



PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS GESTORES DE EMPRESAS NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS¹

Gustavo Ribeiro Gomes Brito*

RESUMO

A criminalidade econômica ou empresarial é um grande problema na atualidade e tem sido objeto de estudo em diversos países. O presente trabalho busca apresentar os problemas relacionados à imputação de responsabilidade penal de gestores de empresas quando da prática de delitos omissivos impróprios, bem como os pressupostos para a sua realização.

PALAVRAS-CHAVE

CRIMES – EMPRESA – OMISSÃO – RESPONSABILIZAÇÃO – GESTORES

ASSUMPTIONS FOR THE CRIMINAL LIABILITY OF COMPANY MANAGERS IN IMPROPER OMISSIVE CRIMES

RESUME

Economic or business crime is a major problem today and has been the subject of study in several countries. The present work seeks to present the problems related to the imputation of criminal liability of company managers when committing improper omissive crimes, as well as the presuppositions for their accomplishment.

KEY WORDS

CRIMES - COMPANY - OMISSION - LIABILITY - MANAGERS

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade praticada no âmbito empresarial é um fenômeno cada vez mais comum e tem chamado a atenção da opinião pública e autoridades no Brasil e em diversos países² por conta de inúmeros fatores.

* Gustavo Ribeiro Gomes Brito, advogado criminalista, graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador e mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Endereço: Rua Soldado Luíz Gonzaga das Virgens, nº 138, São Conrado Offices, salas 204/205, Caminho das Arvores, Salvador-Bahia. CEP.: 41.820-560. E-mail: gustavobrito@gbmn.com.br.

² ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa (artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.





No Brasil, especialmente após a Ação Penal 470, os processos da Operação Lava-Jato e do caso de Brumadinho, este tema adquiriu ainda mais relevância no cenário jurídico.

Além dos valores econômicos e dos bens jurídicos envolvidos, a dificuldade de identificação dos possíveis culpados e da individualização de condutas têm motivado a preocupação e estudo por parte da doutrina. Até porque a legislação penal brasileira adotou em sua estrutura o modelo da responsabilização individual da pessoa pelos atos violadores de bens jurídicos definidos como crime. Assim, por regra, o direito penal descreve condutas proibidas, e, por exceção, prevê a realização de ações protetoras de bens jurídicos³, ambas, se não obedecidas, podem ensejar a cominação de uma sanção penal.

Todavia, os estudos sobre os denominados “crimes empresariais” têm apontado que nem sempre os delitos praticados no âmbito da empresa se realizam de forma direta e por meio de ações (atos positivos), muitas vezes ocorrem mediante atos de interpostas pessoas ou por meio de omissões próprias ou impróprias, outra circunstância que evidencia a complexidade na identificação dos verdadeiros responsáveis por condutas criminosas.

2. OBJETIVOS.

O presente estudo tem como principal objetivo fazer uma pesquisa sobre a estrutura do direito penal, especificamente no tocante aos crimes omissivos, haja vista a grande relevância do tema, que é objeto de muita discussão na doutrina nacional e estrangeira, bem como na jurisprudência.

Assim, será imprescindível analisar institutos elementares do direito penal, promovendo um estudo sobre os conceitos de ação e a omissão (própria e imprópria), as suas formas de distinção, assim como temas mais avançados, à exemplo da imputação objetiva e responsabilização do agente, princípios aplicáveis nos crimes econômicos e análise dos problemas identificados pela doutrina nestes temas.

Não se pretende esgotar toda a discussão sobre o tema, até porque nem seria possível diante da complexidade envolvida, porém analisar os pressupostos de responsabilização dos dirigentes nos casos de omissão imprópria referentes a atos praticados por demais integrantes

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral, 7ª ed. revista, atualizada e ampliada, pg. 196, Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



da empresa, e, através de levantamento do posicionamento doutrinário e jurisprudencial nacional e estrangeira.

Outrossim, se busca promover uma contribuição por meio do estudo e exposição dos problemas identificados pela doutrina e jurisprudência, bem como indicando possíveis soluções encontradas.

3. METODOLOGIA.

No tocante aos objetivos, a pesquisa será exploratória, conduzida através de estudo bibliográfico de atinente ao conceito de ação, omissão e pressupostos de imputação dos delitos empresariais realizados através de omissão imprópria.

De mais a mais, a trabalho será de cunho explicativo, com vistas a evidenciar os questionamentos relacionados ao tema na doutrina e jurisprudência, buscando indicar soluções aos problemas identificados.

A pesquisa desenvolvida será do tipo bibliográfica, mediante a análise de livros, monografias, dissertações, jurisprudência, teses acadêmicas e artigos científicos que versem de forma analítica sobre o tema em questão, bem como do tipo documental, com o levantamento de julgados que enfrentem a temática objeto de estudo²¹, além de buscar sistematizar os dados coletados em obras e documentos que tratam do tema.

4. O CONCEITO DE AÇÃO E OMISSÃO.

Antes de avançar ao ponto central deste estudo, é extremamente relevante trazer alguns esclarecimentos sobre os conceitos de ação e omissão.

Tratando do tema, CIRINO⁴ refere-se a RADBRUCH enunciando que ação e omissão seriam opostas entre si, como **A** e **não A**, sendo que **A** representaria a execução de uma conduta vedada pela legislação e **não A** consistiria em deixar de praticar uma ação mandada.

O autor apresenta três critérios para distinguir a ação da omissão: *causalidade*, *risco* e *dolo*. Pelo primeiro, a ação se verifica quando há um resultado causal; já a omissão quando um juízo de valor aponta para a existência de um dever de agir. No segundo, a ação se consubstancia

⁴ Op. cit., pg. 193.



pela criação ou elevação de um risco ao bem jurídico, já a omissão restaria configurada pela ausência de criação ou de elevação do risco para o bem jurídico. Por fim, no terceiro critério, a ação se identificaria através de um ato direcionado à vítima, enquanto a omissão consistiria na inexistência de intervenção em processo causal independente e causador de risco para a vítima⁵.

TAVARES⁶ define ação como uma “*conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito*”, fazendo a ressalva de que somente possui “*relevância para o penal quando estiver vinculada a uma norma criminalizadora*”⁷. Em relação a omissão, o autor conceitua tal instituto como sendo a “*não realização de uma ação determinada*”⁸, ideia semelhante à de FIGUEIREDO DIAS⁹, para quem, na omissão “*o agente não levou a cabo a ação esperada ou imposta*”.

Adota esse mesmo entendimento MIR PUIG¹⁰, cuja opinião é de que a omissão não representaria uma mera passividade, porém uma conduta ativa distinta do desejável, daquilo que a pessoa estaria obrigada a fazer.

No entanto, a omissão somente será penalmente relevante quando a ação esperada representar uma obrigação decorrente de uma lei ou contrato e causar lesão ou perigo a um bem jurídico protegido, conforme disposto no Art. 13, §2º, do Código Penal.

É importante destacar que na omissão realiza-se um desvalor do resultado do ato praticado pelo agente com capacidade de provocar perigo ou lesão a bem jurídico legalmente protegido.

5. OS DELITOS OMISSOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS.

Vencida a questão da distinção entre ação e omissão, o presente estudo irá se limitar à análise dos crimes comissivos por omissão, os quais se diferenciam dos crimes omissivos

⁵ Op. cit., pg. 194,

⁶ TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito, 1ª edição, pg. 135, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁷ Op. cit., pg. 133.

⁸ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, 1ª edição, pg. 47, São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 1ª ed., pg. 905, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. Direito Penal: fundamentos e teoria do delito; tradução Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciuncula Neto, pg. 267, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



próprios pela estrutura da norma que impõe ou proíbe uma atividade e não pela conduta ou resultado que ela venha a causar¹¹.

Conforme a doutrina mais recente, toda norma penal encerra em si uma relação dialética proibitiva e mandamental, pois a primeira, concomitantemente, proíbe uma conduta e determina a realização de outra, e a segunda, ao impor uma atividade proíbe outra.

KAUFMANN¹² compreende que as condutas referentes aos delitos omissivos próprios estariam indicadas na norma, enquanto os impróprios consistiriam na combinação de uma cláusula geral com algum tipo de delito comissivo.

TAVARES¹³ pondera que não existe relevância na forma como os delitos estão previstos na lei, porém é substancial como essa forma induz alguém a empreender um sentido à sua conduta, não devendo ser considerada apenas a lesão ao bem jurídico. O referido autor defende ainda a importância de se observar todo o processo causal culminado e no qual está referenciado o componente mandamental. Para ele os delitos omissivos impróprios sempre ensejam um resultado lesivo, sendo este o motivo de a legislação buscar impedir que este resultado seja alcançado, posicionamento também defendido por JESCHEK, WEIGEND e LUDEN. Já ROXIN pondera que alguns delitos de mera atividade causam resultado, à exemplo da omissão de socorro e da violação de domicílio na modalidade permanência¹⁴.

FUIGUEIREDO DIAS¹⁵, ao promover a distinção dos delitos omissos próprios e impróprios, conclui que nos primeiros, o tipo objetivo se esgota na não realização da ação imposta pela norma, enquanto nos últimos, o autor assume a posição de garante, de evitar o resultado típico.

TAVARES considera que, na distinção entre delitos omissivos próprios e impróprios, o critério do SUJEITO é muito importante já que nos delitos omissivos impróprios exige-se a condição de garante, de quem se espera uma ação mandada, lastreada no direito positivo, e que, por vontade deliberada deixou de exercê-la, pessoa sem a qual não seria possível a configuração do ato criminoso¹⁶.

¹¹ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, pg. 294/295.

¹² *Apud.* TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, pg. 296.

¹³ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, pg. 296.

¹⁴ *Idem*, pg. 308.

¹⁵ *Op. cit.*, pg. 913.

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito; coordenação: Luís Greco, pg.161, São Paulo: Marcial Pons, 2013.



MIR PUIG¹⁷ sustenta que a imputação objetiva dos delitos omissivos exige que o autor exerça uma posição de garantidor, fundada em lei ou contrato, a produção de um resultado e a possibilidade de evitá-lo. Ademais, seria imprescindível ainda que o autor tenha criado ou aumentado a situação de risco mediante um comportamento prévio, devendo tal perigo conter uma relação de dependência pessoal entre o seu causador e o resultado.

Como se verifica, o grande critério de distinção entre os crimes omissivos próprios e impróprios diz respeito tanto à posição de garante quanto ao desvalor do resultado, sendo imprescindível, por outro lado, a verificação dos pressupostos de configuração a fim de se aferir eventual relevância criminal acerca da omissão.

6. OS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E A SUA IMPUTAÇÃO.

No Brasil, a questão da omissão penalmente relevante encontra-se regulada no Art. 13, §2º, do Código Penal, o qual exige do autor da omissão o *dever e poder* de agir lastreado em lei ou contrato, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, ou a assunção desta responsabilidade de alguma outra forma, ou a prática de prévia atividade que tenha criado o risco de ocorrência do resultado.

Observe que o legislador brasileiro condicionou a responsabilização por omissões à quem *deveria e poderia* agir. É importante ressaltar que não é necessária apenas a possibilidade, mas, antes disso, como primeira condição, que esteja configurada a **obrigatoriedade** de exercer alguma ação, é fundamental a existência do **dever especial de evitar o resultado lesivo** a um determinado bem jurídico cuja proteção lhe é cabida.

Especificamente acerca do *dever de agir*, SCHÜNEMANN¹⁸ esclarece que: “*evidentemente, não é o dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal*”.

Não basta a mera obrigação legal ou contratual de se realizar a proteção de determinado bem jurídico, porém é imprescindível que o indivíduo tenha assumido

¹⁷ Op. cit, pg. 275/277.

¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito; coordenação: Luís Greco, pg. 166, São Paulo: Marcial Pons, 2013.



efetivamente de tal posição de garantidor, que é “*o que fundamenta a assunção fática da fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico*”¹⁹.

Tomando como exemplo a hipótese de uma babá que falte o trabalho sem avisar aos chefes, os quais saem de casa na expectativa de que ela venha a chegar, deixando sozinho o filho menor, caso aconteça algum acidente com a criança, ainda que a babá possua a obrigação legal ou contratual de cuidado, o fato de não ter efetivamente assumido tal responsabilidade (por conta de ter se ausentado), afasta a possibilidade de imputação por eventual resultado delituoso ocorrido.

Desta forma, é imperiosa a efetiva assunção da responsabilidade e não a mera obrigação civil ou contratual, pois não se trata de uma relação jurídica civil, exigindo-se mais do que o mero descumprimento de uma norma, mas o efetivo exercício do dever especial de garantia.

Após a constatação da **existência** do dever, passa-se a verificação da **capacidade** do agente, sendo certo que ausente a obrigação ou dever de cuidado, não há que se avançar para a questão da capacidade. Um exemplo concreto seria no caso de um nadador profissional que está na beira da praia e vê uma pessoa se afogando. Apesar de ele ter a capacidade, por não possuir obrigação legal nem contratual de realizar aquela intervenção desejada, não é admissível lhe atribuir a responsabilidade penal de eventual morte por afogamento, sendo possível, no máximo, a imputação do delito de omissão de socorro.

Ainda sobre a capacidade, não é apenas a capacidade física ou hipotética de realizar uma ação, mas a capacidade material e efetiva de ato cuja prática permitiria evitar o resultado, mediante um juízo de avaliação próximo ao de certeza²⁰. Assim, se o ato que se espera não teria condições de evitar o resultado, não é possível a responsabilização da pessoa que figura como garante.

Uma situação ilustrativa seria a de um bombeiro ingressar em uma residência que está em quase sua totalidade sob chamas, e na qual se sabe que uma pessoa com doença respiratória grave está presa há um longo período. Se, na situação específica não fosse possível afirmar, no

¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa, pgs. 87/88, São Paulo: Marcial Pons, 2017.

²⁰ Luis Greco afirma que a doutrina e jurisprudência majoritárias na Alemanha exige como condição da imputação o juízo próximo de certeza quando a evitação do resultado. (Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, pg. 22, São Paulo: Marcial Pons, 2018).



momento do fato, com probabilidade próxima de certeza que a ação mandada (de resgate da vítima) resultaria na evitação do resultado, inviável é a imputação por omissão imprópria.

Voltando para a capacidade de agir, não se exige do agente a auto exposição a situação que lhe cause risco de vida ou de lesão à integridade física ou saúde.

Nessa perspectiva, além do dever e poder agir, é imprescindível ainda que, na condição de garante, se possua o domínio real, efetivo e global sobre o acontecimento fático e o seu o resultado, o que supera a mera capacidade hipotética de evitá-lo e a mera expectativa de exercício de posição de garante.

Outrossim, é inviável, por exemplo a responsabilização de um sócio responsável pelo departamento de marketing da empresa por conta de um crime ambiental praticado em uma filial daquela, situada em outra cidade, cujo administrador da unidade resolveu, agindo por conta própria e sem comunicar aos superiores, promover o descarte indevido de resíduos em um rio. Ainda que se ventile a existência omissão decorrente da falta do exercício do dever de vigilância, as circunstâncias apontam que sequer existia o domínio sobre o a ação mandada que poderia evitar o resultado danoso.

Sob essa ótica, SCHÜNEMANN²¹ sustenta a importância de que “*o autor da omissão exerça um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação, que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação, ou seja, como domínio potencial(hipotético)*”.

Por outro lado, a omissão de uma chance real de salvamento – diminuição de risco de lesão ao bem jurídico – não é suficiente para a responsabilização do garante, pois, nas condutas comissivas o risco (e a sua elevação) representam um limitador da punibilidade, não fazendo sentido que ele funcione como um fator que amplie a punibilidade nas condutas omissivas, por conta da hierarquia entre ação e omissão²².

7. A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES OMISSIVOS

²¹ Op. cit., pg. 170.

²² *Idem*, pg. 165.



Na doutrina, há quem questione acerca da constitucionalidade dos crimes omissivos impróprios pelo fato de eles não estarem em conformidade com o princípio da legalidade a conforme esclarecido por CIRINO²³.

O debate sobre essa questão está presente tanto na doutrina nacional e estrangeira, haja vista que tal tema envolve a análise de antijuridicidade do ato, o que poderia ensejar o reconhecimento da ausência da prática de delito.

Esclarece o autor que os defensores desta ideia sustentam que a abstração e a indeterminação das condutas decorrentes da configuração da omissão à partir de uma valoração de resultado que resultaria de uma ação não realizada, não poderia ensejar a responsabilização criminal.

Com efeito, a criminalização da omissão representaria uma analogia em prejuízo do acusado, já que não existe previsão legal expressa acerca da ação esperada e não realizada pelo agente.

Já os opositores à este tese asseveram que a omissão de ação representaria uma lesão a bem jurídico equivalente à realizada por uma ação, e, desta forma, atenderia ao princípio da legalidade.

No tocante a proibição de indeterminação legal, esclarece CIRINO que “*a lei penal não indica os tipos de resultado de lesão atribuíveis ao garantidor do bem jurídico*”²⁴, circunstância que violaria tal princípio norteador do direito penal.

Sem embargo disso, a relação de causalidade seria hipotética, e, logo, lastreada em um juízo de probabilidade de exclusão do resultado acerca de uma possível realização de ação esperada.

A legislação penal alemã prevê critérios do dever de garantia e uma cláusula de correspondência, o que solucionaria este problema. De igual maneira, a legislação brasileira, ao adotar a teoria da equivalência das condições parece resolver esta questão.

8. OS DELITOS PRATICADOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL. DELEGAÇÃO, PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E O DEVER DE VIGILÂNCIA.

²³ Op. cit., pg. 197.

²⁴ *Idem*, pg. 199.



Além de todas as questões tratadas acima, o Código Penal também dispõe sobre o dever de vigilância, tema que será analisado sob a ótica dos delitos econômicos, ante o objetivo do trabalho ora desenvolvido.

Os crimes praticados no âmbito empresarial, como se sabe, representam um verdadeiro desafio quanto a identificação dos seus autores por diversas questões. À depender do porte da empresa, por exemplo, sua organização exige coordenação, descentralização e delegação de funções e atividades, o que pode dificultar amiúde a individualização e imputação de responsabilidade a eventuais agentes criminosos.

Com efeito, as empresas exercem suas atividades através de inúmeras ações que se entrecruzam e são praticadas por diversas pessoas, as quais nem sempre possuem consciência ou o domínio da totalidade do processo ou do fim que se pretende atingir.

Além da disso, por diversas vezes, essa estrutura organizada e descentralizada afasta no tempo, a prática do ato do seu resultado lesivo, como habitualmente se verifica nos delitos ambientais, nos quais uma determinada ordem de um setor específico de uma empresa resulta em um ato de funcionário, até mesmo em outra sede da empresa, implicando em um dano ambiental identificado meses ou anos depois, circunstância que pode representar um imbróglio à descoberta do responsável.

Quanto maior o tamanho da empresa, mais complexa é sua estrutura, mais segmentadas são as atividades, e impossível se torna a execução de todas as atividades por uma única pessoa, o que exige a divisão de tarefas e delegação de atividades.

Todas essas circunstâncias dificultam amiúde a identificação e individualização de condutas necessárias para promover a devida imputação da responsabilidade penal.

Justamente por tal motivo é que a jurisprudência brasileira tem flexibilizado a exigência da descrição pormenorizada das condutas nas denúncias, autorizando narrativas mais genéricas²⁵, o que não significa a concessão de uma carta branca para condenar criminalmente os gestores das empresas pelo simples fato de exercerem tal condição.

Em relação a divisão das tarefas, ela pode ocorrer no plano horizontal ou vertical. No plano horizontal, são divididos setores distintos das empresas (ex.: financeiro, administrativo, marketing, etc.) entre pessoas de igual nível hierárquico, e, assim, cada pessoa ou grupo responde pelas atividades ali desenvolvidas. No plano vertical, existe uma diferença no nível

²⁵ Vide: AgRg no HC 508036 / SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, 04/06/2019.



hierárquico entre as pessoas de um mesmo setor, cada delas uma exercendo uma função específica, muitas vezes de acordo com a sua expertise.

Essa questão, sob a ótica do direito penal, é analisada pelos princípios da delegação e da confiança, bem como pelo dever de vigilância, os quais servem para permitir de forma mais aprimorada a imputação de responsabilidade, uma vez que, em ambas as situações, não se pode olvidar o dever de vigilância.

Os sócios da empresa, e, em especial os administradores, possuem uma responsabilidade em relação aos atos praticados por ela, e, também aos respectivos resultados desses atos. Todavia, é de se observar que a simples condição de sócio ou de administrador, por si só, não autoriza a imediata responsabilização do indivíduo, sob pena de se exercer a responsabilização objetiva da conduta (sem dolo), o que somente é admissível no sistema jurídico brasileiro em situações especificamente previstas em Lei.

Situação totalmente diversa ocorre quando há delegação de funções ou atividades, sendo possível responsabilizar criminalmente o sócio delegatário, se este não tiver adotado as cautelas exigidas pela necessidade de vigilância, bem como se identificados outros requisitos exigidos por Lei.

Na delegação horizontal, decorrente da divisão de tarefas entre pessoas do mesmo nível hierárquico, prepondera o princípio da confiança, o qual reduz a responsabilidade dos demais gestores.

O princípio da confiança nasceu no direito Alemão, ante a constatada necessidade de imputação de responsabilidade criminal nos casos de acidentes automobilísticos. Em sua origem, exigia a necessidade de o condutor de automóveis adotar uma postura de cautela geral acerca do controle de riscos, e funcionava como princípio da desconfiança, segundo o qual o motorista do veículo deveria prever todos os erros ou atos irresponsáveis eventualmente praticados por terceiros²⁶.

Com o passar do tempo, o posicionamento da jurisprudência alemã evoluiu, e, atualmente o BGH (Tribunal Federal Alemão) compreende, segundo SIQUEIRA²⁷ que se deve “*confiar na conduta correta dos demais participantes do trânsito, sejam pedestres ou motoristas, salvo nos casos em que existam indícios concretos que explicitem a impossibilidade de confiar*”.

²⁶ SIQUEIRA, Flávia. O princípio da confiança no Direito Penal, pg. 41, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

²⁷ *Idem*, pgs. 53/54.





No Brasil o princípio da confiança vem sendo adotado em diversas decisões de Tribunais Estaduais, Federais e nas Cortes Superiores, e, em que pese as críticas sobre a sua imprecisa aplicação dogmática, ele tem servido para delimitar a possibilidade de responsabilidade penal de acusados²⁸.

Pelo princípio da confiança, se espera que a pessoa delegada possua expertise e aptidão para o exercício da função assumida, sendo aceitável que o delegante confie no delegatário, dentro de determinados limites.

Outrossim, nos casos de delegação vertical ou departamentalização, ele prepondera face ao dever de fiscalização, sendo natural que os demais sócios que não assumiram aquelas funções e confiem nos outros sócios, reconhecendo-se a impossibilidade de todos os gestores de uma grande empresa conhecer e acompanhar todos os atos que nela são praticados.

Com efeito, ESTELITTA²⁹ pontua que: “a finalidade da divisão de funções entre agentes de um mesmo nível hierárquico, comumente chamada de “departamentalização”, é a de aprimorar o resultado do trabalho por meio de alocação de pessoas especialmente instruídas em determinados setores de conhecimento e atividades(especialização)”.

Desta forma, poderia se concluir que quando existe a divisão de tarefas de forma horizontal, cada chefe de departamento assume para si o dever de vigilância do seu setor ou unidade³⁰.

Já nos casos de delegação vertical, a importância do dever de vigilância é muito maior, preponderando, assim, sobre o princípio da confiança. Então, praticado um delito por terceiros, e, identificada a capacidade de o gestor da empresa agir para evitar o resultado, com juízo próximo de certeza, e, tendo ele sido inerte, pode ser responsabilizado criminalmente por conduta omissiva imprópria.

É o que se constata em situações de responsabilidade sobre o produto, quando um gestor, ciente da possibilidade de se gerar danos ao consumidor, não adota as cautelas específicas para evitar resultados lesivos, deixando de notificar eventuais falhas no produto ou de promover a sua retirada do mercado.

²⁸ *Ibidem*, pg. 69.

²⁹ *Op. cit.*, pg. 161.

³⁰ *Idem*, pg. 166.



Nesses casos, para ocorrer a imputação de responsabilidade, é necessário que exista uma previa obrigação legal ou contratual do dever de vigilância, bem como restar evidenciado que existiu uma ação voluntária, ou uma omissão imprópria.

É importante evidenciar, nessa toada, que a conduta omissiva ou deixou de impedir o resultado ou elevou o risco da sua causação, pois, segundo afirma GRECO³¹: “*um aumento do perigo (nos crimes omissivos: não-diminuição do perigo) constitui um pressuposto necessário da responsabilidade pelo resultado lesivo*”.

Por fim, é relevante destacar, ainda, que ESTELLITA³² sustenta, por força do princípio da igualdade a importância de a conduta omissiva que será equiparada à comissiva possua a mesma gravidade(desvalor). Com efeito, se conduta causadora do resultado tiver um desvalor inferior à ação desejada que não foi realizada pelo garante, não será possível lhe atribuir a responsabilidade por mero descumprimento de norma civil, por isso se exige um fundamento material para a condição de garante.

9. PRESSUPOSTOS PARA A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA.

Na doutrina, muitos questionam acerca da existência de causalidade nos delitos omissivos, sendo que a posição majoritária rejeita a ideia da autêntica causalidade nas omissões.

Todavia, PUPPE, ROXIN e GRECO³³ afirmam existir uma relação de causalidade nos atos comissivos impróprios com capacidade de gerar um resultado lesivo.

Duas teorias da causalidade nas omissões impróprias se destacam mais na doutrina. A corrente dominante defende a chamada *teoria da evitabilidade*, na qual se exige a verificação, com juízo próximo de certeza, de que a ação mandada evitaria o resultado.

ZAFFARONI³⁴, ao tratar dos crimes omissivos impróprios, assevera que nestes se identifica um nexo de evitação, ou uma probabilidade próxima de certeza, de que o delito seria evitado se a ação mandada tivesse sido realizada, como condição especial do dever de garantia.

³¹ Op. cit., pg. 28.

³² Op. cit., pg. 85.

³³ ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal, Org.: Alaor Leite; trad.: Luis Greco, pg. 163, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 12ª ed. rev. e atual., pgs. 486/488, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.



Segue a mesma linha SCHÜNEMANN³⁵, para quem: “*apenas se pode falar de uma omissão dessa ação quando sua realização era possível ao autor individual; e que somente se pode falar na omissão de evitação de uma lesão de bem jurídico quando a realização da ação de salvamento pelo autor teria conduzido, com probabilidade próxima de certeza, ao salvamento do bem jurídico*”.

Acresça-se que o juízo de valor acerca das condições do agir deve ser aferido em *ex ante*, ou seja: no momento do ocorrido, de acordo com as circunstâncias ali identificadas. O que significa dizer que, se aparentemente, ao momento do fato existissem circunstâncias que indicassem um elevado risco à vida do garante, mesmo que depois se descubra que tal risco era muito menor ou não se confirmaria, ainda assim, não seria possível responsabilizar tal indivíduo.

Parte da doutrina sustenta uma forte crítica à teoria da inevitabilidade, no sentido de que ela poderia ensejar a impunidade em determinados casos. Um exemplo seria do pai que não leva ao hospital o filho acometido de doença grave ou incurável por saber que um dia ele irá perder a sua vida. Ora, como não se sabe com probabilidade próxima de certeza que a ação mandada (levar o filho ao hospital) irá salvá-lo, poderia se defender uma isenção de responsabilidade penal.

STRATENWERTH se opõe a tal posição ao assegurar que ela gera uma contradição lógica insustentável, de modo que quanto mais grave for a situação da vítima, menor seria a responsabilidade do garante por eventual omissão³⁶, ou seja: quanto mais exposto à risco o bem jurídico, menor proteção ele receberia.

PUPPE³⁷ se opõe à teoria da evitação do resultado argumentando que não é possível prever posteriormente qual reação a pessoa adotaria, caso tivesse prévio conhecimento de informação sobre a causação de um evento danoso à bem jurídico, ou seja: não é possível garantir que ela adotaria as providências necessárias e suficientes para evitar o resultado criminoso. ROXIN³⁸, sobre o assunto sustenta que “*não se pode fazer a punibilidade de uma pessoa depender de uma circunstância cuja prova processual é na maioria dos casos inviável*”,

³⁵Op. Cit. pg. 164.

³⁶Apud. GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, 1ª edição, pg. 24. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³⁷Apud. ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Org.: Alaor Leite; trad.: Luis Greco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³⁸Idem.



e, além disso, sustenta que não existe razoabilidade em afastar a responsabilidade penal do garante que se omitiu do seu dever com lastro em comportamento hipotético de outrem.

A outra teoria, conhecida como da *diminuição do risco*, defendida por ROXIN, se contenta com a criação de uma chance de salvamento³⁹, ou seja: se a ação mandada ou desejada aumentaria a probabilidade de se evitar ou diminuir o resultado, não sendo ela realizada, deve-se atribuir a responsabilidade ao agente.

É que ROXIN compreende que “*não haverá lesão a determinado bem jurídico quando o autor modificar um curso causal que diminua a situação de risco já existente, melhorando a situação do bem juridicamente protegido*”⁴⁰. Por outro lado, este autor sustenta que se o garante teve acesso à informação sobre ato que poderia evitar o resultado, e, ainda assim, resolveu ser omissivo, restaria aí a possibilidade e imputação da responsabilidade⁴¹.

Tal teoria tem sido amplamente acolhida pela doutrina, porém ainda não foi adotada pelo BGH (Tribunal Federal Alemão), por conta de a Corte entender que não seria suficiente para a responsabilização penal apenas a elevação do risco causada pela omissão.

Como nos crimes omissivos analisa-se o desvalor do resultado, uma vez a omissão não alterando o curso causal natural, não seria concebível afirmar lesão à bem jurídico.

Parte da doutrina critica tal teoria por considerar que o seu alcance seria limitado, impossibilitando a responsabilidade do garante, quanto este possui prévio conhecimento (*ex ante*) de que a outra pessoa ou órgão que teria a capacidade de evitar o resultado permaneceria inerte⁴².

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A criminalidade ocorrida no âmbito empresarial é algo cada vez mais frequente e diversos são os aspectos que evidenciam a complexidade da imputação individual da responsabilidade por tais práticas.

³⁹ *Apud.* GRECO, Luis. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, 1ª edição, pg. 23. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁴⁰ *Apud.* SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais (artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., pg. 179, Belo Horizonte: Editora D Plácido, 2018.

⁴¹ *Op. cit.*, pg. 178.

⁴² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, pg.179.



Por outro lado, a doutrina tem avançado à passos largos criando soluções dogmáticas para tal problemática, propondo teorias e esclarecendo situações a fim de permitir uma melhor aplicação do direito penal.

Consoante verificado acima, existem diversas questões que efetivamente demonstram a complexidade do tema abordado, e que, de certa forma, podem representar obstáculo à responsabilização e agentes que possam praticar delitos.

Neste sentido, devem ser observados os pressupostos para a imputação do resultado lesivo, atendendo-se à assunção fática da posição de garante, bem como para a possibilidade de agir sem colocar em risco a sua vida, bem como realizando um juízo de valor sobre qual o grau de probabilidade de o resultado lesivo ser evitado se a ação mandada fosse efetivamente levada a cabo.

Inúmeras são as variáveis e críticas da doutrina, porém, o objetivo do presente trabalho foi somente reunir elementos para proporcionar uma reflexão acerca da necessidade de acurado estudo sobre as situações de omissões impróprias, pois, como demonstrado, a má aplicação dogmática pode ensejar desde a restrição a imputação da responsabilidade à prática de excessos e responsabilização em situações que jamais seria possível provar a inocência do agente imputado.

Por fim, não pode se olvidar a importância de ponderar e cotejar o princípio da confiança ao dever de vigilância, agregados a todos elementos anteriormente citados, a fim de se assegurar uma precisa imputação de responsabilidade dos gestores por crimes omissivos impróprios.

É que, especialmente no tocante aos delitos praticados no âmbito econômico, a estrutura das empresas e instituições que podem ser integradas por inúmeras pessoas, as quais podem participar (ainda que de forma inconsciente e involuntária no processo que causou o resultado lesivo) pode representar um fator de complexidade na identificação do verdadeiro autor do delito.

Neste sentido os princípios da delegação e confiança, agregados à necessária aferição, através de um juízo próximo de certeza realizado quanto ao momento do ato, de que o agente, figurou na condição de garante e tinha a capacidade e possibilidade – efetiva – de evitar o resultado lesivo, são imprescindíveis para evitar uma equivocada responsabilização penal.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa(artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral, 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria dos dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa, 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

_____. Causalidade na omissão: um panorama dos problemas das omissões paralelas e sucessivas na criminalidade da empresa(artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal: teria do injusto penal e culpabilidade; tradutores: Garcélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.





_____. A imputação objetiva no direito penal, 3ª edição revista, tradução: André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza(Orgs.). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal: volume II, 1ª edição. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MENDES, Paulo de Sousa. Causalidade complexa e prova penal, 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal: fundamentos e teoria do delito; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciuncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOURA, Bruno de Oliveira. A causalidade nos delitos econômicos: um panorama das condições e possibilidades do tema(artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito Penal; organização: Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho; tradução: Luís Greco, Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Org.: Alaor Leite; trad.: Luis Greco. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Edições Almedina, 2019.



SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais(artigo). Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª reimp., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito; coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. O princípio da confiança no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Coleção criminal contemporânea, volume 5, 1ª reimpressão, Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos, 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. Teoria do crime culposos, 4ª edição revista e ampliada. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

_____. Fundamentos da teoria do delito, 1ª edição. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique; Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.