

UM PANORAMA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL DE EMPRESA

*A PANORAMA OF THE IMPROPER OMISSION IN BUSINESS CRIMINAL LAW*Marcos Afonso Johner^A <https://orcid.org/0000-0002-9281-4356>

^A Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessor Jurídico (TJSC). Professor do Curso de Direito da UNOESC – Campus de São Miguel do Oeste/SC.

Correspondência: marcosjohner@yahoo.com.brDOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.61884>

Artigo recebido em 25/08/2021 e aceito em 01/07/2023.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo verificar quais são os pressupostos da responsabilidade penal por omissão imprópria no direito penal brasileiro, particularmente em relação à atividade empresarial. Para cumprir o objetivo proposto, seguiremos o método dedutivo e dividiremos o trabalho em duas partes: numa, apresentando um panorama da estrutura da omissão imprópria de acordo com o Código Penal brasileiro; noutra, analisando como os elementos da omissão imprópria podem ser aplicados ao contexto empresarial. O que levará a verificar que a responsabilidade por omissão imprópria, ao nível da tipicidade, depende da posição de garante, da situação típica que ativa o dever de agir, da não realização da ação mandada, apesar da possibilidade de praticá-la, da imputação do resultado e do dolo ou da culpa, nos casos em que esta é admitida.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Empresa. Posição de garante.

Abstract: The purpose of this article is to verify what are the assumptions of criminal liability for improper omission in Brazilian criminal law, particularly in relation to business activity. To fulfill the proposed objective, we will follow the deductive method and we will divide the work into two parts: in one, presenting an overview of the structure of improper omission in accordance with the Brazilian Penal Code; in another, analyzing how the elements of improper omission can be applied in the business context. What will lead us to verify that the responsibility for improper omission, at the level of typicality, depends on the position of guarantor, on the typical situation that activates the duty to act, on the non-performance of the action ordered, despite the possibility of practicing it, on the imputation of the result and intent or guilt, in cases where it is admitted.

Keywords: Improper omission; Company; Position of guarantor.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade de empresa coloca cada vez mais dificuldades à dogmática penal tradicional, que se edificou tendo como protótipo a responsabilidade individual pela prática comissiva de um determinado crime. Cenário que exige do estudioso das ciências criminais um esforço para lidar com os diversos problemas que ora se apresentam, principalmente para compatibilizar as novas formas de delinquência com as categorias tradicionais da teoria do crime. Em relação à criminalidade de empresa, várias são as questões que nos últimos anos têm chamado atenção, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a teoria do domínio do fato e a teoria da cegueira deliberada, para mencionarmos apenas algumas delas.

A atividade empresarial, sobretudo nas médias e grandes empresas, é de tal forma complexa que se torna impossível que uma mesma pessoa exerça todas as funções, o que desvirtuaria até mesmo o objetivo do negócio. A divisão de tarefas, principalmente em organogramas verticalizados, gera problemas dogmáticos, p. ex., na delimitação da posição de garante do empresário e em aspectos relacionados ao dolo. No que toca ao interesse do trabalho, procuraremos verificar a partir de quais pressupostos é possível imputar ao empresário um determinado resultado via omissão imprópria. Para cumprir com o objetivo proposto, elaboraremos um panorama da estrutura da omissão imprópria no Código Penal (CP) brasileiro. Na sequência, analisaremos os pressupostos da omissão imprópria a partir da perspectiva empresarial. O método adotado será o dedutivo.

2 A ESTRUTURA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A omissão é uma das formas de manifestação da conduta humana relevantes para o direito penal. Omitir é deixar de fazer algo que é devido; no sentido jurídico-penal do termo, consiste em não realizar a ação ordenada pela norma (BITENCOURT, 2018, p. 319). Em direito penal, costuma-se distinguir entre crimes omissivos próprios, nos quais há um dever genérico de agir, dirigido a todos os que se encontram perante uma situação em que a norma penal demanda, explicitamente, a prática de uma ação, como no crime de omissão de socorro (art. 135, CP),¹ e crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, nos quais o dever

¹ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses

de agir é imposto àqueles que ostentam a posição de garantidor, posição esta que lhes obriga a atuar para evitar a ocorrência de um resultado concreto (art. 13, § 2º, CP).² É em relação aos crimes omissivos impróprios que voltaremos a nossa atenção, expondo, na sequência, os requisitos que a lei exige para a sua conformação típica.

1. Posição de garante. Não existem figuras específicas que tipifiquem os crimes de omissão imprópria, o que exige do intérprete a análise do art. 13, § 2º, do CP em cotejo com os delitos da Parte Especial ou da legislação extravagante. De acordo com a primeira parte do § 2º do art. 13 do CP, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Na sequência, o legislador estipulou a quem incumbe o dever de agir, que, destaquemo-lo, “é sempre um dever derivado da norma jurídica. Deveres puramente religiosos, morais ou da ética individual não entram em consideração” (TOLEDO, 1994, p. 117). Trata-se de pessoas que têm uma *especial relação de proteção* com o bem juridicamente tutelado (BITENCOURT, 2018, p. 322), daí serem chamadas de *garantes*.

Podem-se divisar duas classificações de garantidores num sentido funcional, ou seja, de acordo com a *função* que lhes é atribuída. Por um lado, há os garantidores que devem *proteger* o bem jurídico, defendendo-o de todos os perigos que o ameacem, independentemente, como esclarece Heloisa Estellita (2017, p. 95), de uma conduta própria anterior de interferência na esfera desse bem. Por outro lado, alguns garantidores têm a função de *vigilância* sobre determinadas fontes de perigo, tendo, pois, “o dever de assegurar que esta fonte se mantenha dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, agir no sentido de evitar o resultado danoso aos bens jurídicos de terceiros expostos ao perigo” (ESTELLITA, 2017, p. 95). A divisão entre *garantes de proteção* e *garantes de vigilância* tem como escopo fundamentar a posição de garantidor a partir de considerações materiais, que não se limitem a um aspecto meramente formal (GRECO; ASSIS, 2014, p. 110).

Em primeiro lugar, o dever de evitar a ocorrência do resultado incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, § 2º, *a*). É o que acontece na relação entre pais e filhos: se, p. ex., a mãe deixar de amamentar o filho recém-nascido, e

casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

² 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.

este morrer por desnutrição alimentar, ela responde como se o tivesse matado. Em casos tais, o dever de agir para evitar o resultado permanece ainda que os pais não estejam fisicamente na companhia dos filhos, “pois mesmo distantes, devem tomar todos os cuidados para a proteção contra perigos externos” (ESTELLITA, 2017, p. 97); exemplo: não se pode confiar a guarda do filho menor de idade a uma pessoa visivelmente embriagada, ainda que para uma rápida ida ao mercado.

A segunda hipótese diz respeito a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (art. 13, § 2º, *b*). É a típica situação envolvendo o dever contratual, que, numa visão mais formalista dos deveres de garantia, poderia transplantar ao direito penal, como ressalta Francisco de Assis Toledo (1994), infundáveis discussões a respeito da validade ou da eficácia do negócio jurídico. Mas tal não o é, pois “o que oferece fundamento ao dever e à posição de garante não é a existência de uma relação contratual (válida), mas sim a assunção fáctica de uma função de protecção materialmente baseada numa relação de confiança” (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 941-942). De maneira que “a solução deve apoiar-se no princípio de que a *posição de garante* surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos”, doravante assumindo “a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo. Nessa situação se encontram: o guia, o salva-vidas, o enfermeiro, o médico de plantão em hospitais ou pronto-socorros, os organizadores de competições esportivas etc.” (TOLEDO, 1994, p. 117-118).

Por fim, tem-se a hipótese da chamada ingerência, que se refere a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, *c*). O risco pode ser criado tanto por uma ação quanto por uma omissão anterior: o sujeito que não providencia o conserto do telhado de sua casa, embora cômico do mau estado de conservação, responde pelos eventuais danos causados aos transeuntes que circularem pelo local. Mas convém anotar que “o dever de atuação para evitar o perigo deriva, pois, de ser a pessoa a única que domina os meios de controle do risco e não precisamente porque tenha atuado no sentido da criação da situação arriscada” (BUSATO, 2015, p. 299). Nos casos relacionados ao âmbito da imputação objetiva, particularmente na assim chamada esfera de responsabilidade preferente da vítima, não assume a posição de garante, em princípio, aquele que se limita a fornecer uma droga para que outrem a consuma, já que, num tal caso –

pressupondo a autorresponsabilidade do sujeito –, é a própria vítima quem controla a fonte de risco.

2. Situação típica. Uma omissão típica pressupõe, segundo Roxin, a existência de uma situação que exija a intervenção do garante. Nos crimes impróprios de omissão, a situação consiste no *perigo de produção do resultado*, ou seja, “uma fase na qual o resultado ameaça ocorrer, mas que ainda pode ser revertida por meio de uma ação. É ela que ativa ou aciona o concreto dever de agir do garantidor” (ESTELLITA, 2017, p. 240). Para o pai, verifica-se haver uma situação típica de agir se o seu filho pequeno corre perigo, não havendo distinção, p. ex., entre o perigo ser proveniente de água ou fogo (ROXIN, 2014, p. 814).

3. Não realização da ação mandada, apesar da possibilidade de praticá-la. A omissão somente se conforma tipicamente quando não se realiza a ação requerida pela situação típica. Nos crimes omissivos impróprios em geral, a maioria das ações que se devem adotar deriva daquilo que é necessário para evitar o resultado na situação correspondente. Cenário em que o garante pode ter diversas alternativas, que delimitarão o conteúdo do dever concreto de agir imposto pela norma (ROXIN, 2014, p. 814).

Além do mais, pela própria redação do art. 13, § 2º, do CP, o garante deve ter a *possibilidade de realizar a ação mandada*, ou seja, a capacidade de atuar no caso concreto e evitar o resultado que lhe é imputado (QUEIROZ, 2015, p. 228). Várias são as circunstâncias fáticas que influenciam o diagnóstico da possibilidade de agir, como, no âmbito médico e no contexto da pandemia do coronavírus, o número de leitos e de equipamentos hospitalares disponíveis. Numa situação em que não há a possibilidade fática de o médico agir para evitar a morte de um paciente, não lhe é possível atribuir o resultado a título de omissão imprópria.³ Ou, no exemplo de Figueiredo Dias (2007, p. 929): “se é preciso acorrer rapidamente uma criança que caiu a um lago, seguramente que não é típica, por falta de possibilidade de acção, a ‘omissão’ do seu pai paralítico, sentado numa cadeira a alguma distância da água”. Portanto, não havendo a possibilidade de agir, a omissão perde a relevância penal.

³ Na síntese de Marcelo Ruivo, “a equipe médica que não realiza tratamento salvador do bem jurídico quando não tinha poder de agir, não comete crime omissivo. O dever de agir dos tipos omissivo próprio e impróprio pressupõe lógica e ontologicamente a existência de destinatário capaz de agir na situação em concreto. Portanto o médico que não possui equipamentos para realizar a intervenção salvadora ou que não pode atender mais de um paciente por vez não está submetido ao dever penalmente típico de agir” (RUIVO, 2020, p. 181).

4. *A imputação do resultado.* O desvalor de resultado indica aquele estado de coisas que o direito penal busca evitar, ou seja, a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (MIR PUIG, 1994, p. 19). A significar que o Direito Penal proíbe ou ordena condutas com a finalidade de evitar resultados: se o legislador punisse o desvalor de ação com a mesma intensidade com que pune o desvalor de resultado, estaria a indicar um contentamento com a mera desobediência (GRECO, 2013, p. 97). Sem entrar em pormenores a respeito da discussão entre resultado natural e resultado jurídico, compreenderemos o resultado como afetação ao bem jurídico. No que toca em específico à estrutura da omissão imprópria, é preciso verificar se a ação omitida explica o resultado ocorrido, se há uma correspondência entre o concreto dever de agir e a afetação do bem jurídico.

Pela dicção do art. 13, § 2º, à possibilidade de agir está vinculada a *evitabilidade* do resultado. Panorama que nos coloca diante de uma das discussões mais controversas a respeito dos crimes omissivos impróprios, qual seja a da *causalidade*. Seria a omissão causa do resultado? Mas como pode ser assim considerada se, do nada, nada surge? Afinal, causar um resultado e não impedi-lo são coisas distintas (BACIGALUPO, 1999, p. 542). Costuma-se a esse respeito responder que a causalidade omissiva é jurídica ou normativa, ou seja: não se pune por ter causado, mas por não ter agido para evitar o resultado, por não tê-lo impedido (MANTOVANI, 2015, p. 153). De acordo com Cesar Bitencourt, o não impedimento do resultado deve ser equiparado à causação, de modo que, em se tratando de omissão, o que haveria é um *nexo de não impedimento*. “A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse *não impedimento* é erigido pelo Direito à condição de *causa*, isto é, como se fosse a causa real” (BITENCOURT, 2018, p. 338).

Do que se trata, assim nos parece, é de um *nexo de imputação objetiva* – e não propriamente de causalidade –, no qual é preciso verificar se o resultado corresponde à concreção específica da ação omitida. O verbo “evitar” não foi colocado pelo legislador ao acaso na disposição legal e a sua pretensão, se bem vemos, é retirar a relevância penal da omissão naqueles casos em que o resultado aparece como inevitável. Noutras palavras, deve-se indagar se a prática da ação devida evitaria o resultado, ou se este ocorreria de qualquer modo. Nas palavras de Enrique Bacigalupo (1999, p. 551), “esta relación entre la omisión de la acción y el resultado se dará cuando se compruebe que si el autor hubiera realizado la acción, habría sido causa de la no producción del resultado, con una *probabilidad rayana en*

la certeza”. Do contrário, o princípio *in dubio pro reo* impede a atribuição do resultado (SANTOS, 2005, p. 134). Em resumo, se se comprovar que mesmo a prática da ação devida seria inútil para evitar o resultado, este não poderá ser imputado ao omitente (cf. BITENCOURT, 2018, p. 323; QUEIROZ, 2015, p. 228).

3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CONTEXTO EMPRESARIAL

Quem responde penal e individualmente por um delito cometido numa empresa, no âmbito da atividade empresarial?, e, acrescentemo-lo, quais os demais pressupostos para a punição? Em relação à primeira interrogante, Lascuraín Sánchez (2018, p. 89-90, *passim*) afirma haver uma resposta inicial clara, a revelar, inclusive, que a pergunta pode parecer um pouco tola: como em qualquer outro delito, responde a pessoa que praticou um injusto culpável, de acordo com as figuras delitivas previstas na legislação. Desse modo, será punido, p. ex., o gestor que ordenou a abertura da comporta pela qual ocorreu um despejo altamente poluente. Cenário que passa a apresentar maiores dificuldades, se comparado ao protótipo de conduta comissiva dolosa nas quais intervém apenas um sujeito, naquelas situações em que há uma estrutura organizacional complexa, contando com uma pluralidade de sujeitos e exigindo um controle dos riscos para que se mantenham em níveis tolerados e não produzam resultados típicos. O que nos coloca no plano dos crimes omissivos impróprios: diante de um grave dano ao meio ambiente, p. ex., a pergunta principal não se voltará a quem deu causa aos resultados, mas a quem não os impediu.

Com efeito, a empresa pode ser considerada uma *fonte de perigo permitida*, “criada no âmbito da liberdade de empreender, e que atrai para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados”, razão pela qual “a posição de garantidor de seus dirigentes individualmente considerados se funda no controle [...] sobre essa fonte de perigo” (ESTELLITA, 2017, p. 128-129). O contrapeso que se exige dessa liberdade de empreender consiste no “dever de cuidar para que do exercício da atividade empresarial não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros e da coletividade” (ESTELLITA, 2017, p. 129). Daí que o que se está a discutir é, sobretudo, a existência de um *dever de vigilância* sobre a

empresa como fonte de perigo (GRECO; ASSIS, 2014, p. 110). Vejamos, então, como se pode estruturar a omissão imprópria na atividade empresarial.

1. *Posição de garante*. Segundo Heloisa Estellita (2017, p. 129-130, *passim*), dentre as atividades empresariais, há aquelas que são *intrinsecamente perigosas* e outras que se tornam perigosas em função de *atos de organização* dos administradores. Em relação às primeiras – p. ex., uma empresa que produz bens capazes de causar danos a terceiros (agrotóxicos) ou bens em si perigosos (armas) –, a própria lei geralmente estabelece os deveres de cuidado no uso e manejo dos objetos ou na prestação de serviços. Disso decorre um dever legal de vigiar esses objetos e as pessoas encarregadas de manejá-los ou de realizar os serviços, dever este que incumbe, *originariamente*, aos administradores da empresa (art. 13, § 2º, *a*),⁴ mas que pode ser objeto de delegação, ocorrendo uma assunção dos deveres de garantidor pelo delegado (posição de garante por *derivação*), assentada no art. 13, § 2º, *b*.

As atividades não intrinsecamente perigosas, como, p. ex., as atividades comerciais, também contam com a divisão de trabalho e de tarefas, cuja organização e gestão criam o risco que fundamenta a posição de garantidor. A coordenação de tarefas pode ser vista como um fator de risco, já que os empregados podem descumprir as normas de cuidado que regem a atividade, causando danos dolosa ou culposamente. Desse modo, a quem organiza as funções e delega as tarefas incumbe o dever de supervisionar a respectiva execução (ESTELLITA, 2017, p. 130).

Em primeira mão, a posição de garante originário recai, conforme Heloisa Estellita (2017, p. 132-133), aos *administradores como um todo*, tanto no caso de atividades intrinsecamente perigosas, como naquelas que assim se tornam em decorrência dos atos de organização, de acordo com a legislação de regência. A mera indicação no documento constitutivo da empresa ou mesmo em contrato de trabalho não implica automaticamente a atribuição da posição de garante. Importa, sobretudo, o *exercício de fato* da função pelo administrador, que então assumirá deveres de vigilância em virtude da assunção ou da ingerência (art. 13, § 2º, *b* e *c*). Desse modo, sempre hão de prevalecer as atividades realmente exercidas, ainda que não guardem correspondência com as funções delimitadas em instrumentos formais. Na síntese de Heloisa Estellita (2017, p. 134), “garantidores originários

⁴ De acordo com Lascuráin Sánchez (2018, p. 94), o titular da empresa ocupa a posição de garante precisamente pela sua *qualidade de empreendedor*, ou seja, por começar uma atividade produtiva.

de vigilância na empresa serão os integrantes de órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa, e que tenham assumido faticamente esse controle”.

De um modo geral, a posição de garante do administrador refere-se somente aos *delitos relativos à atividade empresarial* (ROXIN, 2015, p. 70), que não se limitam, destaque-se, à criminalidade econômica, também atingindo crimes contra a vida e a integridade física, a exemplo dos casos relativos à *responsabilidade penal pelo produto* (GARCÍA CAVERO, 2003, p. 334). Isso decorre do entendimento da empresa como uma *fonte de perigo permitida*, razão pela qual os respectivos deveres de vigilância se estendem unicamente à evitação dos fatos que podem ser entendidos como expressão da fonte de perigo empresa em si mesma considerada (DEMETRIO CRESPO, 2018, p. 337). Ou, segundo Lascuraín Sánchez (2018, p. 94), “el empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino solo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro”. Só assim será ativada a posição de garante. Noutras palavras, o dirigente não tem o dever jurídico de agir para evitar que os seus subordinados injuriem uns aos outros no ambiente de trabalho, ou as lesões corporais que um empregado cause em outro neste local; em suma, não há dever de agir em relação a delitos “que são cometidos simplesmente *por ocasião* de uma atividade da/na empresa” [destaque do original] (ROXIN, 2015, p. 70). Na síntese apresentada por Dalila Prates:

A imputação penal por omissão do empresário, sócio ou delegado, deve guardar relação com a atividade da pessoa jurídica. Isto implica dizer que a conduta omissiva imprópria poderá ter como resultado tanto o previsto nos tipos penais das legislações extravagantes que de forma direta regulam a atuação empresarial e possíveis consequências terceiros, lesivas a bem como os tipos penais não diretamente relacionados à atividade empresarial, mas que são resultado da incorreta atuação do empresário, a exemplo dos delitos de homicídio e lesão corporal, ocasionados a terceiros pela comercialização de produtos e serviços perigosos ou de ausência de dever de cuidado sobre uma fonte de perigo (PRATES, 2018, p. 110).⁵

⁵ Considerações que não deixam de ser problemáticas se nos detivermos ao caso julgado pelo BGH, que teve por objeto aquilo que se chama de *mobbing*: “o supervisor de uma obra observou durante anos dois trabalhadores pertencentes ao grupo de trabalho que estava sob sua supervisão desferirem chutes e socos em um trabalhador pertencente a outro grupo de trabalho. O trabalhador agredido havia se inscrito em um curso de especialização, o que fez os agressores o considerarem um carreirista. Os agressores também zombavam da condição de deficiente físico do agredido. O supervisor poderia ter utilizado a sua autoridade para evitar as agressões, mas não o fez. Contudo, o BGH o absolveu por entender que os delitos cometidos pelos funcionários

É possível a assunção da posição de garante pela *delegação de tarefas* ou pela *divisão de funções*. Cenário em que se podem divisar duas estruturas diferentes de responsabilidade do novo garante: uma *vertical* e outra *horizontal*. Iniciemos pela primeira. A delegação⁶ pode abranger, de acordo com Heloisa Estellita (2017, p. 147-148), tanto as funções e tarefas relacionadas ao objetivo social da empresa, quanto às ligadas à sua manutenção administrativa e também de controle sobre as fontes de perigo. A competência para delegar atribuições é, inicialmente, dos órgãos de administração,⁷ vedando-lhes, contudo, delegar a gestão em si da sociedade e a responsabilidade pela tomada de decisões. O que se está a proibir é a delegação que descaracterize o administrador como tal, ou seja, que lhe retire o poder de comandar, “pois apenas quando o administrador da empresa pode determinar o comportamento do funcionário subordinado é que existe, para ele, também um dever de supervisão”, já que, “sem a autoridade para comandar, ao administrador do negócio faltaria o poder jurídico e fático de impedir crimes dos empregados” (ROXIN, 2015, p. 70). Além do mais, é preciso que o delegado exerça efetivamente a atividade assumida, de modo que o delegante deixe de praticar pessoalmente as funções e tarefas delegadas. Nessa relação, há um garante originário – o delegante – e um garante derivado – o delegado –, a demonstrar que, nas estruturas verticais, o fundamento da constituição de garantidor decorre, geralmente, da assunção (art. 13, § 2º, *b*). Dessa maneira, o delegado que assumiu a delegação de competências se converte no responsável principal em relação ao âmbito de competência cedido (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 134). No mais, destaque-se que

não eram «referidos à empresa», alegando que a prática de delitos como esses, a exemplo da prática de furtos e delitos sexuais, pode ocorrer em qualquer empresa, e que o caso apenas teria de ser decidido de forma diversa se a empresa incentivasse de alguma forma a prática de *mobbing*”. No entanto, segundo Schramm, o BGH interpretou o critério de forma bastante restritiva, já que as agressões foram motivadas por problemas no ambiente de trabalho, razão pela qual o delito deveria ter sido considerado como *referido* à função exercida pelo funcionário na empresa; as informações se encontram em GRECO; ASSIS, 2014, p. 115. No entendimento de Gimbernat Ordeig (2001, p. 19), o fato não impedido deve consistir precisamente num foco de perigo relacionado com o estabelecimento, provocando tal foco as posteriores afetações a bens jurídicos. Não se incluindo, doravante, aqueles fatos cometidos *no* estabelecimento, como furto e corrupção, p. ex., que não seriam considerados *autênticos focos de perigo* a onerar o diretor da empresa com o dever de agir.

⁶ De acordo com Gómez Martín (2020, p. 117), costuma-se definir a delegação como aquela técnica por meio da qual o delegante se desincumbe de funções e competências iniciais, transmitindo-as ao delegado, de modo a produzir uma transformação das esferas de responsabilidade individual tanto do primeiro quanto do segundo.

⁷ Lembrando que a delegação pode ocorrer em diversos níveis da empresa, podendo ocupar a posição de delegantes tanto os titulares da alta direção, quanto os empregados de níveis inferiores, desde que disponham da *capacidade decisória* em relação ao seu âmbito de competência (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 135).

a delegação de *atividades econômicas e administrativas* só constitui nova posição de garantidor no *delegado* por atos de terceiros se este proceder a um ulterior ato de organização, redistribuindo tarefas e funções por meio de novas delegações, como seria o caso, por exemplo, de um diretor financeiro que delega a escrituração fiscal a um chefe de departamento de contabilidade, quem distribui novamente as tarefas a diversos encarregados, desde que devidamente autorizado a tanto [...]. Nestes casos, ao garantidor originário – aqui, o diretor –, desde que cumpridos seus deveres originários de seleção adequada, instrução etc., remanesceriam deveres reativos, dada sua menor proximidade da fonte de perigo. Por parte do delegado/delegante, gerente, que novamente delegou tarefas, cumprem todos os deveres de vigilância da respectiva posição e os deveres de informação ao seu superior (ESTELLITA, 2017, p. 160, grifos da autora).

Com o ato de delegação, o delegante se transforma em *garantidor de vigilância* das atividades do delegado, incumbindo-lhe, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 150), “o dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos, ou seja, um dever de vigilância”. Apesar de se desincumbir das tarefas executórias, o garante originário retém “o dever de vigiar a nova organização que criou, mantendo vigilância sobre os atos do subordinado para garantir que de sua atividade não advenham perigos e lesões a bens jurídicos de terceiros e da coletividade” (ESTELLITA, 2017, p. 150). De mais a mais, “a responsabilidade do superior hierárquico diz respeito a funções estritamente relacionadas à atividade empresarial, portanto somente alcança delitos cometidos pelo subordinado no cumprimento da função confiada e que digam respeito a esta” (PRATES, 2018, p. 112). Portanto, o garante originário não se desincumbe totalmente dos seus deveres; o que ocorre, se bem vemos, é uma *modificação do conteúdo do dever original*, que reside agora em vigiar o delegado, corrigindo-o ou até o substituindo caso não realize adequadamente a função ou a tarefa delegada. O que pode até mesmo implicar a responsabilidade do delegante por eventuais crimes cometidos pelo delegado, devido ao cumprimento incorreto do dever de vigilância (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 95). Dever este a ser fixado de acordo com o tipo de atividade e as características pessoais do delegado: quanto maior e mais difícil o risco que se pretende controlar, mais intensa deverá ser a supervisão do delegante (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 116).

É de se cogitar a aplicação do *princípio da confiança* na relação delegante-delegado, ainda que com algumas matizações. Di-lo, em seu conteúdo básico, que as pessoas, ao agirem, não precisam se preocupar “com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável” (GRECO, 2013, p. 59). Além do mais, o princípio da confiança vale desde que não haja razão

concretamente fundada para pensar ou dever pensar que o interveniente venha a comportar-se de maneira incorreta (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 882). Daí que, em âmbito empresarial, a possibilidade de confiar depende da escolha adequada do delegado, que deve ser instruído corretamente pelo delegante e em condições materiais que possibilitem o desempenho correto das tarefas abrangidas pela competência do delegado, mantendo-se, de todos os modos, alguma forma de supervisão sobre o seu desempenho (ESTELLITA, 2017, p. 153). Por conseguinte, havendo indícios concretos da conduta irregular do delegado, não mais se fundamenta a relação de confiança, demandando a intervenção do delegante para que as tarefas desempenhadas pelo delegado retornem às margens permitidas do risco (ESTELLITA, 2017, p. 153).

De mais a mais, o delegante deve atender, conforme Heloisa Estellita (2017, p. 156-158, *passim*), a uma série de deveres de vigilância a respeito da delegação. Em primeiro lugar, cabe-lhe um *dever de seleção adequada*, atendendo à qualificação e experiência da pessoa do delegado, de acordo com as tarefas, funções e deveres que lhe serão outorgados. Em segundo lugar, o delegante tem o *dever de instruir* corretamente o delegado a respeito das atividades que irá desempenhar. Em terceiro lugar, há um *dever de organização*, a compreender as condições materiais e organizacionais adequadas para o exercício da função, além de um âmbito de decisão autônoma instrumental para um correto desempenho das atividades. Em quarto lugar, há um *dever de supervisão*, consistindo numa checagem regular das funções exercidas pelo delegado, com a finalidade de detectar eventuais irregularidades e, se for o caso, intervir para cessá-las. Correlato ao dever de supervisão há um *dever de intervenção*, ativável quando existam razões concretas para desconfiar do exercício inadequado das funções do delegado. Violados tais deveres,

a responsabilidade mostra-se obrigatoriamente voltada ao delegante, pois fica claro verdadeiro vício e fraude na delegação. Tal delegação nunca poderia bem desempenhar suas funções, servindo só para, aparentemente, simular algo que não se deu. E, diga-se, não se deu por falta do delegante, que não permitiu o seu bom desempenho (SILVEIRA, 2016, p. 190).

Por conseguinte, num caso de delegação que, p. ex., não observe o dever de seleção adequada e/ou o dever de organização – delega-se a tarefa para pessoa incompetente e/ou não lhe são fornecidos os meios necessários para o respectivo exercício –, não se transferem nem se transformam os deveres de garantia do delegante ao delegado, já que o ato de

delegação foi defeituoso. A significar que o delegante permanece na situação de garante originário, devendo responder como autor do crime não evitado. Do que é possível concluir que não houve a assunção da posição de garante pelo delegado, diante do descumprimento dos deveres a serem observados para a validade do ato de delegação (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 108). Entretanto, se o delegado engana o delegante a respeito de suas qualificações e capacidades para o exercício da tarefa delegada, ele manterá a posição de garante, por ter criado, em princípio, um risco de ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, c) (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 116).

A fragmentação de funções e tarefas pode ocorrer não só de maneira verticalizada, mas também *horizontalizada*, ou seja, entre os ocupantes de funções de mesmo nível hierárquico, divisão esta que se costuma chamar de *departamentalização*. Atribuir a uma única pessoa as diversas funções e tarefas da estrutura empresarial seria inviável, daí que a departamentalização busca um aprimoramento das atividades, alocando as pessoas em determinados setores, de acordo com os seus conhecimentos técnicos, de modo a obter não apenas resultados mais satisfatórios para a empresa, como também uma proteção mais eficaz do bem jurídico contra eventuais irregularidades (ESTELLITA, 2017, p. 161-162).

Por estarem em mesmo nível hierárquico, os administradores dos diversos departamentos podem confiar na atuação correta uns dos outros, não havendo, em princípio, um dever de vigilância entre os diversos setores, o que de certo modo tornaria contraproducente o organograma empresarial. Segundo Heloisa Estellita, mesmo assim parece necessário analisar concretamente a dinâmica de funcionamento dos órgãos de administração e do grau de autonomia dos departamentos, unidades ou setores. Pode acontecer, por exemplo, que a gestão e a execução das atividades empresariais sejam divididas em departamentos, mas a tomada de decisão incumba, total ou parcialmente, à reunião de todos os administradores como órgão de deliberação colegiada. Nessa hipótese, esclarece a autora, “a departamentalização não eliminaria a responsabilidade dos administradores pela empresa como um todo, remanescendo sempre um dever de intervir em caso de sinais claros de atuação criminosa de outro administrador” (ESTELLITA, 2017, p. 171-172). A autora ilude a outras três hipóteses:

b) havendo um administrador com a função de coordenar os trabalhos dos diversos departamentos ou setores dirigidos por outros administradores, está incluído no

feixe de suas atribuições o dever de zelar para que a divisão de funções não gere efeitos negativos externos, razão pela qual remanesce sob sua competência não só um dever de supervisionar as gestões setoriais, como o de coordenação e o de intervenção em caso de evidências de que efeitos externos negativos estão na iminência de ocorrer; c) havendo interdependência parcial entre departamentos a cargo de garantidores originários (administradores), ambos são garantidores relativamente à tarefa comum e, embora possam confiar mutuamente em suas atuações em suas áreas de expertise, deve-se estabelecer mecanismos de supervisão recíproca, mantendo-se o dever de intervenção em caso de indícios de superação do risco permitido no desempenho das tarefas em comum; d) se todos os dirigentes já são instituídos em seus cargos com atribuição expressa de âmbitos de atuação delimitados já nos atos constitutivos da sociedade, atuando cada um de forma independente e autônoma, não há desempenho de tarefas de forma interdependente, e não há determinação de um âmbito de decisões colegiadas. Esse estabelecimento rígido de âmbitos de competência individual delimita o âmbito de vigilância e intervenção dos dirigentes (ESTELLITA, 2017, p. 171-172).

2. Situação típica. A situação típica que ativa o dever de agir coincide com o momento em que se verifica um perigo de ocorrência do resultado. Discussão que se revela importante para determinar a responsabilidade por *tentativa* nos crimes omissivos impróprios.⁸ O dever de agir do garantidor será então acionado quando se der uma situação de *perigo direto para o bem jurídico*, que, se não for contido, desembocará no resultado típico. Antes de comprovado o perigo, não há relevância penal da omissão do garantidor, contexto no qual se poderia falar de atos preparatórios impuníveis. No caso de risco de rompimento de uma barragem, no qual decorram dez anos entre a data indicada para a desativação e o efetivo rompimento, pelo menos quatro marcos temporais parecem relevantes: *a)* o momento indicado pelos *experts* para a desativação da barragem; *b)* o momento em que passou a existir um perigo direto de desabamento; *c)* o momento imediatamente anterior ao seu rompimento; *d)* o momento efetivo do desabamento, consumando-se o crime (art. 254, CP). Os momentos destacados em *a* e *b* podem não coincidir, prevalecendo o segundo para delimitar quando há o concreto dever de agir pelo garante. O que impacta, ademais, no exame de quem de fato é o garantidor: se a pessoa ocupava tal posição no momento *a*, sendo posteriormente substituída por outrem, que dela se onerou no momento *b*, então apenas esta última tem o dever de agir. E supondo que por decisão judicial tenha o garantidor perdido a propriedade da área na qual se situa a barragem, e consequentemente o domínio sobre o objeto de perigo, seria até possível nem se cogitar de tentativa, se, p. ex., a perda tivesse acontecido entre os

⁸ Isso a supor que a omissão imprópria e a tentativa são compatíveis, problemática que não poderá ser aqui detalhada.

momentos *a* e *b*. Contudo, se a decisão tivesse sido exarada já no instante *b*, o garantidor poderia ser punido por tentativa, supondo o dolo em sua omissão e a não ocorrência do resultado por circunstâncias alheias à sua vontade, como a intervenção salvadora dos novos proprietários (parágrafo elaborado de acordo com ESTELLITA, 2017, p. 240-243).

3. Possibilidade de agir. A posição de garante não implica, por si só, a punibilidade do empresário por omissão imprópria. Em âmbitos regulados como a atividade empresarial, o conteúdo do dever concreto de agir é delimitado pela respectiva lei, contrato ou outro instrumento que tenha força normativa legalmente reconhecida, a exemplo dos estatutos sociais, “que estabelecem concretamente a *possibilidade jurídica de agir* do garantidor, e, pois, o que é dele juridicamente esperado, ou o conteúdo do seu dever concreto de agir” (ESTELLITA, 2017, p. 248, destaque do original). Mas é preciso que o sujeito se encontre já numa posição de garante, a qual ativará o dever de agir para evitar o resultado; noutras palavras, “uma capacidade físico-real de agir sem posição de garantidor não constitui responsabilidade omissiva imprópria” (ESTELLITA, 2017, p. 249).

Espaço em que parece haver uma diferença entre a possibilidade jurídica de agir e a capacidade físico-real de fazê-lo. A primeira tem que ver com a delimitação do conteúdo do dever de agir concreto do garantidor, conforme a estruturação e regulação da empresa, e tocando na relação entre normas penais e extrapenais. A capacidade físico-real de agir, por outro lado, parece referir-se à aptidão mecânica de realizar a tarefa e assim cumprir com a obrigação imposta legalmente de agir. Exemplo: se, tendo como parâmetro as diretrizes da empresa e as normas legais relativas à situação concreta, o conselheiro de uma empresa tenha como dever acionar o conselho de administração (CA) para evitar a prática de um ilícito, mas não de demitir o empregado que o cometeria, a possibilidade de agir cinge-se à denúncia ao CA, com o que fica delimitado o conteúdo do concreto dever de agir. Desse modo, se informa ao CA sobre a situação em tempo hábil, mas sem demitir o empregado, e este pratica o ilícito, então o conselheiro não pratica crime em omissão imprópria. Não obstante, é possível que, logo depois de tomar conhecimento da irregularidade, o conselheiro sofra um infarto, faltando-lhe a capacidade físico-real de cumprir o dever, hipótese na qual tampouco se lhe pode reclamar a responsabilidade penal por omissão imprópria (parágrafo elaborado de acordo com ESTELLITA, 2017, p. 252-253).

Como o art. 13, § 2º, do CP, não contém uma determinação taxativa da conduta punível, antes estabelecendo os pressupostos gerais da omissão imprópria, é preciso no geral recorrer às figuras típicas da Parte Especial ou da legislação extravagante para delimitar o conteúdo concreto do dever de agir. Dessa forma, no exemplo de Heloisa Estellita (2017, p. 252-523), em se tratando de um crime de poluição, ao agente incumbe agir para evitar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora (art. 54, Lei nº 9.605/1998); no caso de lavagem de dinheiro, para que não seja praticada a dissimulação (art. 1º, Lei nº 9.613/1998). Além disso, havendo pluralidade de ações determinadas e juridicamente esperadas, complementa a autora, deve-se identificar e descrever todas as ações possíveis para evitar o resultado.

4. *Imputação do resultado.* Interessam-nos neste momento dois grupos relevantes, representados pelas *omissões simultâneas* e pelas *omissões sucessivas*. As primeiras decorrem essencialmente de decisões colegiadas, a exemplo da votação para destituir um diretor em razão da prática de crimes ambientais anteriores. Supondo que o órgão colegiado decidiu por maioria de votos pela não destituição, da qual seguiram novos crimes ambientais pelo diretor, abre-se um aparente caminho para alegar a irrelevância penal da omissão; afinal, independentemente do voto individualmente considerado, o resultado igualmente teria ocorrido, em decorrência da soma dos votos restantes, que já alcançaram o patamar suficiente para confirmar a decisão. Foi o que ocorreu no famoso caso do *Lederspray*, julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) (equiparável ao STJ), no qual houve, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 261-262), “uma decisão colegiada no sentido de não determinar a retirada de um produto nocivo à saúde dos consumidores e os votos no sentido da não retirada ultrapassaram o número necessário, havendo, pois, votos redundantes”. Em suma, trata-se de várias condições que, *somadas todas elas*, conduzem ao resultado.

Por outro lado, de acordo com Heloisa Estellita (2017, p. 265-266, *passim*), as *omissões sucessivas* se centram, basicamente, na seguinte problemática: o primeiro garantidor (G1) não cumpre o dever de agir que lhe é imposto, dever este que também não é cumprido pelo segundo garantidor (G2), surgindo dúvidas, conseqüentemente, se o resultado poderia ter sido evitado no caso de cumprimento do dever de agir pelo primeiro garantidor. Resumindo numa pergunta: se G1 tivesse cumprido seu dever, G2 teria cumprido o seu? Seria o caso, no exemplo de Heloisa Estellita, de um *compliance officer* (CO) que tem o dever de

reconhecer as fontes de perigo e as violações jurídicas que possam ter efeito no mundo externo. O CO não cumpre com os seus deveres, sobrevivendo um resultado típico. Mesmo assim, restam dúvidas a respeito de se os dirigentes reagiriam em conformidade com os seus deveres, caso tivessem sido informados da situação pelo CO. O problema que aqui se coloca tem que ver com a relação entre a omissão do CO e o resultado; noutras palavras, se há uma correspondência entre a omissão típica e o resultado, que ateste o nexo de imputação entre ambos. Trocando em miúdos: seria o resultado inevitável, por haverem fundadas dúvidas acerca do não cumprimento dos deveres por parte de G2 (mesmo que o CO tivesse praticado a ação devida, o resultado teria igualmente ocorrido, com uma probabilidade próxima da certeza)?

Tomando como exemplo o caso do spray de couro (*Lederspray*) e o caso dos freios,⁹ nota-se, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 278-279, *passim*), “que nem sempre os dirigentes da empresa reagem em conformidade com seus deveres quando estão sob pressão da concorrência no mercado econômico”. Em ambos os casos, “havia sinais claros de risco para a saúde e para a vida dos consumidores, sinais que foram ignorados”. Mas não há uma resposta unitária e global para o problema, devendo sempre prestar atenção às circunstâncias concretas. No entanto, de um modo geral, “o CO será responsável como primeiro garantidor (G1) pelo *diagnóstico* de perigos e fornecimento de informações aos dirigentes da empresa (dever de comunicação). Com base nessas informações, devem os dirigentes (G2) adotar as medidas adequadas para neutralizar o perigo”. O que revela uma necessidade de união entre as tarefas do CO e dos dirigentes para efetivamente evitar o resultado típico. Portanto, cabe ao CO, num primeiro momento, atender aos “deveres de diagnóstico e comunicação; em um

⁹ No caso do spray de couro, “o *recall* dos produtos, que deveria ter sido ordenado pelo fabricante (a omissão), deveria ser executado pelos revendedores que já estavam na posse dos exemplares (2a omissão). A defesa alegou que não seria possível provar que, se tivesse sido feito o *recall*, ter-se-ia prevenido a ocorrência dos danos à saúde, pois não haveria como comprovar que os revendedores atenderiam de fato ao *recall*, retirando os produtos de circulação. Daí a indagação sobre a relevância causal da omissão de determinar o *recall* por parte dos dirigentes da fabricante (primeiros garantidores)”. Já o caso dos freios tratou “da condenação de um supervisor de oficina de uma empresa de logística por homicídio omissivo culposo, por ter omitido o exame completo dos freios de uma carreta. Este supervisor, após receber uma queixa de um motorista quanto à insuficiência dos freios, limitou-se a examinar os freios dianteiros da carreta, omitindo-se um exame também nos freios traseiros. A informação quanto à necessidade de reparo nos freios dianteiros foi repassada a seu chefe, que, diante dela, liberou o uso do veículo enquanto aguardava a chegada da peça de reposição, estimada para ser entregue ainda naquela semana. O acidente, porém, decorreu da falha total dos freios, não detectada pelo supervisor em função da ausência de exame dos freios traseiros”; ambos os casos extraídos de ESTELLITA, 2017, p. 268-269.

segundo, incumbe aos dirigentes o dever de intervir adotando as medidas adequadas para evitar o resultado típico”.

Panorama que abre, conforme Heloisa Estellita (2017, p. 283, *passim*), dialogando com Timo Schrott, pelo menos dois cenários: um em relação ao CO central, que não comunica o fato à direção da empresa, e outro relativo ao CO descentralizado (ou setorial), que deixa de comunicar o fato ao CO central. Supondo que ambos – CO central e CO descentralizado – praticaram uma omissão típica, resta saber se o resultado lhes pode ser imputado, centrando-se basicamente na seguinte pergunta: “se o obrigado a fazer o diagnóstico e a comunicação (o CO) tivesse atuado em conformidade com seus deveres, teria o destinatário da informação, por seu turno, agido também em conformidade com seus deveres e o resultado típico teria sido evitado?”. De modo que o afastamento da evitabilidade somente ocorrerá “diante de circunstâncias concretas diretamente relevantes para o fato concreto, que permitam afirmar uma dúvida substancial quanto à hipótese de uma reação conforme ao dever do destinatário da informação (G2)”, e, por conseguinte, “da evitabilidade do resultado pelo hipotético cumprimento dos deveres do *compliance officer*”.

Nesse sentido, continua Estellita (2017, p. 283-284, *passim*), “meras especulações quanto ao descumprimento do dever pelo garantidor destinatário da informação não são suficientes para afastar o juízo hipotético de evitabilidade”. Trata-se de um juízo que se pretende não apenas normativo, mas também *empírico*. Dessa maneira, o afastamento da evitabilidade, conforme as circunstâncias concretas reputadas relevantes para o fato concreto, pode ocorrer ao se constatar uma inação anterior dos dirigentes ou do CO central diante do recebimento de outras informações, não distanciadas com longevidade, e que sejam relativas ao mesmo “acontecimento típico” (processo causal perigoso ou fonte de perigo). Ao fim e ao cabo, o sistema de *compliance officer* tem como efeito a concentração de responsabilidade penal na pessoa que desempenha a função de CO, pelo menos no que toca aos deveres de diagnóstico e comunicação. Já em relação aos dirigentes, recai a responsabilidade penal em relação ao dever de intervenção no processo perigoso para bens jurídicos externos à empresa. Conclui Estellita que o descumprimento deste dever, pelos dirigentes, depois de comunicados, mesmo que de forma deficitária, sobre a situação de perigo, “representará uma dúvida substancial quanto à hipotética reação conforme ao dever da administração da

empresa diante de uma comunicação completa e cabal por parte do CO, caso em que o risco de responsabilidade penal é transferido para os dirigentes”.¹⁰

5. *Dolo*. Permita-se um adendo para falar, ainda que brevemente, da exigência de dolo para a responsabilidade penal do administrador da empresa em fatos praticados via omissão imprópria, questão esta que é tratada, segundo Imme Roxin (2015, p. 73), apenas de forma esporádica pela literatura. Segundo o art. 18, I, do CP brasileiro, considera-se doloso o crime quando o agente quis o resultado – dolo direto – ou assumiu o risco de produzi-lo – dolo eventual. Dois seriam os elementos componentes do crime doloso: o cognitivo, consistente no conhecimento dos elementos constitutivos do tipo penal (*a contrario sensu* do art. 20, CP), e o volitivo, no querer ou assumir o risco do resultado. Daí que o dolo seja no geral compreendido como consciência e vontade de realizar o tipo objetivo.

Da mesma forma que nos crimes comissivos, admitem-se aqui três formas de dolo, adaptadas de acordo com a estrutura dogmática da omissão. No *dolo direto de primeiro grau*, o agente conhece os elementos constitutivos do tipo objetivo, e omite a conduta devida pela norma mandamental, tendo como finalidade a ocorrência do resultado. No *dolo direto de segundo grau*, o agente não quer diretamente a ocorrência do resultado típico, porém reconhece que a sua omissão desencadeará efeitos colaterais, caso o seu propósito se concretize. Por fim, no *dolo eventual*, o agente também não tem a finalidade direta de que o resultado ocorra, mas com ele se conforma, decidindo-se, então, pela possível ofensa ao bem jurídico (ESTELLITA, 2017, p. 286).

Além do mais, o dolo deve referir-se, segundo Roxin, a todos os pressupostos que compõem a estrutura típica da omissão imprópria. Do que se exige o conhecimento das

¹⁰ Propusemos uma análise meramente expositiva em relação ao assunto. Temos, porém, as nossas dúvidas em recorrer a hipóteses sobre o que teria ou não acontecido posteriormente caso o primeiro garantidor tivesse cumprido o seu dever de agir – o que inclusive pode conflitar com a fundamentação esboçada no segundo entretítulo. Afinal, “na maioria dos casos, sequer é possível saber como aquele que deveria ter agido posteriormente, teria reagido ao incentivo ou à informação. [...] Afinal, como a sua decisão não é determinável por nenhuma lei natural conhecida, uma prognose segura é impossível”, motivo pelo qual não seria possível “fazer a punibilidade depender de uma circunstância cuja prova processual é na maioria dos casos de partida inviável. O convencimento do juiz não pode substituir a impossibilidade probatória”. Além do que o omitente alega em seu favor uma *violação alheia fictícia do dever*, argumentos apresentados por ROXIN, 2015, p. 281. Talvez fosse mais correto acudir à formulação de Jakobs, de que “a realização de um risco não depende daquilo que teria acontecido sem esse risco, mas sim daquilo que aconteceu com ele”; cf. JAKOBS, 2008, p. 322. Remodelando para o âmbito da omissão imprópria, ter-se-ia de indagar se o resultado decorreu precisamente da ação omitida pelo primeiro garantidor, particularmente agregando o questionamento de se o segundo garantidor *poderia ter agido* para evitar o resultado, caso tivesse recebido as informações pertinentes. Assim, negar-se-ia a imputação caso ficasse demonstrado que, mesmo munido da informação, o segundo garantidor não poderia agir para evitar a ofensa ao bem jurídico; com semelhanças, cf. ROXIN, 2013, p. 284-285.

circunstâncias das quais derivam a posição de garante; o reconhecimento da situação típica; a abrangência, pelo dolo, da ausência da ação requerida ou ordenada, junto da possibilidade físico-real de praticá-la; e o conhecimento das circunstâncias que fundamentam a imputação do resultado (ROXIN, 2014, p. 816-817). Desse modo, quem não conhece um pressuposto objetivo (descritivo ou normativo) do seu dever de agir, incide em *erro de tipo*, afastando-se o dolo, mas permitindo a punição pela modalidade culposa, se prevista em lei (art. 20, *caput*, CP). Por outro lado, quem é consciente de todas as circunstâncias objetivas, mas considera não estar obrigado a agir, incorre em *erro de proibição* (art. 21, CP) (ROXIN, 2014, p. 818). Exemplo: o pai vê uma criança se afogando, e, pensando tratar-se de criança qualquer, nada faz, quando na realidade era o seu filho. Há um erro de tipo quanto ao surgimento da situação típica. Por outro lado, se o pai reconhece que é o seu filho, mas não se sente obrigado a salvá-lo e então permanece inerte, incide em erro de proibição, que em nada altera o injusto típico (ROXIN, 2014, p. 819).

No que toca às estruturas empresariais, a fragmentação, a segmentação, a canalização e a filtragem das informações surgem como necessidades inexoráveis das empresas modernas, atendendo, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 288-289, *passim*), “a necessidades de especialização e de resposta adequada, atuando no sentido do cumprimento dos deveres objetivos de cuidado”. Isso não deixa de repercutir em aspectos relacionados ao elemento cognitivo do dolo, principalmente em relação àqueles que ocupam as camadas superiores da hierarquia societária. É que as informações normalmente se encontram nas mãos dos agentes que operam na base da empresa, sendo comum que cheguem aos dirigentes em segunda ou terceira mão, além de ocorrer uma filtragem em todo esse processo de comunicação. No caso de avaliações e pareceres elaborados por *experts* ou por grupos de *experts* (comitês e auditoria externa, p. ex.), aos dirigentes não resta alternativa senão confiar no conteúdo emitido, pena de inviabilizar determinados processos decisórios. Situação que pode impedir, nos crimes especiais, a formação do dolo nos agentes qualificados, devido aos processos de (ou falta de) acesso à informação, “com a possibilidade de criação de zonas ou âmbitos de irresponsabilidade em virtude da dissociação entre a conduta objetivamente típica de um e a conduta subjetivamente típica de outro”.

Nas relações verticalizadas isso parece ser ainda mais evidente. As delegações de funções e tarefas vão se estratificando, anota Heloisa Estellita (2017, p. 292, *passim*) até que

cheguem às camadas mais inferiores da estrutura empresarial, de tal modo que aos garantidores originários restem apenas deveres de controle e de intervenção em caso de irregularidades. Diante dessa estratificação e do acúmulo de camadas, surge não só o perigo ínsito de filtragem de informações no âmbito de sua transmissão pelas camadas intermediárias, mas também os possíveis defeitos no próprio fluxo de informações. Por essa razão, “não será incomum que os dirigentes não tenham conhecimento da situação de perigo e, assim, quando muito, possam apenas ser responsabilizados a título de culpa, quando prevista”, tendo em conta que “a omissão do dever de intervir advém da violação dos deveres de vigilância que permitiriam a obtenção da informação”.

As funções de *compliance officer* representam bons exemplos para verificar como a divisão de tarefas pode impactar a conformação da tipicidade subjetiva. Na linha sugerida por Schrott, mencionado por Heloisa Estellita (2017, p. 293-294, *passim*), quando o CO viola o seu dever de comunicação, ligado a uma prévia aquisição de informações, configura-se o elemento cognitivo do dolo, ainda que na forma do dolo eventual. Por conseguinte, se o CO não transmite a informação ou fá-lo de maneira incorreta ou incompleta, a omissão dos dirigentes em agir para evitar o resultado normalmente derivará de erro de tipo. Afinal, os programas de *compliance*, quando efetivos, no geral constituem indícios de ausência de dolo dos componentes dos escalões superiores da empresa. Aplicando-se, conseqüentemente, as regras relativas ao erro de tipo (art. 20, CP), quando os dirigentes desconheçam a situação de perigo, ou do erro de proibição, quando, conhecendo-a, erram em relação à proibição do ato a ser praticado e avaliam como inexistente o seu dever de agir para impedir o resultado (art. 21, CP).

4 CONCLUSÃO

O art. 13, § 2º, do CP estabelece os pressupostos essenciais para que alguém seja punido por crime omissivo impróprio. São eles: *a)* a posição de garante; *b)* a situação típica que ativa o dever de agir para evitar o resultado; *c)* a não realização da ação mandada, apesar da possibilidade de praticá-la; *d)* a imputação do resultado. Exigindo-se, ademais, o dolo do agente, ou, quando o tipo admitir, a culpa.

A empresa pode ser considerada uma fonte de perigo permitida, cabendo ao empresário, como contrapartida da liberdade de empreender, o dever de vigilância para que as atividades exercidas mantenham-se nos limites autorizados. A posição de garante se firma somente em relação aos delitos relativos à atividade empresarial. São garantidores originários os administradores que tenham uma relação juridicamente fundada de controle e que o tenham assumido faticamente. O garante originário pode delegar funções àquele que então passa a ser chamado de garante derivado (ou delegante e delegado, respectivamente), que assume a posição de garante em relação à tarefa delegada (art. 13, § 2º, *b*, CP). O delegante deve cumprir deveres de seleção adequada, de instrução, de organização, de supervisão e de intervenção, pena de invalidade do ato de delegação. Além do mais, o garante originário mantém deveres de vigilância em relação ao garante derivado, devendo corrigi-lo e/ou substituí-lo em caso de irregularidades. Em se tratando de relações horizontais (departamentalização), não há, em regra, um dever de vigilância dos administradores uns em relação aos outros, além do consequente dever de intervir, a não ser que circunstâncias concretas indiquem a atuação criminosa de outro administrador.

A situação típica que ativa o dever de agir surge no momento em que há um perigo direto para o bem jurídico, instante em que já é possível cogitar a responsabilidade por tentativa. O conteúdo do dever concreto de agir geralmente é individualizado pelo tipo penal comissivo ao qual se equiparará a omissão. É preciso também que o garante tenha a possibilidade jurídica e a capacidade físico-real de agir. A imputação do resultado demanda verificar se a ação omitida teria evitado ou não o resultado, com uma probabilidade próxima da certeza. Por fim, é preciso que o garante atue dolosamente. O dolo deve referir-se a todos os elementos constitutivos da omissão já analisados. Em caso de desconhecimento, é possível afastar o dolo por erro de tipo. O elemento cognitivo do dolo pode ser prejudicado pela falha ou fragmentação das informações transmitidas da base aos escalões superiores, que por vezes impede o garante de se inteirar corretamente acerca das atividades praticadas na empresa.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. ¿Definición de la categoría <<responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados>> a partir de sus propios límites? *In*: PRATS, Fermín Morales et al. *Represión penal y estado de derecho: homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Cizur Menor: Arranzadi, 2018. P. 329-344.

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

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy. La imputación jurídico penal en el seno de la empresa. *In*: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. P. 327-365.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omision impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 54, Fasc. 1, p. 5-26. 2001.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Delegación de competencias y *compliance* penal: un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico. *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP), n. 85, p. 115-138. Novembro de 2020.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In*: 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. 81-122.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad individual en los delitos de empresa. P. 87-128. *In*: BARRANCO, Norberto J. de la Mata et al. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015.

MIR PUIG, Santiago. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 1, p. 6-28. 1994.

PRATES, Dalila Rodrigues. *A omissão do empresário: fundamentos e limites da posição de garantidor por omissão imprópria no âmbito da atividade empresarial*. 2018. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. Problemas de causalidade intermediada psiquicamente. Tradução de Augusto Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, p. 253-295. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2013.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Tradução de Alaor Leite e Adriano Teixeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 112, p. 61-76. São Paulo. 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa* [con la colaboración de Raquel Montaner Fernández e Lorena Varela]. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.