ECONÔMICOS

A possibilidade de agir é um requisito que integra os delitos omissivos, é inviável imputar ao sujeito uma conduta típica sem que haja a real possibilidade de agir. A norma não pode obrigar a todos, incondicionalmente a cumprir determinado dever sendo que, na análise subjetiva de um caso concreto, não há como fazer cumprir esse dever.

Convém ressaltar que a real possibilidade de atuar está condicionada à modalidade de conduta típica a que se refere, porque inexiste uma omissão em si, senão omissão de ação determinada⁹⁷. Dependendo da configuração do tipo de injusto, essa real possibilidade pode expressar-se de várias formas, associando-se a certas características da norma mandamental. Assim, por exemplo, nas hipóteses de delitos vinculados exclusivamente a infrações de deveres, nos quais o legislador negligenciou acerca da identificação do desvalor do resultado, contentando-se com a descrição da mera inatividade, como ocorre em alguns tipos de sonegação fiscal, a real possibilidade deve também englobar a capacidade individual de realizar aquela específica conduta determinada pela norma, ou seja, a capacidade de pagar, a

⁹⁵ TAVARES, 2018, p. 423.

⁹⁶ Loc. cit.

⁹⁷ KUHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 5. ed. Munique: Vahlen, 2005. p. 531.

capacidade de fazer pessoalmente, a capacidade de prestar informações etc.⁹⁸

A questão da possibilidade de agir não é tratada somente no âmbito penal, mas também no direito civil, onde o Código Civil também irá disciplinar sobre a inexistência das condições impossíveis (art. 124).

Nesse pensamento, o sujeito não pode ser responsabilizado por sua omissão perante uma situação em que não poderia pessoalmente atuar. A capacidade de atuar é elemento do tipo nos crimes omissivos, tanto próprios como impróprios.

Dada essa introdução deve-se analisar o caso em questão da responsabilidade do sujeito. Acerca da posição do garante, Silva Sánchez afirma que os administradores da pessoa jurídica possuem duas dimensões: uma interna, destinada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, denominado de garante de proteção; e uma dimensão externa, orientada para evitar a prática de lesões que são provocadas pela pessoa jurídica através de seus membros a terceiros, denominado como garante de controle⁹⁹. Assim entende-se que ao administrador é dado um dever especial de garantir o bom funcionamento da empresa, sendo enquadrado sua omissão como imprópria.

Entretanto, na omissão imprópria, diante da sistemática do Direito Penal Econômico, um dos maiores problemas na formação da posição do garantidor dentro da estrutura empresarial, é a chamada ingerência. A ingerência “entende-se genericamente, a criação de uma nova forma de perigo por meio de uma conduta anterior do agente¹⁰⁰”. A ingerência é identificada no ordenamento jurídico como sendo um dever de agir que é incumbido ao agente que, com comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, conforme estabelece o art. 13, §2º, alínea “c” do Código Penal.

Dessa forma, deve ser analisada a possibilidade de agir e a existência de um fato pretérito criador de uma fonte de risco. O administrador irá tratar a ingerência pelo controle das fontes de risco, com base em um comportamento anterior pelo qual é responsável.

⁹⁸ TAVARES, 2018, p. 352.

⁹⁹ SÁNCHEZ, 2013, p. 79-121.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção ciência criminal contemporânea. v. 5. Belo Horizonte: D'plácido, 2016. p. 106.

A figura do gestor é obviamente responsável por possuir o controle da empresa, tendo notório interferência entre o resultado delitivo e a fonte produtora do risco que o gerou, sendo assim posicionado como garantidor. Para a caracterização dessa condição de garante assumida pelo dirigente é necessário o conteúdo material, que o coloca em uma posição especial pela responsabilidade e controle das fontes produtoras do risco. Além de possuir o domínio da fonte produtora do perigo é de extrema importância que o administrador possua o dever de vigilância sobre aquilo que administra.

Nesse sentido, analisando a grande repercussão que os delitos empresariais tem ganhado cabe agora a reflexão sobre a responsabilidade penal dos administradores.

4.4.1 Uma Análise do Mensalão e da Operação Lava-Jato

A Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”, apesar de não iniciar a discussão a respeito dos crimes econômicos, trouxe a atenção e um grande debate a respeito da responsabilidade dos administradores, apesar de ainda não haver uma convergência com o ordenamento jurídico.

No contexto do Mensalão, fora entendido de maneira equivocada, a imputação sobre o dirigente através da teoria do domínio do fato, conforme manifesto por Claus Roxin. Para Roxin quem ocupasse uma posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um crime, tem de responder como autor e não só como partícipe, ao contrário do que entendia a doutrina dominante de sua época. Segundo sua teoria, o autor é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato, mas é indispensável, no entanto, que resulte comprovado que quem detém a posição de comando determinou a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar uma responsabilidade somente objetiva, sendo ausente qualquer critério subjetivo de imputação.

Acerca da utilização do critério da teoria do domínio do fato, utilizado para responsabilidade dos administradores no Mensalão, Roxin relatou em entrevista o seguinte:

É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica? “Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria mau uso. [...] O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade? “A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção “dever saber” é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados. [...] A opinião pública pede punições severas no mensalão. A pressão da opinião pública pode influenciar o juiz? “Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o claro por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública¹⁰¹.”

A aplicação da teoria do domínio do fato com base do aparato organizado de poder, no julgamento do Mensalão, acaba por interpretar de maneira equivocada a responsabilidade do dirigente. Isso porque Roxin imputou ao critério do aparato de poder o requisito de que a organização deveria ser dissociada de uma ordem jurídica, assim tal critério se aplica a organizações criminosas em que há uma estrutura verticalizada e não as estruturas empresariais¹⁰².

Aplicar a ideia de aparato de poder dentro de uma empresa, imprimiria a conotação de que as sociedades empresariais podem ser entendidas como organizações criminosas. Tal pensamento não pode ser aceito, isso porque se ocorresse uma ordem ilegal pelo dirigente em uma determinada estrutura hierárquica, é de se esperar que elas não fossem acatadas por terceiros autorresponsáveis¹⁰³.

Nesse caso, negar tal hipótese apontada por Roxin em sua entrevista, seria fomentar uma responsabilidade penal objetiva, algo completamente ultrapassado em um Estado Democrático de Direito. Para que haja o domínio do fato, critério utilizado no Mensalão, é necessário que o autor tenha absoluto controle sobre o executor do fato, e não apenas possuir uma posição de superioridade ou de representatividade dentro da empresa, como interpretou a jurisprudência brasileira. O Direito Penal é firmado em um juízo de certeza, onde a simples dúvida da culpa do agente deve ser motivo para inocentá-lo em decorrência da presunção de inocência.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. Entrevista concedida às Cristina Grillo e Denise Menche. Participação no comando de esquema tem que ser provada. **Folha de S. Paulo**. 11 nov. 2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁰² GRECO, Luís. *Et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 29.

¹⁰³ Loc. cit.

A responsabilidade de um administrador por omissão imprópria, deve nesse sentido, ser acompanhado da possibilidade de agir do dirigente, e do completo controle sobre o executor do fato, não havendo necessidade de ser punido em razão de seu cargo.

O que ocorre no cenário brasileiro é justamente a última questão apontada na entrevista de Roxin, grandes ações penais como a do Mensalão e Lava-Jato, sofrem muitas pressões externas, o que acabam por tirar do magistrado o seu julgamento com base no Direito e o leva para uma análise política acerca da questão. A população em seu grande clamor, e por vezes sem entender corretamente como funciona o exercício do direito, procura a prisão de todos os nomes que aparecem em processos como esses, acreditando que irá gerar uma sociedade melhor e enfim punir os criminosos. Isso gera um juízo de valor muito grave sobre dirigentes, que por muitas vezes nem mesmo sabem o que houve, e acabam pagando por erros que não cometeram. Cumpre ainda salientar que fomentar a responsabilidade de um administrador que em tese teria sido omissor com alguma conduta dentro de sua empresa, faz com que a persecução recaia somente sobre ele, pois seria a prisão do “peixe maior” dentro da esfera da sociedade. Isso isentaria aqueles que realmente praticaram a conduta delituosa.

A teoria do domínio do fato, desenvolvida por Roxin, foi utilizada pelo STF no julgamento da Ação Penal nº 470 como direcionadas a estruturas hierárquicas que atuam fora do ordenamento jurídico, como subsídio para responsabilizar criminalmente indivíduos cuja participação no esquema criminoso carecia de elementos probatórios. No entanto, não se pode analisar o contexto fático ocorrido no caso penal, com base na teoria, somente por falta de elementos probatórios, até porque, como demonstrado, o dirigente deve ter total controle sobre o autor da execução. Ademais, a ausência de conteúdo probatório deveria inocentar o acusado e não o contrário. Tal teoria contraria a premissa da responsabilidade penal da personalidade, não havendo qualquer espaço para uma responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Toda a dificuldade decorre do clamor e apelo social exposto, o qual tem feito muitas decisões saírem da esfera do direito em si, e serem tomadas com base na esfera política, e assim se permite a inadequada responsabilização dos administradores tão somente em razão da posição de liderança que ocupam. A ideia de domínio do fato deve representar o critério determinante da

autoria, mediante a aferição das relações do ser com o outro e o conseqüente resultado, o qual se caracteriza pela ofensa a um bem jurídico¹⁰⁴.

Nas diversas decisões que ocorreram no âmbito da Operação Lava-Jato, os fundamentos se apoiaram nos argumentos de que qualquer sujeito que esteja na posição de liderança de uma organização será responsável por dar toda qualquer ordem dentro da estrutura empresarial, pressupondo assim um conhecimento ilimitado por todos os atos que ocorrem dentro de sua empresa. Adotar tal pensamento é inviável, simplesmente pelo fato de que uma grande empresa, por vezes se divide em diversos setores, com diversas chefias, sendo que o líder da empresa não atenderá a todos os seus funcionários.

Nota-se assim que a evolução jurisprudencial no Brasil nos casos de corrupção se aproxima da experiência norte-americana no sentido de responsabilizar dirigente por ação ou omissão quando os fatos demonstrem que tinham ou poderiam ter conhecimento da prática de atos ilícitos.

Na seara de uma grande empresa, denota-se que os crimes econômicos cometidos, como lavagem de dinheiro, decorrem de diversas práticas que visam burlar o sistema e tentam esconder todas as suas práticas. Setores que são responsáveis por fiscalizar o dinheiro que circula dentro da empresa, por muitas vezes na realidade fática, não chegam ao conhecimento do dirigente que desenvolve função diversa e possui pessoal própria para tal tarefa. Sendo assim, qualquer delito que ocorra não poderia ser por ele evitados quando não houver por ele o controle sobre quem está exercendo o ato ou mesmo a possibilidade de agir e evitar que o resultado proibido ocorra.

A exigência da possibilidade de agir não está subordinada à prévia tipificação das condutas omissivas, mas constitui uma condição imprescindível no procedimento de imputação, que é inerente a todos os tipos penais de resultado ou de mera atividade, sejam ou não cometidos por omissão, submetidos a um mandado geral de assistência (crimes omissivos próprios) ou a um especial dever especial de impedir o resultado¹⁰⁵.

4.4.2 A Responsabilidade Penal por Omissão Imprópria

¹⁰⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

¹⁰⁵ TAVARES, 2018, p. 354.

A problemática da responsabilidade penal por omissão imprópria dos administradores das empresas, reside no conhecimento ou não das circunstâncias de perigo que colocaria o dirigente como garante, devendo agir para evitar a ocorrência da conduta lesiva. O dever de agir, nesse raciocínio, nasceria da necessidade de controle sobre a empresa.

O que ocorre, no entanto, é que são diversos os fatores que devem incidir sobre a imputação do agente diretor, isso porque, além da situação de perigo que a empresa se encontraria, devemos analisar no caso a possibilidade de agir e se naquela ocasião o administrador terá o controle sobre o executor do fato.

Nota-se assim que a responsabilidade por omissão imprópria nos crimes econômicos do dirigente é algo que ainda não detém muito amparo legal. Isso ocorre porque como todo exposto, o Direito Penal Econômico e os crimes por ele defesos, são recentes e encontram muita generalidade na imputação e normas em branco, o que dificulta a delimitação do ramo. Além disso a omissão imprópria no âmbito do dirigente exige uma série de fatores a serem preenchidos, como já exposto, não podendo ele ser responsabilizado por conduta de outrem.

Sutherland destaca ainda as corporações como facilitadoras de ilegalidades, pelo “anonimato das pessoas para impedir a determinação de responsabilidade individuais e uma maior justificação de seu comportamento”¹⁰⁶. Essa dificuldade em delimitar a pessoalidade da punição acaba por gerar, como já visto, punições ao administrador, diante de crimes que não se enquadram muitas vezes a tipificação legal, simplesmente por não agir para evitar o resultado. Nesse âmbito há uma extrema necessidade de delimitar a responsabilidade do administrador, pois ele acaba por correr diversos riscos de imputação penal, diante da conduta de outros, sem muitas vezes saber o que está havendo.

O delito em decorrência de uma organização empresarial, na visão de Nieto Martín é “um delito estrutural, no sentido de que a existência de uma corporação implica um maior risco de que apareçam condutas ilícitas por parte de seus empregados¹⁰⁷.” Assim pode-se dizer que em decorrência desse delito estrutural e da dificuldade em penalizar o autor da conduta lesiva, a responsabilidade acaba recaindo sobre o dirigente, mesmo sem qualquer prova de sua autoria.

¹⁰⁶ SUTHERLAND, 2015, p. 344.

¹⁰⁷ MARTIN, Adan Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008. p. 40.

Na ocasião não há como se estabelecer que a posição de garantidor irá fazer com que ele evite crimes contra a ordem econômica, isso porque, por mais que o sujeito sempre busque evitar o resultado lesivo, irá constatar-se a ausência da sua possibilidade de agir para garantir que não ocorra, e assim analisando subjetivamente o caso, o mesmo não poderá ser responsabilizado com base em entendimentos como o do julgamento do Mensalão pelo STF.

A constituição de uma pessoa jurídica é lícita e fomentada pelo direito, para que haja o desenvolvimento através da necessidade socioeconômica da sociedade. Assim, a forma de estruturação das empresas, estão diretamente ligadas à necessidade individual de cada uma na gestão interna de suas tarefas. O fato de a pessoa jurídica promover o agrupamento de pessoas, não o faz por si só uma fonte de perigo, até porque quando se constitui a empresa as atividades ali realizadas buscam objetivos lícitos, sendo que eventuais condutas lesivas devem ser analisadas no campo da responsabilidade penal comissiva do agente infrator.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos delitos econômicos, que são recentes no ramo do Direito Penal brasileiro, se mostra necessária uma mitigação e um aprofundamento no critério de imputação de sua responsabilidade, evitando critérios puramente objetivo. A posição de garantidor não deve fazer do dirigente responsável por todas as infrações ocorridas nos delitos econômicos, pois muitas vezes ele pode estar trabalhando para evitar que isso aconteça, mas a lesividade ocorrerá fora de sua vista. Há sim a necessidade de um apelo ao julgamento com base no Direito em si, e não através do clamor social, que acaba por inverter princípios, condenando dirigentes por faltas de provas de sua inocência, quando deveria ser ao contrário.

A utilização de critérios de maneira equivocada acaba muitas vezes, por imputar responsabilidade ao dirigente, que acabam respondendo por atos que não cometeram ou que não tiveram ciência.

É certo que existe sim dentro de uma estrutura verticalizada, ordens que são dadas diretamente pelo membro do mais alto escalão e realizadas por terceiros, entretanto não se pode punir de maneira generalizada chefes de grandes empresas que estão sendo responsáveis em seus afazeres por atos ilegais cometidos por seus funcionários.

A posição de garantidor, como já discorrido, atribui ao dirigente o dever de evitar que determinadas situações possam ocorrer. Acerca disso o Código Penal em seu artigo 13, §2º estabelece que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Analisando o artigo é evidente que a análise do caso concreto é de extrema relevância para determinar a culpa, pois não é sempre que o dirigente poderá agir para evitar o resultado delituoso. Entende-se assim que somente figura como garantidor quando preenchido tais requisitos.

Deve-se considerar que delitos econômicos ocorridos dentro de uma grande estrutura empresarial dependem de uma profunda investigação, pois se tratam de crimes que ocorrem sem muitas vezes serem notados. Imputar responsabilidade ao dirigente simplesmente por ser o chefe da organização da empresa é incentivar que os verdadeiros responsáveis continuem a praticar tais atos delituosos, uma vez que nunca são atingidos.

Há de se questionar a posição de garantidor do dirigente em determinadas ocasiões, pois conforme discorre a norma, deve existir para o omitente, o dever e a possibilidade de agir para evitar o resultado.

Assim, o Direito Penal deve agir em respeito a norma legal e não ao apelo social ou político, aplicando princípios e normas de maneira correta para que haja a punição do verdadeiro criminoso que afeta a ordem econômica.

Nesse diapasão considera-se a necessária e profunda análise do caso concreto para que haja a pretensão punitiva do Estado. Há de se esclarecer que existem por tais das grandes empresas muitos delitos econômicos e que ocorrem sim, muitas vezes, por ordens de superiores hierárquicos. Entretanto, quando discutimos acerca da responsabilidade por omissão imprópria, não se pode generalizar a punição sobre dirigente, pois é necessário nesse caso a análise da possibilidade e do dever de agir.

A posição de garante para um dirigente empresarial diante de um crime omissivo impróprio pode resultar na punição somente deste, fomentando os verdadeiros culpados a continuarem nas suas práticas delituosas.

Dessa maneira, deve ser pretendida a ação do Direito Penal como meio de evitar a conduta que fere a ordem econômica, necessitando da punição para os verdadeiros atores da infração legal.

REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARRIGUI, Giovanni. **O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: UNESP, 1996.
- AST, Stephan. **Normentheorie und Strafrechtsdogmatik**. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos imprópios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos imprópios**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Tratado de direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant**. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
- _____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
- _____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1004.htm>.
- _____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.
- CHÂTELET, François. **Uma história da razão**. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. Trad. Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOTTI, René Ariel. A criminalidade econômica. **Revista dos Tribunais**. a. 74, v. 602, São Paulo, 1985.

ENGISCH, Karl. **Vom Weltbild des Juristen**. Heidelberg: C. Winter, 1950.

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

FEUERBACH, Anselm Ritter von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Atualizado por C.J.A Mittermaier. Gießen: Heyer, 1840

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRISTER, Helmut. **Strafrecht, AT**. Munique: Beck, 2006.

GIMBERNAT, Enrique Ordeig. **Omisión impropria e incremento del riesgo em el Derecho penal de la empresa**. v. LIV. ADPCP, 2001.

GRECO, Luís. *Et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GUARAGNI, Fabio André. As razões históricas do surgimento do Direito Penal Econômico. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**. v. 2, n. 1. Curitiba, 2007.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. a. 3, n. 18. Porto Alegre, fev./mar., 2003.

HEGEL, Geroge Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Werke in 20 Bänden. Frankfurt am Main, 1970.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Armin. **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**. Göttingen: O. Schwartz, 1959.

KUHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 5. ed. Munique: Vahlen, 2005.

LUDEN, Henrich. **Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte**. v. 2. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1836.

LUIZ, Regis Prado. **Direito Econômico Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. VI.

MARTIN, Adan Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. v. 1. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: DALBORA, José Luiz Gusmán (coord.). **El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales em derecho penal, proceso penal y criminología**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 151

ROXIN, Claus. Entrevista concedida às Cristina Grillo e Denise Menche. Participação no comando de esquema tem que ser provada. **Folha de S. Paulo**. 11 nov. 2012. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>>.

_____. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Tomo II. Munique: Beck, 2003.

RUDOPHLI, Hans-Joachim. **Sysyematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. tomo 1. Frankfurt am Main: Metzner, 1977.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otavio do Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **El delito de omisión**. Concepto y Sistema. 2. ed. Buenos Aires: B de F., 2010.

SIEBER, Ulrich. **Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen**. Juristenzeitung. 1983.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção ciência criminal contemporânea. v. 5. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes**. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

THOMAS, Paulo Amador; BUENO, Alves da Cunha. **Direito Penal**: Parte Geral. Barueri: Manole, 2012.

VON LISZT. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1898.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. Bustos Ramirez e Yañez Pérez Santiago. 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Et al.* **Direito penal brasileiro**. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010.