



PÓS-BAIRA DE DIREITO
CIÊNCIAS CRIMINAIS

GILSON CERUQUEIRA SANTOS FILHO

**DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA IMPUTAÇÃO DE
CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A GESTORES DE
PESSOAS JURÍDICAS EM CASOS DE CRIMES
AMBIENTAIS.**

Salvador

2019

GILSON CERUQUEIRA SANTOS FILHO

**DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA IMPUTAÇÃO DE CRIMES
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A GESTORES DE PESSOAS
JURÍDICAS EM CASOS DE CRIMES AMBIENTAIS.**

**Monografia apresentada a Pós-Graduação
da Faculdade Baiana de Direito, no curso de
Ciências Criminais, como requisito parcial
de aprovação.**

**Orientador: Prof. Dr. Gamil Föppel El
Hireche**

Salvador

2019

GILSON CERUQUEIRA SANTOS FILHO

**DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA IMPUTAÇÃO DE CRIMES
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS A GESTORES DE PESSOAS
JURÍDICAS EM CASOS DE CRIMES AMBIENTAIS.**

Monografia **aprovada** como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado em ciências criminais pela Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora.

Banca Examinadora

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

RESUMO

Os sujeitos que exercem função de gerenciamento nas pessoas jurídicas vêm sendo denunciados pela prática de crime omissivo impróprio, quando esses entes são acusados de crime ambiental. Utiliza-se para tanto a segunda parte do art. 2 da lei 9.605, mas, em flagrante desrespeito ao art. 41 do CPP, pois não há uma imputação específica delimitando qual a parcela de responsabilidade do agente, qual teria sido sua conduta omissiva e se essa conduta omissa adveio de dolo. Portanto, o problema a ser solucionado é qual o critério de imputação a esses sujeitos considerados garantidores. Na jurisprudência vem sendo aceito a imputação de crimes a sujeitos supostamente garantidores sem que seja demonstrado o mínimo de relação entre a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, e a omissão realizada pelo agente, bem como, não é valorado se a conduta omissa adveio de dolo do agente em não realizar a ação esperada quando devia e podia, ou seja, não é feito o crivo perante o princípio da culpabilidade. Aqui nos propomos a apresentar critérios de imputação para que haja uma responsabilização minimamente justa.

Palavras-chave: Crimes omissivos impróprios; Imputação Subjetiva; Gestores de pessoas jurídicas; crimes ambientais;

SUMÁRIO:

| | |
|--|--|
| 1. INTRODUÇÃO..... | |
| PRIMEIRA PARTE. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA..... | |
| 1. BREVES REFLEXÕES ACERCA DO BEM JURÍDICO. PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA A RESPONSABILIDADE PENAL..... | |
| 2. A RESPONSABILIDADE PENAL DE GESTORES DE PESSOAS JURÍDICAS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: ABORDAGEM ACERCA DO AVANÇO DESENFREADO DA TUTELA PENAL..... | |
| SEGUNDA PARTE: DELINEAMENTO ACERCA DA OMISSÃO: PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O ENFRENTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS GESTORES. | |
| 1. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA..... | |
| 1.1. A OMISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO22 | |
| 1.1.1. JURISPRUDÊNCIA..... | |
| 2. CONDUTA HUMANA: TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE AÇÃO E OMISSÃO 31 | |
| 2.1. AÇÃO: TRAÇOS RELEVANTES PARA O DIREITO PENAL35 | |
| 2.1.2. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO | |
| 2.2. ABORDAGEM SOBRE A OMISSÃO EM SUAS DUAS MODALIDADES.....44 | |
| 3. OMISSÃO IMPRÓPRIA:..... | |
| 3.1. CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E DEFINIÇÃO:..... | |

| | |
|---|-----------|
| 3.2. DELIMITAÇÃO DA FIGURA DO GARANTIDOR..... | |
| 3.3. PODER DE AGIR PARA ELIMINAR O RESULTADO | |
| 3.4. POSSIBILIDADE DE EVITAÇÃO DO RESULTADO PREVISIVEL..... | |
| TERCEIRA PARTE. CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO AOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS. | 60 |
| 3. CONCLUSÃO | 64 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | |

1. INTRODUÇÃO

Será discutido nesse trabalho, o panorama jurídico atual acerca do cometimento de crimes ambientais omissivos impróprios por gestores de pessoas jurídicas.

Convém salientar que a responsabilidade penal de pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro apenas poderá ser por crimes ambientais. Assim, vigorou-se por certo período que tal responsabilidade deveria respeitar o critério da dupla imputação, é dizer, a pessoa jurídica somente seria denunciada se, cumulativamente ao menos uma pessoa física configura-se o polo passivo da demanda penal. Para só assim a persecução penal pudesse se perfectibilizar.

No entanto, tal entendimento foi reformulado, se tornado ultrapassado, nesse momento se passou a não mais exigir a imputação dúplice.

Por conseguinte, nesse período em que a imputação de crime a pessoa jurídica apenas poderia ser através da dupla imputação a responsabilidade de pessoa física era meramente acessória, ilustrativa, o que levava a massacres a dogmática penal, pois os gestores de pessoas jurídicas foram denunciados e condenados apenas pela necessidade de se responsabilizar alguém. Ou seja, vigorou um punitivismo exacerbado que deixava a essência do direito penal de lado em prol de satisfazer a sociedade com um bode expiatório.

Com a mudança de pensamento, é dizer, com a possibilidade de responsabilizar pessoa jurídica sem a necessária dupla imputação, poderia se pensar que os assaques a dogmática penal iriam acabar, afinal, não era necessário imputar um delito sem que o indivíduo tenha verdadeiramente agido ou deixado de agir para dar causa ao resultado criminoso, bastava demonstrar a responsabilidade da pessoa jurídica, e assim a suposta ação criminosa teria como resposta a reprimenda penal.

Contudo, não se conseguiu deixar de lado o anseio punitivista, mesmo sem a necessidade de dupla imputação, continuou-se imputando a responsabilidade pelos crimes ambientais a gestores, apenas por serem gestores.

Não estamos aqui defendendo a impunidade, mas sim, o respeito ao núcleo duro do Direito Penal, qual seja, a responsabilidade penal subjetiva. Frise-se que o direito penal é do fato não do autor. É preciso responsabilizar alguém pelo que ele fez ou pelo que ele se omitiu a fazer, e não pelo cargo que ocupa. Assim, para responsabilizar esses indivíduos seria necessário demonstrar de maneira clara e cristalina a ação ou omissão dolosa, não tomando como parâmetro de responsabilidade o simples fato de ser gestor, administrador.

Seria necessário, portanto, especificar a conduta omissa do acusado, como prevê o art. 41 do Código de Processo Penal:

Art. 41 CPP A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Nessa linha, demonstrar o dever e o poder agir do gestor, bem como, demonstrar que a conduta omissa é culpável, ou seja, realizar um filtro sob a égide do princípio da culpabilidade como exigência da imputação subjetiva.

Importante considerar o quanto defendido por Juarez Tavares. Esse doutrinador defende que nos crimes omissivos impróprios há necessidade da demonstração do dolo no não fazer, ou seja, a inação precisa ser dolosa, o sujeito tem de visualizar uma provável consequência no seu deixar de agir. Só assim será possível imputar crime omissivo impróprio a um gestor de uma pessoa jurídica, e colocá-lo ao lado dela no polo passivo da ação penal.

Diante dessas ponderações, é imperioso demonstrar como esse trabalho será desenvolvido.

Na primeira parte será apresentada a responsabilidade penal, é dizer, traremos aspectos essenciais para que o leitor possa entender quais os limites de imputação do direito penal, é dizer, demonstraremos aspectos da responsabilidade penal subjetiva em detrimento da responsabilidade penal objetiva.

Na segunda parte, será abordada a omissão, demonstrando suas nuances, desde a omissão própria, à omissão imprópria, que é o âmago desse trabalho.

Seguindo para conclusão, apresentaremos possíveis soluções para a problemática abordada, trazendo critérios de imputação, que embora não sejam novidades na dogmática, estão sendo achincalhados durante a persecução penal, em nome de uma expansão do Direito Penal sem nenhuma fundamentação idônea.

PRIMEIRA PARTE. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA.

Nessa primeira parte, é imperioso trazer a clássica discussão acerca da responsabilidade penal, esclarecendo que a imputação penal no direito brasileiro deve ser eminentemente subjetiva, é dizer, há necessidade que a responsabilidade penal advinha do dolo ou da culpa do agente, consubstanciando o princípio da culpabilidade.

Não é possível responsabilizar um sujeito sem que este tenha contribuído efetivamente para que aquele delito viesse a se caracterizar. No caso da omissão, é necessário que o sujeito tenha conscientemente escolhido não agir naquela determinada situação. Ou seja, o sujeito passa a ter conhecimento do seu dever de agir, da sua condição de garante, mas mesmo assim escolhe se manter inerte, dando azo ao resultado lesivo.

Para continuarmos nessa discussão, vamos adentrar em uma questão crucial a responsabilidade penal subjetiva, qual seja, a ofensa ao bem jurídico. O direito penal é responsável por resguardar bens essenciais a sociedade, não havendo a caracterização do bem jurídico e sua ofensa, não há que se falar em responsabilidade penal.

1. BREVES REFLEXÕES ACERCA DO BEM JURÍDICO. PRESSUPOSTO NECESSÁRIO PARA A RESPONSABILIDADE PENAL.

A partir da delimitação do Bem Jurídico é que se pode entender a proteção almejada pelo direito penal, visto que, o bem jurídico nasce da relação entre os interesses da sociedade e o direito, ou seja, somente quando o direito passa a resguardar determinado bem, é que esse entra para o rol seletivo de

interferência do Direito Penal. Não havendo bem jurídico resguardado, não há que se falar em responsabilidade penal.

Dessa forma, somente com o apartamento do que é essencial para a sociedade, é que se pode chegar aos objetivos do direito penal, sendo esse a *ultima ratio*, não cabe penalizar toda e qualquer conduta, mas sim aquelas que ofendam bens necessários para o equilíbrio social.

Nessa esteira de pensamento, cumpre colacionar o ensinamento de Luis Regis Prado:

“...o bem jurídico vem a ser um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”¹

Diante disso, todo delito deve por em perigo concreto ou lesionar um bem jurídico, para que assim, o autor da conduta possa ser penalizado. Punindo o indivíduo por conduta que não ofenda o bem jurídico resguardado estará ofendendo princípios básicos do direito penal. Como os princípios da ofensividade, da lesividade.

Por conseguinte, o bem jurídico é também um limite ao legislador. Embora seja também uma ferramenta de seletividade. O bem jurídico é selecionado em meio às condutas que representam maior lesividade para o contexto social, ou seja, devem-se selecionar os bens essenciais para a manutenção da ordem social. Para tanto, é necessário haver o respeito aos princípios constitucionais e garantias individuais.

Portanto, o legislador não deveria incriminar condutas que não ofendam de forma íntima o corpo social, que não lesionem de maneira aviltante a comunidade. Entretanto, como já dito acima, é necessário o respeito ao indivíduo para que haja a incriminação de condutas. Devendo a tutela penal ser necessária, adequada e razoável.

¹ PRADO, Luiz Regis – *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral, arts. 1º a 120* – 11. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Analisando as fundamentais características do bem jurídico, pode-se perceber que condutas criminalizadas ou descriminalizadas em certos países, podem causar espanto a um brasileiro, pois o conteúdo essencial que carece de proteção em um determinado país não necessariamente vai ser essencial para a sociedade brasileira. Dessa maneira, cada ordenamento tem sua peculiaridade.

Nessa linha, importante salientar que embora em cada sociedade haja necessidade de proteção a determinados bens jurídicos, convém ressaltar que como bem adverte Roxin, a ideia de bem jurídico não permite a proteção de sentimentos. Ou seja, com o bem jurídico se busca delimitar o objeto do Direito Penal, resguardando a este ramo do direito condutas que lesionem efetivamente bens jurídicos, e não sentimentos morais, ou convicções pessoais.

Mister faz esclarecer, que a indignação do indivíduo que teve seu senso de moralidade ferido não merece a guarda do direito penal, temos que ter sempre em mente que, este ramo do direito é consagrado pela *ultima ratio*, como diria Nelson Hungria, o Direito Penal é o soldado de reserva, portanto, não pode resguardar perturbações anímicas.

Não havendo violação a um bem jurídico, não se pode responsabilizar qualquer indivíduo, é dizer, se aquele agente supostamente criminoso não contribuiu para lesionar o bem jurídico resguardado sua responsabilidade não se concretiza. Incongruente sua responsabilização como um bode expiatório, apenas para que a sociedade tenha um indivíduo para apedrejar, para responsabilizar, como vem acontecendo no caso de gestores de pessoas jurídicas.

O Direito Penal não pode cuidar de violações a moral ou de satisfação a anseios sociais, é preciso respeitar a dogmática para que assim o sujeito seja responsabilizado a partir de um conteúdo mínimo de justiça.

De forma a sedimentar o que foi dito, convém transcrever o pensamento de Claus Roxin:

“Não pertence às condições de desenvolvimento das pessoas que ela não seja molestada em suas convicções pessoais de valor moral. Em nossa sociedade pluralista (...) tais perturbações anímica têm de ser suportadas.”²

Outrossim, é importante perceber que o crime não se exaure na apreciação única e exclusiva da ofensa ao bem jurídico, como bem adverte ZAFFARONI, o delito é algo mais que a ofensa ao bem jurídico, mas sem essa, à tipicidade não se configura.

Nessa linha, ZAFFARONI, conceitua bem jurídico como sendo:

“...a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação de condutas que o afetam.”³

Dessa maneira, o autor defende que o bem jurídico não é o objeto material ou imaterial em si, mas sim o direito de dispor desse bem, é o direito que o indivíduo tem através de qualquer forma usufruir de algo que se encontra em sua esfera de disponibilidade.

Na atualidade, o bem jurídico passa por uma dupla titulação importante, uma já tradicional, clássica, que acompanha a essência das sociedades desde seus primórdios. A outra nasce com os novos anseios, com a ordem social que vem sendo deflagrada atualmente. Sendo a primeira definida como bem jurídico individual, e a segunda, bem jurídico transindividual, sendo estes bens culturais e não civilizatórios.

Os bens jurídicos individuais são os tradicionais, como a honra, vida, integridade física. Estes estão na esfera do indivíduo, podendo os controlar e dispor. Já os transindividuais estão além do indivíduo, afetam a coletividade,

² Roxin, Claus. **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. In: *Novos estudos de direito penal*. Organização Alaor Leite. Tradução Luís Greco. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito Penal e Criminologia).

³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique - **MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO Volume 1 — Parte Geral**. 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

não podendo ficar na esfera de disponibilidade de um único ser. É importante ressaltar a assertiva de PRADO, quando diz que não há conteúdo hierárquico entre esses bens, eles não sobrepõem um ao outro, o importante é a tutela aos bens jurídicos. Esclarecendo melhor o que foi exposto, cabe in verbis PRADO:

“Tendo-se como ponto de partida o critério da titularidade, julgado aqui suficiente para um exame didático da matéria, os bens jurídicos podem ser individuais ou metaindividuais, dos primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal. Já os metaindividuais – são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade-; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa com membro indistinto de uma comunidade.”⁴

Em breves comentários sobre os bens jurídicos transindividuais/metaindividuais, pode perceber que o conteúdo dos crimes ambientais se encontra dentro dessa categoria, visto que esse bem jurídico é resguardado em nome da sociedade, em prol da coletividade, das gerações futuras. Ou seja, a ofensa ao bem jurídico meio ambiente por mínima que seja é tida como relevante, uma vez que é vista em conjunto, esquece-se o fato ocorrido, bem como suas repercussões diretas o seu nexos causal natural, chegando a análise de uma possível ofensa macro.

Tal entendimento acaba por agravar a situação do gestores de pessoas jurídicas, pois com a responsabilização penal destes indivíduos se busca dar uma resposta social para a possível ofensa ao meio ambiente que poderá gerar futuramente maiores danos ao meio ambiente.

Importante salientar nesse ponto, que a sociedade anseia um algoz, sempre será necessário indivíduos para serem tidos como culpados, afinal, no ideário coletivo o importante é que um crime não seja “impune”, mesmo que para tanto precise desrespeitar toda a dogmática penal.

⁴ PRADO, Luiz Regis – **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral, arts. 1º a 120** – 11. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Neste diapasão, quando se fala em crimes ambientais, está se falando em bem jurídico cultural, imaterial, bem jurídico que não é palpável. Assim, os parâmetros comuns não servem para proteger esses novos bens jurídicos. Diante dessa conclusão é que se rodeia este trabalho, pois é por essa insuficiência do direito penal para tratar esses bens é que se configura muitas vezes a ilegitimidade na punição de gestores.

Nessa linha, para alcançar tais fins acaba sendo necessário fazer uma incriminação de maneira deficiente, deixando de lado o núcleo duro do Direito Penal em nome de uma incriminação abstrata, é dizer, os gestores são punidos meramente por serem gestores, não há concretamente nenhum deixar de agir, esse é meramente presumido.

Ou seja, o sujeito era gestor de pessoa jurídica, então, deveria ter total controle em tudo que acontecia dentro da estrutura empresarial, logo, ocorrendo algum crime através dessa pessoa jurídica o administrador seria responsabilizado por inércia.

Aqui estamos diante de uma tipificação do perigo abstrato, pois se responsabiliza os gestores por uma situação onde em momento algum era visível um real e concreto perigo de lesão ao bem jurídico. Exigindo desses indivíduos uma ação salvadora quando se apresentar situações em que o perigo é meramente abstrata.

Com isso, JALIL⁵ adverte que, com a tipificação de perigo abstrato o legislador empobrece os critérios de punibilidade, e com isso a própria dimensão de bem jurídico. Pelo perigo abstrato não se pune a ofensa a um bem jurídico de forma concreta, mas sim, com a simples comprovação de conduta perigosa, ou seja, da colocação em perigo desse bem.

Continua o autor afirmando, que com a formulação de novos bens jurídicos coletivos, estar-se-ia optando por um Direito Penal de prima ou *sala*

⁵ JALIL, Mauricio Schaun - Criminalidade Econômica e as novas perspectivas de repressão penal.

ratio e não de *ultima ratio*. Cabe ressaltar, por oportuno, que o bem jurídico não deve ser imposto de modo arbitrário pelos governantes, mas acima de tudo deve se apoiar na Constituição de cada país.

Com as críticas feitas por JALIL, percebe-se que a definição clássica de bem jurídico passa por um enfraquecimento, dando espaço não mais para a ofensa concreta do bem jurídico tutelado, mas sim, para a colocação em perigo desse bem. Nesse patamar é que se incluem os bens jurídicos coletivos, supraindividuais.

Com este panorama é perceptível que a responsabilidade de gestores de pessoa jurídica é praticamente uma escolha de política criminal, não estamos diante do cometimento de fato lesivo ao bem jurídico, mas sim de uma escolha feita pelo judiciário, qual seja, responsabilizar administradores de empresas, único e exclusivamente por esses serem administradores, impondo um dever de vigilância sub-humano. É dizer, espera-se dos gestores que desenvolvam o poder de serem onipresentes, acompanhando todo o desenrolar da atividade empresarial.

2. A RESPONSABILIDADE PENAL DE GESTORES DE PESSOAS JURÍDICAS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: ABORDAGEM ACERCA DO AVANÇO DESENFREADO DA TUTELA PENAL.

A imputação penal no Brasil deveria ser unicamente em sua modalidade subjetiva, é dizer, o ordenamento jurídico pátrio prevê que a responsabilidade penal é subjetiva, devendo-se, portanto, encontrar o liame causal que liga a conduta ao indivíduo, sendo este liame uma conduta comissiva ou omissiva, pouco importa, o que de fato deve ser colocado em xeque é se há um nexo de causalidade entre o agir ou não agir do indivíduo e o resultado que lhe quer imputar.

Não obstante as breves palavras, no que tange a responsabilização de gestores de pessoas jurídicas em casos de crimes ambientais, o que se vê é eminentemente uma responsabilidade penal objetiva, e um direito penal do autor.

É dizer, primeiro busca-se incriminar o gestor sem que haja um nexo causal direto entre o fato criminoso e sua conduta omissa, ou seja, não é demonstrado ao menos de maneira clara, como precisa ser uma acusação, que o gestor de fato deixou de agir para impedir determinado resultado.

Noutro momento, imputa-se aos gestores a conduta criminosa pelo fato de serem gestores, administradores, perfectibilizando uma imputação pautada em agradar a opinião pública, que precisa de um bode expiatório para culpar, mesmo que este em nada tenha contribuído para que aquele fato supostamente criminoso tenha ocorrido.

Diante desse contexto, há uma clara expansão do Direito Penal, é dizer, deixam-se de lado seus pressupostos tradicionais para avançar com um punitivismo de maneira exacerbada, realizando um caminhar nas velocidades do direito penal.

As velocidades do direito penal foram desenvolvidas por Silva Sánchez⁶, em seu modo de pensar, o Direito Penal na atualidade é pautado em diferentes sistemas. Com suas características peculiares de tratamento ao criminoso, suas formas de penalização, e de como gerir o processo penal, dão fundamentos as velocidades no direito penal. A cada nível ultrapassado, o Direito penal recepciona de maneira mais ampla a política de luta, em detrimento das garantias e dos princípios clássicos do Direito.

⁶ Sánchez, Jesus Maria. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Editora Revista dos Tribunais 2002.

Dessa forma Alexandre Rocha Almeida de Moraes em sua dissertação de mestrado, dar uma luz acerca do conteúdo de cada velocidade do Direito penal.

“A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a idéia de um direito penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos criminais iluministas; a segunda contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representa um direito penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’.”

Sendo assim, Silva Sánchez interpreta acertadamente o Direito penal do inimigo, como a terceira velocidade, munida de extrema relativização, e extinção de garantias. Sendo este o panorama que se vê nos julgados atuais que versão sobre a responsabilidade de gestores de pessoas jurídicas em crimes ambientais, deixa-se de lado as bases do direito penal, para punir esses indivíduos de maneira vazia, sem respeitar nem se quer a responsabilidade penal subjetiva.

Demais disso, convém colacionar o quando defendido pelo Professor Misael Bispo em sua dissertação de mestrado, demonstrando a tutela do meio ambiente como um avanço do direito penal, nos termos utilizados por Silva Sanchez, veja-se:

Sucedem que a tutela do meio ambiente não ficou adstrita às searas constitucional e administrativa. Além das Constituições, das leis infraconstitucionais, dos acordos e protocolos internacionais, os diplomas penais, também, passaram a tipificar condutas lesivas a este bem jurídico. E isto se deu não apenas com os Códigos Penais – como centro do sistema punitivo estatal -, mas, ainda, no âmbito da legislação extravagante.

Esta superproteção só corrobora o fenômeno constatado por Jesús-María Silva Sánchez³⁹, como mencionado em outras linhas. A expansão do Direito Penal, com a criminalização em massa diante dos novos riscos trazidos pela pós-Modernidade, é a consequência inexorável do reconhecimento de novos bens jurídico-penais.

A defesa penal meioambiental surge com base na constitucionalização do interesse a ela atrelado, reconhecido em sua qualidade de direito fundamental da coletividade. Fala-se de ideia vinculada à exclusiva proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade, que disciplina o Direito

Penal num Estado Constitucional e Democrático de Direito, assinalando o seu caráter fragmentário.

Diante dessa abordagem, tentamos demonstrar que em verdade há um avanço no direito penal, avanço que passa a desrespeitar garantias sacrificadamente conquistadas, para que o ordenamento penal agora deixe seu caráter fragmentário e passe a punir tudo e todos. Como acontece com os gestores, que em grande maioria lhes são feitas imputações sem um mínimo de nexos de causalidade entre a suposta conduta omissa e o próprio indivíduo.

SEGUNDA PARTE: DELINEAMENTO ACERCA DA OMISSÃO: PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O ENFRENTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS GESTORES.

1. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

A omissão é instituto que tem gerado bastantes estudos ao longo da história do Direito Penal, embora as discussões sobre esse tema careçam de preocupação fática. Tal modalidade de delito é deixada de lado em relação aos crimes comissivos. No entanto, com o avanço da sociedade, e o desenvolvimento tecnológico, a omissão vem ganhando maior relevância. Saímos de um panorama no qual a preocupação era eminentemente a modalidade comissiva, ou seja, o fazer do agente era o que preocupava os operadores do direito, para voltarmos os olhos para o não fazer, o deixar de agir.

Nesse movimento o Estado passa a transferir deveres estatais para o particular, é dizer, a função de vigilância e de prover minimamente a ordem social que até então era em sua totalidade do Estado, passa agora a fazer parte do cotidiano do sujeito comum, que pode atrair para si, às vezes mesmo sem se dá conta a responsabilidade de agir, sendo penalizado caso não atue para evitar lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico.

Do estudo da omissão podemos perceber que está, é em verdade uma forma de solidariedade, ou seja, uma norma estabelece que em determinadas ocasiões seja preciso se compadecer com a situação de outrem e ajudá-lo. Assim, o instituto em estudo se mostra como uma positivação de preceitos religiosos, onde se busca que o indivíduo atue com compaixão ao sofrimento

do outro. Nesse sentido, a omissão dignificaria o homem, pois ao deixar de ser omissos estaria ajudando ao próximo.

Carmo Antônio de Souza, trazendo o ensinamento de Maria Leonor Assunção, demonstra de maneira clara o quanto fora abordado acima, esclarecendo que em sociedades milenares a omissão circundava-se ao redor da compaixão, da bondade. Veja-se a lei egípcia trazida pela autora;

“Se alguém encontrar no caminho um homem que é vítima de maus-tratos ou de tentativa de homicídio e, podendo, não o socorrer, que seja condenado à morte.”⁷

Percebe-se nitidamente que desde a antiguidade criminalizar a omissão é uma forma de tangenciar o indivíduo a ajudar seu semelhante, é uma forma de tornar a sociedade mais harmoniosa e solidária. Contudo, a pergunta que deve ser feita é que preço estamos dispostos a pagar para termos uma sociedade mais complacente com o sofrimento do outro. E quais seriam os critérios exigidos para que a conduta tida como omissa seja punida.

Inicialmente o que predominava era a omissão própria, é dizer, a inação do sujeito perante determinada situação ocasionaria uma responsabilização pela omissão em si, pouco importando qual resultado adviesse do não fazer. Entretanto, passou a se preocupar em situações que a lei obrigasse o sujeito a agir para impedir o resultado, caso assim não agisse, o resultado era imputado ao agente omitente como se esse tivesse agido para alcançar aquele resultado.

A partir dessa nova perspectiva abre-se um leque de infrações que poderiam ser observada sob o viés da omissão, haja vista que até então, o sujeito apenas era responsabilizado caso houvesse expressamente o não-fazer punível, como no caso da legislação egípcia transcrita, onde era previsto no ordenamento jurídico punição do sujeito que mesmo podendo, se eximia de agir para ajudar outro indivíduo em situação de maus-tratos.

⁷ Souza, Carmo Antônio de. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios* – Rio de Janeiro, 2003. P. 63

O novo panorama demonstra que há uma imensidão de crimes que podem ser responsabilizados de maneira omissiva, sendo o deixar de agir modalidade de conduta escolhida pelo sujeito para alcançar o resultado final. Como no caso da mãe que deixa de alimentar o filho, vindo este a morrer por inação.

Assim, com a omissão imprópria percebe-se claramente que a omissão em si pode ser apenas uma modalidade de conduta humana, a qual é eficaz para alcançar resultados delituosos, ofendendo bens jurídicos resguardados.

Por conseguinte este é o panorama histórico apresentado pelos estudos do tema:

“Até então, a responsabilidade resultante da conduta omissiva só era possível quando expressamente previsto o *não-fazer* do tipo penal. A partir de Luden, descobriu-se que, além do repertório expresso de delitos consistentes em *não-fazer* relativos a normas imperativas (crimes omissivos próprios), existe a possibilidade de a maioria dos delitos de ação ser perpetrada também por inação (crimes omissivos impróprios). Estes últimos ocorrem quando se logra uma verdadeira mutação no mundo exterior, não fazendo o agente aquilo que dele se esperava. Percebeu-se que uma mãe, por exemplo, pode matar seu filho recém-nascido com uma faca ou com a abstenção de alimento.”⁸

Diante deste arcabouço onde se passa a discutir o delito omissivo impróprio é que se encontra o cerne da questão que será discutida no presente trabalho. A omissão imprópria terá destaque nessa produção, buscaremos esmiuçar suas características e critérios para a responsabilização do sujeito omissivo.

1.1. A OMISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No ordenamento brasileiro a omissão vem se desenvolvendo ao longo das décadas. Hoje temos no sistema legal os dois tipos de omissão, sendo que a omissão própria trás um tipo penal onde se encontra a obrigação de agir quando necessário a prestação de socorro.

⁸ Souza, Carmo Antônio de. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios* – Rio de Janeiro, 2003. P. 63

Por outro lado, a omissão é prevista na parte geral do código, trazendo preceitos gerais da omissão imprópria, o que deixa claro a possibilidade de qualquer crime ser praticado por omissão, desde que os sujeitos ativos do delito preencham os pressupostos de garantidores.

Nesse sentido, é salutar pontuar que o maior questionamento do trabalho em questão, é acerca da omissão de maneira genérica, a omissão como meio do cometimento de crime, e não a omissão como o crime em si. O que buscamos discutir são limites para que o crime cometido através de um ato omissivo possa ser imputado a alguém de maneira justa.

Na prática é possível perceber que a responsabilidade do cidadão por ato supostamente omissivo tem se tornado cada vez mais vulgar, e no caso de gestores de empresas tal responsabilização é ainda mais frágil, pois é feita uma análise objetiva do cargo ocupado, elegendo-o diretamente à função de garante.

Nesse sentido, importante trazer a baila o entendimento jurisprudencial acerca do tema, para que possamos vislumbrar como a teoria do presente trabalho reverbera na prática.

1.1.1. JURISPRUDÊNCIA

Tendo em vista a importância que os julgados das cortes superiores exercem diante da sociedade e da comunidade jurídica, é de nuclear importância após a demonstração da atual situação da omissão no ordenamento jurídico brasileiro, trazer a baila como esse ordenamento é interpretado e aplicado pelos julgadores em nível de Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que o objeto desse trabalho versa sobre os crimes omissivos impróprios, vamos limitar a análise sobre esses.

Em primeiro vamos trazer o julgado do Superior Tribunal de Justiça. Para chegar a tais precedentes foi utilizado o próprio sítio do STJ⁹, usando como norte a jurisprudência referente aos crimes omissivos impróprios, como também, foram escolhidos apenas algumas decisões, as quais julgamos serem de relevância para a compreensão do tema.

O primeiro julgado¹⁰ trazido a baila aborda uma situação interessante, o réu fora denunciado por crime de homicídio de forma comissiva, sendo considerado autor intelectual da prática delitiva. Entretanto, quando da pronúncia, a magistrada competente pela comarca que o processo estava sendo julgado entendeu que não havia autoria intelectual, restando apenas crime omissivo impróprio, uma vez que o réu sabia do plano para o homicídio, mas, nada fez para impedir.

Alega ainda que o Réu, sendo magistrado seria garantidor por força constitucional, uma vez que a magna carta adverte que esse profissional é garantidor dos direitos humanos fundamentais. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AO ART. 619, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS NA ORIGEM PARA SANAR A OMISSÃO APONTADA POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – TRIBUNAL DO JÚRI – DENÚNCIA QUE IMPUTOU AO ACUSADO CRIME DE HOMICÍDIO NA FORMA COMISSIVA – PRONÚNCIA QUE, ALÉM DA MODALIDADE COMISSIVA, IMPUTOU AO ACUSADO A PRÁTICA DO DELITO NA FORMA OMISSIVA IMPRÓPRIA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PLENITUDE DE DEFESA E DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A PRONÚNCIA – MODALIDADE OMISSIVA IMPRÓPRIA NÃO CARACTERIZADA – TESE DE EXCESSO DE LINGUAGEM PREJUDICADA – NÃO CONHECIMENTO DA TESE DE VIOLAÇÃO AO ART. 252, II e III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARA DESPRONUNCIAR O ACUSADO DA IMPUTAÇÃO DE CRIME DE HOMICÍDIO NA FORMA OMISSIVA IMPRÓPRIA. 1. Os aclaratórios não se prestam para sanar o inconformismo da parte com o resultado desfavorável no julgamento ou para rediscutir matéria já decidida. 2. Denúncia que

⁹ <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>

¹⁰ <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35295616&tipo=91&nreg=201304001423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140523&formato=PDF&salvar=false>

imputou ao acusado a “autoria intelectual” do crime de homicídio qualificado. Pronúncia que acresceu o crime de homicídio praticado na forma omissiva imprópria, porque o acusado, sabedor do plano para ceifar a vida da vítima, nada fez. Além disso, com seu comportamento anterior e suas estreitas ligações com o crime organizado, criou o risco para a produção do resultado. 3. Inovação na pronúncia que impõe à parte que se defende de algo que nem sequer foi objeto da acusação, ferindo os princípios do contraditório, da plenitude de defesa e da correlação entre a denúncia e a pronúncia. 4. Segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, o “princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que Documento: 35295616 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 19 Superior Tribunal de Justiça assegura que apenas podem constar da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória, de forma a assegurar a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos não descritos na denúncia” (HC 245.123/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013). 5. Omissão imprópria não configurada. Vítima que tinha conhecimento da ameaça de morte contra ela dirigida e tinha seguranças à sua disposição. Organização criminosa formada por policiais militares que também tinham o dever de evitar o resultado fatal. 6. Impossibilidade de imputação ao réu de conduta alternativa, pedido que só pode ser formulado no âmbito processual civil. Necessidade de individualização da conduta do réu na peça acusatória, com a especificação do tipo de participação que ele teve no ilícito. Ainda que nos crimes de autoria coletiva seja prescindível a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, resulta ilegal a indicação de conduta alternativa, pois o crime ou foi praticado por ação, ou por omissão. 7. Diante da exclusão do crime omissivo impróprio, fica prejudicada a análise do excesso de linguagem porque só neste tópico o recorrente alegou o tema. 8. Impossibilidade de anular a pronúncia para que a acusação proceda ao aditamento da denúncia com a inclusão do crime omissivo impróprio, nos termos dos arts. 384 e 411, § 3º, do Código de Processo Penal, uma vez ausentes os requisitos para a configuração do delito de homicídio na modalidade comissiva por omissão. 9. Não se conhece da tese de violação ao art. 252, II e III, do Código de Processo Penal, porque o acórdão atacado se assentou em mais de um fundamento para rebater a tese defensiva de impedimento de mais da metade dos membros do Tribunal de origem, incidindo ao caso a Súmula 283, do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”). 10. A análise das teses relativas à inépcia da denúncia e à ausência de indícios suficientes de autoria para pronunciar o acusado demandaria incursão no conjunto probatório dos autos, providência de todo inadequada em sede de recurso especial, em função do óbice da Súmula 7 desta Corte Superior. 11. Recurso especial conhecido em parte e nela provido para despronunciar o acusado da imputação de crime de homicídio na forma omissiva imprópria, mantendo-se a pronúncia pelos crimes previstos nos arts. 288, parágrafo único e art. 121, § 2º, I e V, c.c. art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal, com o prosseguimento do feito e seu julgamento pelo Tribunal do Júri, prejudicada a tese de excesso de linguagem.

No caso demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de omissão imprópria, tendo em vista que não fora demonstrado o nexos causal entre a omissão do réu e o resultado morte, bem como, a vítima já

havia recebido carta ameaçando-a, assim, os julgadores entenderam que se desconstituiu o dever de agir do réu.

O segundo caso¹¹ trazido, diz respeito à violação do art. 68 da lei 9.605, o qual prevê que aquele que deixar, tendo o dever legal ou contratual de fazer ou cumprir obrigação de relevante interesse ambiental será responsabilizado. Veja-se:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. ART. 68 DA LEI N.º 9.605/98. CRIME COMUM QUE PODE SER PRATICADO POR QUALQUER PESSOA INCUMBIDA DO DEVER LEGAL OU CONTRATUAL DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, AS CONDUITAS, EM TESE, DELITUOSAS. RECURSO PROVIDO. 1. O delito previsto no art. 68 da Lei dos Crimes Ambientais, isto é, "[d]eixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental", está inserido no rol dos crimes contra a administração pública ambiental, classificando-se como crime omissivo impróprio em que o agente deixa de praticar o ato, contrariando o dever de fazê-lo para evitar o resultado lesivo ao meio ambiente. 2. Com relação ao sujeito ativo, verifica-se que a melhor exegese conduz no sentido de que o crime pode ser praticado por qualquer pessoa incumbida desse dever legal ou contratual, não sendo exigido, como fizeram as instâncias ordinárias, tratar-se de funcionário público. 3. Recurso especial provido para determinar o recebimento da exordial acusatória, nos termos do verbete sumular n.º 709 do Supremo Tribunal Federal.

Na situação julgada pelo STJ, o réu, que era possuidor de uma área teria desmatado ou permitido que desmatassem esta sem a devida autorização, incorrendo, portanto, no citado dispositivo legal. Em suma, responsabiliza-se o réu penalmente na modalidade omissão imprópria por este não ter solicitado a autorização para o desmatamento.

Já o terceiro caso¹² trazido diz respeito a situação em que houve o rompimento de uma barragem, causando inundação, motivo pelo qual imputava-se a omissão imprópria aos sócios e gerentes de uma pessoa jurídica

¹¹https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19343503&num_registro=200800368185&data=20120306&tipo=91&formato=PDF

¹²https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6775158&num_registro=200702883710&data=20091130&tipo=51&formato=PDF

da indústria de papéis. Na situação fática demonstrada o Superior Tribunal de Justiça reconhece que de fato os gestores eram garantidores, assumiram o risco quando da realização da barragem tendo em vista que esta era provisória. Contudo, veio a se romper apenas 9 (nove) anos após o grupo em que os denunciados faziam parte deixar de administrar a fazenda que se situava a barragem. Assim, por voto divergente fora desconstituído a posição de garante dos gestores, tendo em vista o lapso temporal transcorrido. Veja-se o julgado:

VOTO HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELOS CRIMES DE INUNDAÇÃO, POLUIÇÃO E NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ARTS. 254 DO CPB E 54, CAPUT, § 2o., III, E 68, CAPUT, DA LEI 9.605/98). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS OU COMISSIVOS POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. MATERIALIDADE COMPROVADA. SITUAÇÃO DOS AUTOS, TODAVIA, IDÊNTICA AO HC 94.543/RJ (RELATOR P/ O ACÓRDÃO MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09). POSIÇÃO DE GARANTE. ART. 13, § 2o., DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR (REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO AUSENTES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, CONTUDO, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR, PARA TRANCAR, COM RELAÇÃO AO PACIENTE, A AÇÃO PENAL 2004.51.03.000047-9. 1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. Neste caso, não se pode negar que se apuram condutas lesivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. 3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas conseqüências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental. Documento: 6775158 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 4 de 14 Superior Tribunal de Justiça 4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório. 5. Todavia, no julgamento do HC 94.543/RJ (Rel. p/ o acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09), consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. 6. Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso em exame, o poder de agir

–, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem concedida, todavia, com a ressalva do entendimento do Relator, para trancar, com relação ao paciente, a Ação Penal 2004.51.03.000047-9.

Os julgados apontados demonstram que há uma incerteza no judiciário, não havendo critérios sedimentados de quando está configurado a omissão, e isso é um problema não só para aqueles que buscam um direito penal mínimo, mas também para os que buscam um direito penal máximo. Não havendo pressupostos objetivos não há que se falar em máxima penalização ou mínima penalização, e sim, em incerteza na reprimenda.

Após a abordagem de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, faz mister demonstrar a omissão imprópria no Supremo Tribunal Federal, evidenciando como essa Corte Suprema vem aplicação essa modalidade da omissão.

A primeira¹³ situação jurídica trazida a lume, diz respeito à conduta de policiais militares que fora do serviço passaram a utilizar álcool. Em dado momento, decidiram ir há uma caixa d'água fazer uso de substância entorpecente, um deles após ingerir a substância incentivou que todos entrassem na caixa d'água, tendo este começado a se afogar. Veja-se:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. HOMICÍDIO CULPOSO NA MODALIDADE OMISSIVA IMPRÓPRIA (CPM, ART. 206, C / C ART. 29, § 2º, IN FINE). PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 1) O art. 29 do CPM estabelece que “O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Por seu turno, o § 2º desse artigo dispõe que “a omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência”. Os citados preceitos referem-se à omissão imprópria. 2) in casu, os pacientes, militares, saíram de um churrasco de confraternização e dirigiram-se a uma caixa d'água da organização militar situada nas proximidades e, após o uso de entorpecente (maconha), entraram no mencionado reservatório, sendo certo que a vítima entrou primeiro, vindo a se afogar. 2.1) Ato contínuo, os pacientes lacraram as tampas do reservatório e esconderam as roupas da

¹³ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7237400>

vítima para que esta não fosse localizada. 2.2) Encontrada a vítima, foram feitas as perícias e o laudo cadavérico atestou que o falecimento se dera no dia posterior ao que fora Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 6913713. Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 31 Ementa e Acórdão HC 107550 / RJ abandonada, resultando a condenação dos pacientes a 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, por homicídio qualificado, com dolo eventual. 3. O apelo da defesa restou provido, parcialmente, para desclassificar o elemento subjetivo do tipo, de dolo eventual para a modalidade culposa, resultando em redução da pena para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a concessão de sursis pelo mesmo tempo. 4. In casu, a Defensoria pugna pela absolvição, por ausência de dolo ou culpa em qualquer de suas modalidades, sustentando para tanto que os pacientes não criaram o risco e, portanto, a eles não pode ser imputada a omissão. 5. As razões da impetração são improcedentes, por isso que o laudo cadavérico, sobre o qual não pairam questionamentos, revela o abandono da vítima no interior da caixa d'água no dia 26 de novembro de 2003, vindo a falecer às 17 horas do dia seguinte, sendo certo que os pacientes, ao invés de procurarem auxílio, lacraram, negligentemente, o mencionado reservatório, criando, desse modo, o risco que se concretizou em morte, por isso, não obstante a vítima ter entrado na caixa d'água sponte própria, as condutas dos pacientes enquadram-se em homicídio culposo por omissão imprópria, em conformidade com o entendimento externado no parecer ministerial, verbis: "Em que pese o fato de a vítima ter ingressado na caixa d'água por vontade própria, expondo-se à situação de perigo, os ora pacientes acabaram por agravá-la, ao decidirem fechar as tampas do referido reservatório, jogar os pertences da vítima no mato, para que não ficassem visíveis, e não comunicar o ocorrido à autoridade superior ou a quem pudesse, de alguma forma, evitar o evento fatal, razão pela qual não podem se eximir da responsabilidade de responder pelo resultado que, culposamente, provocaram". 6. Deveras, é cediço que o habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC2 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 6913713. Supremo Tribunal Federal HC 107550 / RJ abandonada, resultando a condenação dos pacientes a 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, por homicídio qualificado, com dolo eventual. 3. O apelo da defesa restou provido, parcialmente, para desclassificar o elemento subjetivo do tipo, de dolo eventual para a modalidade culposa, resultando em redução da pena para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a concessão de sursis pelo mesmo tempo. 4. In casu, a Defensoria pugna pela absolvição, por ausência de dolo ou culpa em qualquer de suas modalidades, sustentando para tanto que os pacientes não criaram o risco e, portanto, a eles não pode ser imputada a omissão. 5. As razões da impetração são improcedentes, por isso que o laudo cadavérico, sobre o qual não pairam questionamentos, revela o abandono da vítima no interior da caixa d'água no dia 26 de novembro de 2003, vindo a falecer às 17 horas do dia seguinte, sendo certo que os pacientes, ao invés de procurarem auxílio, lacraram, negligentemente, o mencionado reservatório, criando, desse modo, o risco que se concretizou em morte, por isso, não obstante a vítima ter entrado na caixa d'água sponte própria, as condutas dos

pacientes enquadram-se em homicídio culposo por omissão imprópria, em conformidade com o entendimento externado no parecer ministerial, verbis: “Em que pese o fato de a vítima ter ingressado na caixa d’água por vontade própria, expondo-se à situação de perigo, os ora pacientes acabaram por agravá-la, ao decidirem fechar as tampas do referido reservatório, jogar os pertences da vítima no mato, para que não ficassem visíveis, e não comunicar o ocorrido à autoridade superior ou a quem pudesse, de alguma forma, evitar o evento fatal, razão pela qual não podem se eximir da responsabilidade de responder pelo resultado que, culposamente, provocaram”. 6. Deveras, é cediço que o habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC2 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 6913713. Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 31 Ementa e Acórdão HC 107550 / RJ 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009 e RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009). 7. Ordem denegada.

Segundo consta nos autos, após acharem que o colega havia se afogado, os outros policiais recolheram as roupas do mesmo e fecharam a tampa do reservatório de água, passando agir como se nada tivesse acontecido. Após a perícia constatou-se que o policial só veio a morrer cerca de 24hs depois do ocorrido, assim, a conduta dos denunciados teriam sido cruciais para a ocorrência do resultado morte.

Em primeira instância fora reconhecido o dolo eventual na conduta dos agentes, sendo condenados por crime doloso. Entretanto, o STF, reconheceu a ocorrência de delito culposo por omissão imprópria, tendo em vista que os agentes ocultaram a situação do afogamento deixando o colega a mercê da sorte.

Ao que parece, o caso versaria em verdade sobre uma omissão de socorro, ou seja, omissão própria, e não imprópria como entendeu o STF.

No primeiro plano os sujeitos deixaram de socorrer um indivíduo que por sua conduta exclusiva teria se afogado, e apenas após a percepção de seu

afogamento os agentes teriam tampado o reservatório, sendo a última conduta apenas exaurimento da omissão. Nesse segundo momento poderiam estar incidindo em um homicídio doloso, haja vista fecharem a caixa d'água com uma pessoa se afogando.

Acreditamos que nessas circunstâncias não se vislumbraria uma omissão imprópria, o que demonstra a necessidade da evidenciação de critérios para a omissão imprópria.

Em outra situação fática¹⁴, chegou ao STF o caso de uma médica pediátrica que teria se ausentado do seu plantão, ocasião em que chegou ao hospital uma criança em situação de emergência, que sem os devidos cuidados médicos poderia vir a falecer, o que de fato ocorrerá.

O juiz singular reconheceu o homicídio culposo por omissão imprópria, sendo seguido pelo Tribunal do estado. A defesa recorreu objetivando o trancamento da ação penal, haja vista que a médica não chegou a configurar a posição de garante, visto que não estava no hospital, tendo sido liberada por seu superior.

O STF limitou-se a reconhecer que o trancamento da ação penal é medida excepcional, e no caso apresentado seria necessária a instrução probatória, assim, optou a não dar seguimento ao recurso deixando de analisar o mérito da questão.

Importante salientar que são escassos os julgados do STF que discutam a omissão imprópria, assim, julgamos esses casos como sendo os que melhor demonstram como a matéria é enfrentada. Em resumo, há uma incerteza, uma incongruência para se delimitar uma conduta omissa imprópria.

2. CONDUTA HUMANA: TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE AÇÃO E OMISSÃO

¹⁴ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102630>

A conduta humana é o âmago do Direito Penal, esse ramo do direito se preocupa apenas com condutas advindas de seres humanos, então, para constituir-se um crime, é necessária a relação de um bem jurídico resguardado pelo ordenamento jurídico penal, com o indivíduo.

Quando se aborda conduta humana, está se discutindo não apenas o fazer, a ação, mas também o não fazer, a omissão. Dessa forma, a conduta humana seria um gênero que abarca subcategorias, ação e omissão, ambas fazendo parte do comportamento humano.

Esse comportamento somente será relevante para o direito penal quando lesionar ou oferecer perigo de lesão a determinado bem jurídico. Enquanto o comportamento humano não se concretizar nos pressupostos acima descritos, serão indiferentes penais.

Nesse sentido, leciona Sheila Bierrenbach:

“A simples análise da Parte Especial do Código Penal impõe a conclusão de que a conduta é o ponto de arranque do crime, afastada qualquer hipótese de delito sem conduta. Os doutrinadores que vislumbraram tal possibilidade estavam certamente a confundir crime de suspeita com suspeita de crime.”¹⁵

Assim, sem conduta não há que se falar em crime, sendo ela comissiva ou omissiva, bem como, se tal conduta não ofender ou oferecer perigo de ofensa a bens jurídicos é indiferente ao delito.

Para compreendermos a situação a qual se submerge o presente trabalho, é preciso fazer a abordagem sobre a ação e omissão, pois é partindo de um conceito, e de uma delimitação do que seria a ação que poderemos compreender a omissão e sua importância.

Como demonstrado até aqui, a ação consiste no agir do agente, é dizer, o indivíduo sai do seu estado de inércia passando a se mover em direção ao

¹⁵ Bierrenbach, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*; 3ª Ed. rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus 2014. P. 48

que deseja. Utilizando a teoria final da ação, o sujeito lança mão de movimento corpóreo para alcançar o fim desejado. Já na omissão, o omitente deixa de agir, permanecendo-se estagnado.

Ao longo da história a diferenciação entre ação e omissão vem se mostrando em muitas vezes instável, tênue. Nesse passo foram desenvolvidos alguns critérios que abordam pressupostos que seriam fundamentais nessa distinção.

Um desses critérios é o da energia. Por este, o indivíduo estaria desenvolvendo uma conduta comissiva quando desprendesse energia para a realização da conduta. Sendo assim, não tendo agido com nenhuma energia estaríamos diante de uma conduta omissiva.

“De acordo com este critério, a diferença entre ação e omissão reside em que, na *comissão*, o agente desprende uma certa energia na realização de sua conduta. Ao revés, se o sujeito não tiver impulsionado qualquer energia, haverá omissão.”¹⁶

Tal critério embora seja a priori interessante. Em verdade não resolve o problema da distinção. Pensemos em um dos casos importados da jurisprudência, a exemplo da médica que fora denunciada por crime omissivo impróprio por não estar no hospital quando seria necessário atender a criança com urgência.

Por um lado pode-se chegar à conclusão que ela foi omissa por não estar no hospital, assim não teria despendido energia para atender o paciente em situação de urgência. No entanto, a contrário senso, podemos analisar a conduta da médica como comissiva, haja vista que esta teria despendido energia para evadir-se da unidade hospitalar.

Assim, embora o critério da energia traga um pressuposto tangível, este pode ser sopesado por ambos os lados, portanto, não resolveria de fato o que distingue a ação da omissão.

¹⁶ Tavares, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Macial Pons 2012. P. 284

Outro critério que traz relevante contribuição é o da causalidade, por este entende-se que a comissão ocorre quando há um processo causal material. Esse processo teria o condão de produzir um resultado proibido. Se não ocorresse dessa forma estaríamos diante de uma omissão.

Assim, observando a situação fática trazida acima, pode-se chegar à conclusão de que a médica não agiu comissivamente pois não deu causa a um processo causal que gerasse o resultado, é dizer, embora a médica tivesse hipoteticamente o dever de estar no hospital naquele momento, está não deu início ao processo que ocasionou a morte da criança.

Observando os dois critérios apresentados, alguns doutrinadores, comungam de que em verdade estes dois critérios se complementam, devendo ser analisados em conjunto, a exemplo de Juarez Tavares e Ulrich Sieber, o último citado pelo primeiro. Dessa forma, unindo esses dois critérios poderíamos chegar a um pressuposto mais concreto, haja vista que embora uma conduta desprenda uma energia, não será em todas as situações que ocorrerá uma influência no liame causal.

Outro critério que pode nos ajudar a distinguir ação e omissão é a criação ou incremento de um Risco. Em breve análise dos princípios penais, é inevitável chegar à conclusão que este ramo do direito deve se preocupar apenas com a proteção de bens jurídicos de primeira necessidade, devendo os outros ramos do direito se ocuparem das amenidades do cotidiano. Esclarece Luís Greco:

“(…) proibir ações não perigosas é proibir por proibir, é limitar a liberdade sem correlato ganho social. Só as proibições que gerem algum ganho social podem ser proibições legítimas, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas. Aqui se vê, igualmente, o contato da criação do risco com o princípio constitucional da proporcionalidade, especificamente como idéia de idoneidade, por vezes também chamada de adequação – a de que toda limitação de liberdade deve ser capaz de promover a finalidade desejada; (...) Somente ações perigosas para um bem jurídico podem

ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos.”¹⁷

Partindo dessa função do direito penal este deve ser cada vez mais seletivo em virtude do constante avanço das relações sociais. Por esse critério o direito penal deveria se ocupar apenas de condutas que ultrapassem o risco permitido.

A ação se ocuparia das condutas que gerassem ou incrementassem de maneira positiva a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, enquanto a omissão trataria da conduta que não eliminasse ou diminuísse o risco ao bem jurídico.

Assim, a omissão própria como modalidade que se baseia eminentemente na solidariedade e na homogeneidade da sociedade, não haveria por parte do sujeito qualquer tipo de criação de risco, aqui o agente deveria se ocupar de agir para diminuir ou eliminar um risco criado por circunstâncias que lhes são alheias.

Noutro giro, no caso da omissão imprópria o sujeito seria responsável por eliminar o risco gerado ao bem jurídico, tendo este sujeito à característica especial de garantidor, sendo, portanto, obrigado a eliminar o risco. Não o fazendo, as consequências lhes são imputadas a título comissivo.

Acreditamos que há uma diferença sutil entre ação e omissão, que na prática, em casos de maior complexidade acaba por neutralizar qualquer traço distintivo evidente, sendo necessário averiguar critérios mais consistentes. Não por outro motivo, buscamos apresentar critérios de imputação concretos, para que a partir desses possamos chegar à efetiva imputação dos crimes omissivos, mais especificamente na omissão imprópria.

2.1. AÇÃO: TRAÇOS RELEVANTES PARA O DIREITO PENAL

¹⁷ Greco, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª Edição, 2014. P. 37/38

Acreditamos que a ação é um comportamento humano onde o indivíduo deixa a inércia para iniciar um movimento corporal. O sujeito age, saindo do seu estado atual, escolhendo meios para agir.

A ação existe, portanto, independente do ordenamento jurídico, é natural ao mundo do ser, antes de se apreciar se a conduta é criminosa ou não, está já se concretizou no mundo fenomênico. Entretanto, para que a ação tenha relevância no mundo jurídico penal, é necessária a existência de uma ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico. Sem a exteriorização de um fazer, não há que se falar em crime.

Quando se fala em ação no direito penal, estamos nos reportando aos crimes comissivos, é dizer, o delito concretiza-se apenas quando uma proibição é violada. Contemplando o quanto exposto, imperioso trazer a baila o magistério de Muñoz Conde:

“Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.”¹⁸

Demonstrada as características essenciais do conceito de ação, passaremos a abordagem das principais escolas que tratam do tema, para assim nortearmos a linha que segue o presente trabalho.

Em primeiro lugar, cumpre trazer a lume a teoria causal da ação. Trata-se aqui de teoria clássica, sendo uma das primeiras a ser desenvolvida para sedimentar o conteúdo da ação criminosa, tendo como principais expoentes Liszt e Beling. Para essa corrente, a ação seria o comportamento causal, é

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. *Teoria geral do Delito*/Cezar Roberto, Francisco Muñoz Conde – São Paulo: Saraiva 2000.

dizer, a mera inervação muscular voltada a uma causa proibida pelo direito penal daria fundamento a uma reprimenda.

Para essa teoria, a ação consistia em uma modificação perceptível no mundo natural, criada por uma conduta voluntária. Era realizada uma relação de causa e efeito, se o sujeito agiu ou deixou de agir sucumbindo a sua vontade, o resultado proveniente seria um ilícito, caso ofendesse bem jurídico resguardado.

A omissão teria na causalidade o mesmo papel da ação, ou seja, se mensura a conduta omissa que sedimentada na vontade do agente desse causa a um resultado. Assim, para a teoria causal, a ação e a omissão não têm maiores distinções, sendo que, com a conduta o sujeito chegaria ao seu resultado, indiferente, portanto, se esta conduta é omissiva ou comissiva.

O que se deve observar é a causalidade. Enquanto uma chega ao resultado por meio de um agir, a outra o alcançaria através do não fazer, entretanto, ambas chegariam ao mesmo ponto.

Sobre a concepção causal da ação, Tavares assevera:

“Sob a perspectiva causal, seus partidários propunham considerar a omissão como uma forma equiparada de ação, o que não poderia ser de outro modo, uma vez que a causalidade sempre fora tratada sob o enfoque de um processo positivo de produção de efeitos.”¹⁹

A concepção causalista viveu por longo período. Contudo, em virtude da própria evolução dogmática do desenvolvimento do conceito de ação, essa teoria foi sendo deixada de lado, incluindo ao resultado causal, a intencionalidade, o agir finalista.

2.1.2. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

¹⁹ Tavares, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Macial Pons 2012.

A segunda teoria trazida a lume é a finalista da ação. Essa teoria veio a lume como grande avanço da doutrina penal, tendo como principal teórico Welzel.

Por teoria final da ação o acontecimento causal é deixado de lado para abrir espaço para a ação dirigida, o comportamento voltado a um fim. Assim, ultrapassa a proibição de comportamentos meramente causais, passando a incriminar apenas comportamento que pela vontade do agente sejam dirigidos a um fim específico, o sujeito age exclusivamente para alcançar o que almeja, selecionando tudo que for necessário para se alcançar aquela finalidade. Outrossim, convém trazer a lume o ensinamento de Assis Toledo:

“A finalidade é, pois, “vidente”; a causalidade, “cega”. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito “clássico” causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal “cega”, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo “fim” (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida.”²⁰

O finalismo entende ainda, que a lei não pode ignorar o mundo do ser, busca-se uma junção entre o ser e o dever ser, demonstrando que a realidade impõe limites ao legislador, portanto, não se pode desconsiderar as interações do cotidiano e estabelecer condutas criminosas avessas ao conteúdo ontológico.

Nesse momento, a dogmática penal dá um enorme salto, pois deixa de pautar-se em pressupostos meramente naturalístico, tomando consciência de que o agir do homem parte do conhecimento causal para de maneira direcionada alcance seu objetivo final.

No finalismo, a omissão ganha um papel mais delineado, pois é facilmente apreciável que essa ocorrerá quando um sujeito deixar de agir buscando alcançar um fim.

²⁰ Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

Dessa forma, a omissão, como já fora abordado é uma modalidade de conduta humana, aqui o sujeito escolhe o meio omissivo para alcançar o fim buscado. Lembre-se, quando o sujeito age para alcançar o que almeja ele previamente faz uma seleção dos meios que facilitaram chegar até o final de sua ação, podendo, portanto, lançar mão da omissão.

De maneira a sedimentar o quanto exposto, essencial trazer a lume o ensinamento de Juarez Tavares:

“Com isso, pretendem que o conceito finalista de conduta possa cumprir a função de elemento básico do delito, ainda que não unitário, ao reconhecerem que, na omissão, se trata da não realização de uma atividade finalista que o sujeito podia realizar na situação concreta. A omissão se confunde, então, com a capacidade do sujeito de realizar uma atividade positiva. Entretanto, não há que se confundir entre ação e capacidade de ação. Esta última é unicamente uma condição do sujeito e não um elemento integrativo do conceito de ação.”²¹

Perceba que no dizer de Tavares, é claro que a omissão pode e deve ser abarcada pela teoria final da ação, salienta o autor que a omissão pode ser vista como uma maneira de mensurar se o sujeito poderia atuar positivamente. Nesse caso, a vontade final o dirigirá a agir positivamente ou manter-se inerte.

Contudo, tal entendimento não é unânime na doutrina, havendo doutrinadores como Sheila Bierrenbach que afirmam que em verdade a estrutura finalista não é congruente com a essência da omissão. Assim, salienta a referida autora:

“A construção finalista desequilibra-se, entretanto, diante dos delitos omissivos. Evidentemente, no conceito ontológico, forjado por Welzel, não poderia caber a omissão. O fato omissivo não se pode coadunar, *sempre*, com aquele acontecer que, ale de causal, pretendida, também, ser final.”²²

Como demonstrado, a doutrina diverge sobre a possibilidade de se abordar a omissão sob a ótica da teoria final da ação. Entretanto, comunga-se

²¹ Tavares, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Macial Pons 2012.

²² Bierrenbach, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*; 3ª Ed. rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus 2014. (p. 55)

nesse trabalho do quanto lecionado por Juarez Tavares, acreditamos que a teoria final da ação comporta sim a análise dos crimes praticados de maneira omissiva.

No entanto, é importante salientar as contradições apontadas por Tavares. Em primeiro lugar, o autor afirma que utilizando o finalismo não podemos chegar à omissão sem prescindir da referência a uma norma mandamental, é dizer, não há omissão sem que exista um parâmetro legal que determine um fazer.

Por conseguinte, em segundo lugar, apenas se poderá entender a omissão sob seu viés ontológico se está for observada como limitação à própria ação.

Para o finalismo a omissão deveria ser compreendida e inserida dentro do mundo do ser. Não obstante, percebe-se que não há que se falar em omissão sem que haja por outro lado uma obrigação de agir, um dever imposto pela legislação.

Embora se acredite que haja possibilidade de abarcar a omissão dentro do finalismo, é preciso esclarecer, como fora demonstrado, que tal teoria tem seus déficits, e não está isenta de críticas.

Em um terceiro momento, convém salientar que a teoria social da ação tem em seu âmago o aspecto social da ação, a relevância do agir. Sendo assim, para essa teoria a ação seria um comportamento socialmente relevante, o agir humano seria conduzido pela vontade, dirigido a um resultado previsível que causasse repercussão no âmbito social.

Com essa teoria o que se tem de essencial é a relevância social do comportamento, devendo, portanto, ser investigado a afetação que determinada conduta tenha na sociedade, pois essa é em verdade um fenômeno social, sendo preciso analisá-la de acordo com os efeitos que produz. Sobre a relevância social, adverte-se:

“A concepção social de ação, sob esse rótulo, compreende uma série de construções conceituais que apresentam, entre si, em comum, a inserção, no conceito de ação, do atributo “relevância social”, sendo essa expressão a idéia central dessa construção teórica.”²³

Partindo do pressuposto que a ação seria o comportamento de relevância social, a omissão alargaria seu conceito. Qualquer conduta omissiva poderia estar dentro do conceito de relevância social, como também, a análise contrária pode existir e nenhuma conduta que consideramos omissa seja incluída no conceito de relevância social.

Não há na doutrina uma delimitação ou especificação do conteúdo da relevância social, o que deixa o conceito demasiadamente aberto, amplo. Podendo abarcar tudo, ou nada. Dessa forma, sedimentar a omissão em tal teoria é deixar de lado os pressupostos basilares do Direito Penal, a exemplo da *ultima ratio*, da subsidiariedade.

A relevância social é conceito que permite diversas interpretações, não contempla um conteúdo objetivamente apreciável, sendo necessária uma interpretação subjetiva, o que permite variações das mais destoantes.

Dessa forma, acreditamos que tal teoria não seria a mais adequada para tratar dos crimes omissivos, pois esses necessitam de um olhar mais detalhado, com maior afinco, haja vista que quando se imputa a alguém um crime em sua modalidade omissiva, por óbvio está imputando um não fazer a um sujeito de direito, devendo ter cuidado nesse momento, como uma forma de garantia do Estado Democrático de Direito, não podendo admitir que o sujeito de direito seja criminalizado injustamente por algo que não fez.

Ademais, a quarta teoria trazida diz respeito à funcional da ação. Entendendo-se esta como um contraponto ao ideário finalista, retirando da ação o conteúdo dado pré-juridicamente que é defendido pelos finalistas, haja

²³ Teixeira, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria**: um critério de imputação penal do resultado. – Recife: O autor, 2014. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito UFPE.

vista que não há que se falar na problemática da ação sem a reconhecer eminentemente dentro do mundo jurídico. Para essa teoria, evidenciar a ação como algo do ser é um equívoco.

A teoria em questão se preocupa em solucionar o problema, então, buscar a resolução do conflito é o cerne da teoria em apreço, por esse motivo não admite uma ação anterior ao mundo jurídico, pois o conflito se dá preponderantemente no mundo jurídico e não no ser.

“Em largas palavras, critica-se no finalismo e nos sistemas antecedentes a sedimentação do Direito penal em um conceito de delito construído sobre estruturas lógico-objetivas (ou lógico-reais) preexistentes, uma vertente ontológica do direito que limita o legislador.”²⁴

Nesse requisito o funcionalismo ganha interessante delineamento, pois ultrapassa a preocupação com o ser, passando a buscar uma resolução integrada para os conflitos, é dizer, essa teoria abarca uma detida análise sob as funções e fins do próprio direito penal, deixando de lado qualquer discussão entre ação e resultado, para investigar a situação jurídica como um todo.

A ação, portanto, deixa de ter papel de protagonismo. O próprio comportamento individual visto de maneira isolada não tem nessa teoria a relevância dada em todas as outras. O que importa para os funcionalistas é a integralidade, é o conjunto. A ação passa a fazer parte de um sistema que deve ser observado de maneira panorâmica, e nunca isolado.

É relevante nessa teoria o destaque que é dado ao normativismo. Como vem sendo demonstrado, o mundo fenomênico deixa de ter destaque, ou seja, o pensamento de que existe uma situação dada que vincula o legislador é ultrapassado, e o normativismo ganha maior evidência.

“O pensamento funcionalista retoma o método neokantista, de forma que os conceitos dos requisitos do conceito analítico de crime são obtidos a partir do universo dos valores, segundo a finalidade que

²⁴ Neves, Cícero Robson Coimbra. ***Omissão do garantidor em face de conduta delitiva de terceiro***: concurso, autoria colateral ou fato penalmente irrelevante? – São Paulo, 2008. Dissertação apresentada no Mestrado da PUC – SP.

cada requisito deve realizar. Todos os requisitos do crime são “funcionalizados”.

Diferem os funcionalistas dos neokantianos porque dirigiu a elaboração de todos os conceitos esquema do crime para um mesmo fim, marcado pelas funções e finalidade político-criminais que o direito penal assume a partir das funções e finalidade das teorias da pena.”²⁵

Seus principais defensores são Claus Roxin e Günther Jakobs. O primeiro desponta em dois aspectos principais, a teoria da imputação objetiva, que em resumida síntese aborda o risco criado pela ação, em um segundo aspecto se preocupa com a mudança de culpabilidade para responsabilidade, aqui o autor alemão traz para o procedimento de aplicação a pena o merecimento da mesma, não se investiga mais a culpabilidade, mas sim se o sujeito é merecedor da reprimenda. Importante advertir que na concepção de Roxin é demonstrada uma preocupação com as funções preventivas da pena.

Já o segundo, voltado para uma perspectiva ainda mais normativista, aborda o funcionalismo com uma maior intensidade e importância da norma, partindo do pressuposto que o direito penal deve se preocupar com seu próprio corpo normativo.

A pena seria única e exclusivamente para reafirmar o direito violado. Nesse aspecto, Jakobs embora veja o funcionalismo como forma de preservar o fim e função do direito penal, para ele a pena deve ser aplicada a qualquer custo, sendo esta o próprio conteúdo da culpabilidade.

Podemos abstrair do quanto demonstrado, que em verdade esta teoria não traz luz a discussão sobre a ação. No entanto, se esmiuçarmos bem o âmago do funcionalismo, poderá chegar também à conclusão que a ação ganha novo contexto, pois como fora abordado, esse é o único momento que ela é vista sob uma perspectiva macro, sendo analisada em sua plenitude, e não apenas uma relação do agir com o resultado.

²⁵ Leite, Luciana de Brito Freitas. ***A Imputação nos Crimes Omissivos Impróprios.*** Uberlândia, 2011. Dissertação apresentada no mestrado da UFU.

Acredita-se nesse trabalho que a teoria funcional tem muito a contribuir para a discussão da omissão, pois é necessário que essa seja vista de maneira ampla, em toda integralidade, e não apenas sob o olhar restrito do não fazer. Contudo, essa teoria é pouco aceita no ordenamento brasileiro, o qual ainda predomina o finalismo.

2.2. ABORDAGEM SOBRE A OMISSÃO EM SUAS DUAS MODALIDADES

Como bem sugere o título, trataremos nesse ponto da distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria, demonstrando suas características peculiares, buscando deixar claro que apenas o que há de comum é o não fazer. Na primeira, o não fazer é previsto em lei e proveniente do senso de humanidade e solidariedade imbuída na sociedade.

Enquanto no segundo caso, o que há é a obrigação de agir, não realizando a ação esperada o sujeito será punido como se tivesse atuado de maneira comissiva. Não por outro motivo essa modalidade de omissão é também chamada de comissão por omissão.

Existem algumas teorias que se propõem a estabelecer critérios de diferenciação, trazendo a tona segundo cada teoria elementos que são o ponto nevrálgico de determinada modalidade de omissão.

Um desses critérios é o normológico onde a omissão é distinguida por seu caráter de violação, é dizer, havendo violação a uma norma mandamental estaríamos diante de uma omissão própria, contudo, ocorrendo violação a uma norma proibitiva há omissão imprópria. Assim é o ensinamento de Heleno Cláudio Fragoso, qualificando os crimes omissivos próprios e impróprios, respectivamente:

“A conduta típica nesses crimes integra-se com a simples desobediência ao comando de agir, contido na norma. São crimes em que não se exige qualquer outro resultado, consumando-se com a abstenção daquela atividade que a própria norma penal impõe, independentemente de qualquer dano ou perigo. Por isso, alguns autores dizem que esses são crimes de simples desobediência (*Binding*).”

“Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios não são como geralmente se supõe, crimes comissivos. São crimes omissivos em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado (não há causalidade alguma na omissão), mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito, é, pois, aqui, a violação do dever jurídico de impedir o resultado.”²⁶

Como bem demonstra **Fragaso**, por esta teoria a omissão própria seria relacionada a um mandado, enquanto a omissão imprópria seria vinculada ao impedimento do resultado proibido.

Um segundo critério que podemos trazer a baila é o que leva em consideração o resultado atingido pela omissão. Na omissão própria o resultado é indiferente, não importando qual seja, o que deve ser analisado é se o indivíduo violou a norma mandamental, é dizer, se a lei prevê que em determinada situação o indivíduo deve prestar auxílio a outrem, basta que se mantenha inerte para que configure a omissão, pouco importando se a situação de perigo não ocasionou nenhuma lesão, ou mesmo se o sujeito passivo conseguiu se salvar por conta própria.

O que está em voga, portanto, é o deixar de agir em detrimento a um mandamento, sendo delito de mera atividade. Dessa forma, o resultado naturalístico que advim dessa omissão não é imputado ao omitente.

Na outra face dessa situação estaria a omissão imprópria, na qual é necessário verificar se a inércia do agente ocasionou um resultado lesivo, ou se houve exposição de perigo ao bem jurídico resguardado.

A modalidade imprópria, portanto, para esse critério de diferenciação é aquela omissão onde o resultado naturalístico seria imputado ao agente omitente, pois em dadas circunstâncias este teria o dever de evitar o resultado.

²⁶ Fragoso, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral, 9ª Edição, 1985. P. 238/239

Muñoz Conde adverte que o delito de omissão imprópria *“es un delito de resultado, em el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; para ello debe buscarse un criterio que permita equiparar la omisión a la causación del resultado, “segun el sentido del texto de la Ley”.*”²⁷

Em síntese, por esse segundo critério apresentado o resultado da omissão própria não é relevante, pois o sujeito apenas tinha o dever de agir para auxiliar outro indivíduo que estivesse em uma situação de perigo. Já na omissão imprópria o resultado é relevante, pois aqui o agente tem o dever de evitar o resultado, este é obrigado a agir para eliminar o possível dano que sofrerá a vítima, sendo, portanto, futuro resultado imputado a este.

De maneira a aclarar o quanto foi abordado até o presente momento, convém trazer a baila o ensinamento de Figueiredo Dias:

“O exemplo que sempre se aponta dos crimes puros ou próprios de omissão (de mera inactividade) é o da omissão de auxílio: punível é quem, em certas situações de necessidade que ponham em perigo bem jurídicos fundamentais de outra pessoa, “deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo” (art. 200.º -1). Não é neste caso tipicamente relevante saber se alguém acabou ou não por sofrer danos; (...)”

“Exemplos de crime impuros ou impróprios de omissão (de comissão por omissão) parece poderem ser em princípio – tomando-se no seu teor literal imediato o disposto no art. 10.º - 1 – construídos por todo e qualquer outro tipo legal de crime, descrito na lei somente como crime de ação, se ele “compreender um certo resultado” (homicídio, ofensa à integridade física, seqüestro, burla, etc.). Depararíamos pois aqui com uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação.”²⁸

Assim, Figueiredo demonstra comungar do critério do resultado, esclarecendo que o crime omissivo impróprio é evidenciado pelo resultado que

²⁷ Conde, Francisco Muñoz. **Teoria geral do Delito**/Cezar Roberto, Francisco Muñoz Conde – São Paulo: Saraiva 2000. P. 109

²⁸ DIAS, Jorge Figueiredo; Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais; Editora Coimbra, 2012.

venha a decorrer da ação omissiva, onde o sujeito se incumbe em verdade da evitação do resultado.

Por outro lado, afirma que nos crimes “omissivos puros”, a lei estabelece um mandamento, não se importando com qualquer resultado que venha decorrer, apenas com a violação a norma mandamental. Nessa esfera, o citado autor acaba por fazer um mix de teorias, verificando que há uma norma anterior ao resultado que estabelece o conteúdo mandamental na omissão pura.

Em outra linha de pensamento, Juarez Tavares traz a tona o critério da qualidade do sujeito, onde na omissão própria o sujeito não precisaria de qualquer característica especial, podendo ser qualquer indivíduo que infligisse o quanto disposto na lei.

Já na omissão imprópria o agente teria uma condição especial, uma qualificação diferenciadora, que lhe tirasse da situação de sujeito desobrigado e o injetasse a característica de garantidor. Sendo, o sujeito o verdadeiro cerne da distinção entre omissão própria e imprópria.

Nesses termos leciona Juarez Tavares:

“Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos.”

“O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso é qualificada.”²⁹

Com esse critério a diferença entre omissão própria e imprópria fica facilmente perceptível, entretanto, situação que traz certa indecisão é quando o indivíduo estará inserido no rol de garantidor. Tendo em vista que esse é um dos pontos nucleares desse trabalho, tal situação será analisada posteriormente.

²⁹ Tavares, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivo*. In: Revista de Ciências Jurídicas, Ano I – nº 1 – 1997. P. 144/145

Após a análise dos critérios demonstrados podemos chegar à conclusão que para que haja um elemento verdadeiramente distintivo entre omissão própria e imprópria é necessário utilizar vários critérios.

Em nossa sociedade de constantes mutações tentar resolver questões tão importantes como estas se limitando intelectualmente utilizando apenas um critério de diferenciação é dar de mãos a incongruência do ordenamento jurídico, visto que este é um corpo estático, devendo ser utilizado os pressupostos hermenêuticos para se chegar à melhor aplicação dos institutos jurídicos.

Utilizando nossa conclusão, convém demonstrá-la na prática, trazendo a baila o já citado caso dos policiais que foram acusados de homicídio culposo por omissão imprópria por terem deixado um colega afogando-se em um reservatório de água.

Pelo critério normológico, essa situação seria de omissão própria, uma vez que há uma norma mandamental onde estabelece a prestação de socorro ao indivíduo que está na situação como a do caso descrito.

Portanto, tendo em vista que os sujeitos não auxiliaram o colega, estaríamos diante da modalidade própria de omissão. Já pelo critério do resultado, poderíamos estar diante de uma omissão imprópria vez que o resultado morte adveio da não evitação do resultado por parte dos policiais.

No entanto, partindo do critério da característica do sujeito, a situação descrita diz respeito à omissão própria ou mesmo imprópria. Por um lado os agentes não teriam características especiais por não contribuírem anteriormente pelo afogamento da vítima, é dizer, esta entrou no reservatório por sua conta e risco.

Contudo, poderíamos concluir que os sujeitos atuaram de maneira omissiva imprópria uma vez que fecharam a tampa da caixa d'água e não

informaram a ninguém a situação que havia ocorrido, sendo qualificados como sujeitos especialmente obrigados.

Claro reconhecer, portanto, que utilizando apenas um critério distintivo não poderemos chegar a uma resolução eficaz do conflito, sendo necessário recolher diversos elementos para estabelecer a distinção entre as modalidades de omissão.

3. OMISSÃO IMPRÓPRIA:

Seguindo com o desiderato dessa produção, passaremos agora a uma detida análise da Omissão Imprópria. Muito embora já se tenha feito algumas considerações acerca desta temática, é crucial esmiuçar tal instituto, tendo em vista que este é um dos pilares desse texto. Assim, objetiva-se aqui demonstrar de maneira mais aprofundada as nuances do instituto em voga, dando destaque maior as características dessa modalidade de omissão.

3.1. CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E DEFINIÇÃO:

Grande controvérsia há na denominação que se deve dar a essa modalidade de omissão. Encontramos diversos conceitos, a exemplo de omissão imprópria, comissão por omissão, omissão impura, omissão qualificada. A doutrina é repleta de conceitos, assim, a cada abordagem do tema podemos encontrar distintas designações.

No entanto, embora haja divergência na conceituação, o conteúdo circunda-se dentro de uma mesma perspectiva, é dizer, é a omissão pela qual o determinado sujeito tem o dever de agir para evitar o resultado. Comungando desse pensamento, afirma Carmo Antônio que, a infração imprópria, *“é aquela em que o sujeito, que a isto estava obrigado, não evita o resultado, embora pudesse fazê-lo.”*³⁰

³⁰ Souza, Carmo Antônio de. *Fundamentos dos crimes omissivos impróprios* – Rio de Janeiro, 2003. P. 63

Existem doutrinadores que acreditam que conceituar omissão entre própria e imprópria ou comissiva por omissão não seria a melhor escolha. Nessa linha de pensamento encontramos Juarez Tavares o qual afirma que os crimes omissivos são realizados por omissão, dessa forma não seria correta a denominação comissiva por omissão, pois presume uma ação, quando esta em verdade não existe.

Por outro lado, no que tange a denominação própria e imprópria esta seria falha segundo o autor, não existiram parâmetros para estabelecer o que é o próprio e o que é o impróprio.

Contudo, o supracitado autor traz a baila o pensamento de Jescheck o qual afirma que a melhor denominação seria de omissão qualificada, como visto anteriormente, por esse critério leva-se em consideração a necessidade de um sujeito com qualidades específicas, para assim, estarmos diante de uma omissão dita imprópria. Partindo dessa conclusão, Jescheck coloca o conceito de omissão qualificada como o mais adequado.

Não obstante, é importante esclarecer que embora o doutrinador eleja esse conceito como o mais adequado, evidencia que a conceituação comum de omissão imprópria e comissão por omissão estão intrínsecos na dinâmica penal, portanto, seria temerário eleger outro conceito.

“Jescheck sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de crimes de omissão qualificada, e os crimes omissivos próprios, de crimes de omissão simples, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras. Está claro que as denominações propostas por Jescheck podem ser até mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial, que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral.”³¹

Dessa forma, diante da pluralidade de conceitos a essa modalidade de omissão, optamos por utilizar omissão imprópria e comissão por omissão por ambos já estarem sedimentados nas discussões acerca do tema.

³¹ Tavares, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Macial Pons 2012. P. 312

Assim, a omissão imprópria consiste na modalidade omissiva que o sujeito podendo agir sobre a possibilidade de evitabilidade do resultado este é obrigado a atuar. Sua não atuação levaria a incorrer no tipo penal que resguardasse a lesão ao bem jurídico, passando a ser responsável de maneira ativa pelo resultado que for proveniente de sua inação. Exemplo corriqueiro é o caso da mãe que deixa de alimentar o filho para alcançar a sua morte.

Na omissão imprópria, o sujeito além da necessária característica especial para que seu agir se torne um dever, deve também ter consciência que sua inação pode vir a gerar um resultado lesivo a determinado bem jurídico, assim, será responsabilizado como se tivesse verdadeiramente agido de maneira culposa ou dolosa.

Importante observar que essa responsabilização dar-se como se a atuação fosse comissiva, não por outro motivo se convencionou chamá-la de comissão por omissão. Como bem asseverou Tavares, não há comissão, mas apenas omissão, contudo, existe uma ficção que torna a omissão uma comissão para efeitos de responsabilidade penal. Mesmo porque, não há tipos omissivos impróprios, e sim delitos que podem ser praticado tanto por comissão tanto por omissão imprópria.

“A caracterização do delito de omissão imprópria como delito de lesão por admitir, *ab initio*, a imputação da eventual lesão ao bem jurídico protegido ao omitente impróprio, fundamenta-se, justamente, no traço peculiar desse delito que o omitente impróprio é um ‘garante’ da não ocorrência do resultado de lesão ao mencionado bem jurídico protegido. Em outras palavras, a presença de garante é condição da imputação do resultado típico nos delitos de omissão imprópria.”³²

Podemos perceber que o traço ora abordado, é elemento nuclear da omissão imprópria, é dizer, quando analisamos essa modalidade de omissão não podemos deixar de lado a figura do garantidor, sujeito que torna-se obrigado a atuar em busca da evitação do resultado. Esse seria um dos grandes traços definidores da comissão por omissão.

³² Teixeira, Rodrigo Gomes. **Apontamentos sobre o delito de omissão imprópria: um critério de imputação penal do resultado.** – Recife - Mestrado UFPE. P. 93

Não havendo o garante, não há inação, pois como foi demonstrado nas palavras de Juarez Tavares, a omissão imprópria exige uma qualidade especial do sujeito ativo, tal qualificação do agente se consubstancia na configuração deste como garantidor.

Como vem sendo observado, pela omissão imprópria o sujeito sai da generalidade e passa a ser singular. Embora nessa modalidade de omissão não haja tipos penais específicos, a delimitação do garantidor é o que seleciona a quem pode recair a imputação da omissão imprópria, não por outro motivo qualquer delito pode ser praticado dessa forma, basta haver a obrigação de agir. Nesses termos, observando a qualidade do sujeito, a omissão imprópria pode ser comparada aos crimes próprios, pois ambos necessitam da qualidade especial do agente.

Não há controvérsia, portanto, que a omissão imprópria consiste eminentemente no agir de um sujeito obrigado para a evitação do resultado, pra eliminá-lo ou diminuí-lo, sendo que, advindo o resultado lesivo, o mesmo é imputado ao agente como se este tivesse praticado de maneira comissiva. Convém trazer a baila o ensinamento de Alcides Munhos:

“A produção do resultado pertence ao tipo, da mesma forma que o dever de agir fundamentada a antijuridicidade: o garantidor responde pelo resultado típico porque vulnerou o dever de evitá-lo.”³³

Dessa forma, vai haver lesão corporal por omissão imprópria, homicídio por omissão imprópria, é dizer, não existe um rol taxativo, qualquer delito pode ser praticado com essa modalidade de omissão, haja vista que em verdade tal instituto passa a ser o *modus operandi* do sujeito.

Demonstrando a obrigação de agir do agente garantidor, Bitencourt adverte que esse sujeito deve atuar com o fim de eliminar o resultado. Voltando, portanto, aquela discussão do finalismo, pela qual nessa modalidade de omissão o agente deve omitir com o fim de alcançar determinado resultado

³³Netto, Alcides Munhos. Crimes omissivos no Brasil. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Cairo 1984. P. 24

lesivo, portanto, tanto no agir como no não agir, há de existir o fim previsível. Sobre o tema, cabe citar o supramencionado autor:

“Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento.”³⁴

Em suma, a omissão imprópria é caracterizada eminentemente pela existência do sujeito obrigado, não havendo a figura do garantidor, do agente responsável pela evitação do resultado não há que se cogitar a possibilidade da configuração do instituto.

Noutro giro, convém esclarecer ainda que o sujeito além da necessidade de ser garantidor, este tem que ter o poder de agir, não havendo possibilidade fática para a sua ação, não há que se falar na configuração dessa modalidade de omissão, é dizer, passado o estágio da verificação da situação de garante, o ciclo de imputação ainda não foi encerrado, é imperioso que o sujeito naquela determinada situação onde era garantidor tenha a possibilidade de agir.

Ademais, ultrapassado os dois estágios anteriormente tratados, quais sejam, o da configuração do agente como garantidor e a possibilidade deste de agir, é crucial ainda verificar se a ação a qual era obrigado tinha o condão de evitar o resultado, é dizer, a pergunta que deve ser feita é se mesmo sendo garantidor, e sendo possível agir, essa ação evitaria o resultado que se prevê?.

Apenas com a resposta positiva a essa indagação é que, segundo a doutrina tradicional, poderia se imputar a alguém a prática de um delito através da omissão imprópria.

“A superveniência do resultado só acarreta responsabilidade penal se o garantidor não se esforçou seriamente em impedi-lo. Não há omissão imputável se, apesar de todos os esforços, o resultado não pode ser evitado. Se o fracasso da ação impeditiva era evitável, pode subsistir responsabilidade a título de culpa.

A situação de fato de que se origina o dever de agir, é o estado de perigo iminente e evitável em que se encontra o bem jurídico cuja incolumidade deve ser garantida pelo autor. É necessária a

³⁴ Bitecourt, Cezar Roberto. *Teoria geral do Delito*/Cezar Roberto, Francisco Muñoz Conde – São Paulo: Saraiva 2000. P. 95

conjurabilidade do dano, isto é, a real possibilidade física de evitá-lo, com emprego dos meios ao alcance do omitente.”³⁵

Dessa maneira, falar em omissão imprópria na doutrina tradicional é ultrapassar os três estágios tratados acima, assim fechando o ciclo. Portanto, esses conceitos emanam importância nuclear dentro dessa temática.

Contudo, acredita-se nesse trabalho que com as mudanças que a sociedade vem sofrendo ao longo dos anos, com o avanço tecnológico, bem como, a mutação nas relações sociais que somos submetidos a todo tempo, encerrar a responsabilidade por omissão imprópria nesses três parâmetros, é ao menos temerário.

Tratar as constantes mutações sociais com preceitos estáticos forjados para comunidades menos desenvolvidas acaba por negar a estrutura social vigente. Assim, acreditamos que para se imputar um delito por omissão imprópria é necessário uma análise mais detalhada da situação fática, trazendo critérios concretos para a imputação do resultado.

Nesses termos, nos propomos a contribuir para essa discussão trazendo critérios limitadores para a responsabilização por crimes cometidos por meio de omissão imprópria no que tange a imputação a gestores de pessoas jurídicas em caso de crimes ambientais.

Entretanto, como vem sendo feito, precisamos trazer a priori preceitos necessários para possibilitar a compreensão do todo. Para tanto, continuaremos com a abordagem da omissão imprópria, passando agora a uma análise mais detalhada dos pressupostos tradicionais desse instituto.

3.2. DELIMITAÇÃO DA FIGURA DO GARANTIDOR

³⁵ Netto, Alcides Munhos. Crimes omissivos no Brasil. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Cairo 1984. P. 24/25

O garantidor é a figura que sedimenta a omissão imprópria, sem garantidor não teremos crimes cometidos por essa modalidade de omissão. A qualidade de garante vem sendo ao longo do tempo estudada, discutindo-se quais seriam as formas de um sujeito deixar o status de agente comum, para se tornar um indivíduo obrigado a evitar lesão a determinado bem jurídico.

Em torno dessa discussão surgiram diversas tóricas, uma delas é a teoria formal, pela qual a posição de garante era dada através de preceito legal ou contratual.

Noutra banda, fora desenvolvida a teoria das funções, buscava-se através dessa abordagem, trazer conteúdo material para a omissão imprópria, assim a conduta deveria ser analisada como um todo, o que levaria a uma equiparação com a ação. Para tanto, a teoria em apreço subdividiu a omissão imprópria em dois aspectos, sendo o dever de guarda e o dever de vigilância.

O ordenamento jurídico brasileiro adota em parte o critério legal para configurar a figura do garante. Contudo, este não é taxativo, o dispositivo que trata desse instituto, qual seja, art. 13, § 2º do Código Penal deixa aberta a possibilidade de configuração do sujeito garantidor, sendo esse um dos problemas nos crimes omissivos impróprios, é dizer, o preceito legal, embora preveja a configuração do sujeito como garantidor, em alguns pontos é demasiadamente genérico, deixando a cargo do julgador a análise da configuração ou não da posição de garante. De maneira a esclarecer o quanto afirmado, convém trazer *in verbis* o texto legal em que a figura do garantidor é prevista:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...)

Relevância da omissão: § 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

Pode-se perceber do texto legal que muito embora o legislador traga inicialmente uma obrigação fundada na lei, logo em seguida amplia o rol de garantidores sem deixar explicitamente nenhum pressuposto que limite a inserção do individuo nesse campo de responsabilidade.

Por conseguinte, passaremos a análise de cada uma dessas modalidades de garantidor, para assim alcançarmos uma percepção maior da situação a qual estamos inseridos.

A primeira hipótese não necessita de maiores ilações. Nessa, o garantidor é constituído através de preceito explicito, é dizer, a lei expressamente prevê casos onde o sujeito será tido como garante.

É o caso previsto na Constituição, a qual prevê que os pais têm o dever de assistência para com os filhos menores, conforme art. 229 da Constituição Federal:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No entanto, nessa relação entre garantidor e bem jurídico resguardado é importante ter critérios que limitem a obrigação de evitar por parte do garante.

A segunda modalidade de garante diz respeito a uma forma demasiadamente genérica de se configurar a posição de garantidor, ou seja, o texto legal aponta como garantidor aquele que *“de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”*. Pergunta que podemos fazer é a seguinte, qual seria essa outra forma?.

Acreditamos que quando o Código Penal consagra em seu primeiro artigo o princípio da legalidade, está colocando este em um alto nível de

importância. Sendo crucial seu respeito para que o Estado Democrático de Direito seja preservado, sem legalidade, não há limite às arbitrariedades. Por conseguinte, deve-se sempre ser lembrado que a taxatividade e fragmentariedade são consectários da legalidade.

Assim, prevê uma incriminação aberta como é feita na omissão imprópria, que não se sabe o que exatamente se quer dizer desrespeita frontalmente a legalidade, deixando de lado elemento central do Direito Penal em nome de uma responsabilidade sem critério.

A terceira modalidade, embora traga uma delimitação ao sujeito que pode entrar no rol de garante, sendo aquele *“que por seu comportamento anterior, criou um risco”*, ainda incorre no mesmo equívoco da anterior, esvaziando a legalidade em detrimento de uma imputação precária. Não há um elemento bem delimitado nessa hipótese a qual se sedimente a configuração da posição de garante, deixando a cargo da subjetividade do julgador.

Demais disso, além da posição de garante, legalmente existem mais dois critérios para que a omissão imprópria esteja configurada por completo, quais sejam, o poder agir e a possibilidade de evitação do resultado previsível. Sem essas duas qualificadoras não há que se falar em omissão imprópria penalmente relevante. As quais passaremos a analisar.

3.3. PODER DE AGIR PARA ELIMINAR O RESULTADO

Por poder de agir entende-se a possibilidade real do sujeito atuar dentro de determinada circunstância, aqui o que se tem em questão é se no momento em que o indivíduo tido como garantidor precisou agir se havia possibilidade fática para que este saísse da inércia e realizasse a conduta a qual era obrigado. Apenas existindo dita possibilidade é que se pode falar em ocorrência de crime por omissão imprópria.

A omissão imprópria se preocupa apenas com o não agir do sujeito para evitar o resultado, se em determinada situação, embora o indivíduo estivesse incumbido dos deveres de garante este não tivesse a possibilidade de atuar para evitar o resultado, a comissão por omissão não se configuraria. De acordo com o quanto apresentado cabe apresentar o pensamento de Sheila Bierrenbach:

“Gravado na sede referente aos sujeitos especiais dos delitos omissivos impróprios, o *poder de agir* constitui pressuposto do dever de agir. Há de ser interpretado como a capacidade por parte do omitente de agir com êxito para conjurar o perigo que paira sobre o bem, salvando-o e, em conseqüência, afastando a ocorrência do evento típico. Neste sentido, o dever de agir, que prescinde das posições de garantia elencadas nas alíneas do art. 14, § 2º, não prescinde da possibilidade real, física, de atuar do garante.”³⁶

A autora deixa as claras luzes a possibilidade física de agir como um pressuposto elementar para a responsabilidade do sujeito tido como garantidor, sem essa a imputação não deve prosperar.

3.4. POSSIBILIDADE DE EVITAÇÃO DO RESULTADO PREVISIVEL

A possibilidade de evitação, é, como o poder de agir, limite para a imputação do resultado ao garantidor. Assim, essa modalidade se consubstancia pela previsibilidade, é dizer, o não agir previsivelmente deve alcançar um resultado lesivo.

Para a imputação do resultado ao garantidor é necessário fazer uma inclusão do agir no nexa causal, e assim verificar se inserindo a ação que se esperava do garantidor esta tinha o condão de evitar o resultado lesivo. Portanto, se mesmo incluindo no nexa causal a realização da ação esperada essa previsivelmente não evitar o resultado lesivo, o garante não deve ser responsabilizado.

³⁶ Bierrenbach, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*; 3ª Ed. rev. e atual. – Niterói, RJ: Impetus 2014. P. 83

Não é outro o entendimento da doutrina especializada:

“Ora, se a realização da conduta devida impede o resultado, considera-se a sua omissão causa desse resultado. No entanto, se a realização da conduta devida não tivesse impedido a ocorrência do resultado que, a despeito da ação do agente, ainda assim se verificasse, deve-se concluir que a omissão não deu “causa” a tal resultado. E a ausência dessa relação de causalidade, ou melhor, no caso, relação de não-impedimento, impede que se atribua o resultado ao omitente, sob pena de consagrar-se uma odiosa responsabilidade objetiva (...).”³⁷

Podemos concluir que é elemento nuclear que determinada ação seja previsivelmente forma de evitação do resultado, se a ação esperada não seria possível de evitar o resultado, não há que se falar em responsabilidade penal, ao menos em sua forma subjetiva, é dizer, o Direito Penal não pode aceitar a punição de um sujeito se mesmo que este tivesse agido conforme se esperava nada tinha se alterado no nexos causal que gerou a lesão ao bem jurídico resguardado.

Como o direito penal não admite a responsabilidade objetiva é necessário alcançar critérios mais consistentes para a imputação dos garantidores. Na mutante sociedade em que vivemos, é imperiosa a existência de critérios objetivos para imputar essa carga de responsabilidade a um sujeito de direito. Sendo crucial a existência de critérios bem delimitados, o que se buscará demonstrar ao decorrer desse texto, trazendo elementos de imputação da responsabilidade penal do sujeito, tendo como recorte os gestores de pessoas jurídicas em crimes ambientais.

³⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. *Teoria geral do Delito*/Cezar Roberto, Francisco Muñoz Conde – São Paulo: Saraiva 2000. P. 97

TERCEIRA PARTE. CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO AOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.

Chegando a parte final deste trabalho, traremos alguns aspectos necessários para que a imputação aos gestores de pessoas jurídicas possa ser perfectibilizada de maneira congruente com a dogmática penal.

Em primeiro, partindo de toda análise dos crimes omissivos impróprios podemos concluir que a demonstração do dever e do poder agir é pressuposto nuclear para a responsabilização penal desses indivíduos.

Assim, o dever agir é consubstanciado em uma ação pretérita do gestor que gerou a posição da garante do mesmo. É dizer, o administrador de uma pessoa jurídica apenas terá o dever de agir se em um momento anterior o mesmo gerou essa responsabilidade em sua atuação.

Importante esclarecer que o simples fato de um indivíduo ser gestor de uma pessoa jurídica não tem o condão de colocá-lo como garantidor universal, obrigando-o a fazer um esforço hercúleo apenas por ser administrador.

O Direito Penal não pode tratar de amenizadas, portanto, o dever de agir apenas poderá advir de pressupostos concretos.

O indivíduo deve ter agido anteriormente para se colocar em uma posição de garantidor e caracterizar seu dever de ação. Só assim a omissão poderá ser responsabilizada, ou seja, a omissão pressupõe intrinsecamente um dever de agir, o agente deve ter deixado de agir quando deveria.

Não podemos, dessa forma, responsabilizar gestores apenas por serem gestores. A condição de administrador de empresas por si só não gera esse dever de agir, é necessária uma conduta concreta que coloque esse indivíduo na posição de garante, para que assim possa ser atribuído a este uma responsabilidade pela omissão.

Em um segundo estágio, este também necessário, à responsabilização da omissão, é imperioso que o indivíduo tenha o poder de agir. Como foi visto anteriormente, o poder de agir diz respeito à possibilidade físico-real dos indivíduos iniciarem a ação que deveria ser concretizada para evitar a ofensa ao bem jurídico.

Não existindo a possibilidade físico-real de ação, não há que se falar em responsabilização por delito omissivo. Quando estamos diante de conduta que não era possível ser realizada, estará caracterizado por óbvio o crime impossível, ao menos quando nos deparamos com um crime comissivo. Tal entendimento deve ser inequivocamente levado para a análise dos crimes omissivos.

Outro aspecto que deve ser analisado no momento da responsabilização de gestores por crime omissivos é a característica da conduta a ser apreciada. É dizer, a conduta deve ter características de culpabilidade, ou seja para que seja imputado a omissão imprópria a esses sujeitos é necessário respeitar o princípio da culpabilidade.

Quando se fala em princípio da culpabilidade teremos dois aspectos, o primeiro se refere à culpabilidade como limitadora da pena, sendo esta um requisito intransponível quando da aplicação da pena, para que haja uma reprimenda justa e individualizada, sendo tal requisito previsto legalmente como uma das circunstâncias judiciais na primeira fase da comutação da sanção penal.

Em outro aspecto, o princípio da culpabilidade se mostra como essência da responsabilidade penal subjetiva, é dizer, apenas respeitando o princípio da culpabilidade é que será possível responsabilizar um indivíduo, já que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a responsabilidade penal objetiva.

Portanto, quando falamos na necessidade de transpor a barreira do princípio da culpabilidade, estamos falando aqui do princípio da culpabilidade enquanto requisito de responsabilização penal e não como limite da pena.

Assim, para concretizar-se a responsabilização do gestor de uma pessoa jurídica por crime ambiental em sua modalidade omissiva imprópria, será necessário demonstrar de maneira inequívoca o dolo ou a culpa. Ou seja, é imperioso que se demonstre a omissão dolosa ou culposa, não basta demonstrar que o indivíduo estava obrigado a resguardar lesões aquele bem.

É preciso demonstrar que devendo, e podendo agir, o agente dolosamente ou culposamente escolheu não agir, dirigiu sua vontade de maneira consciente ao não fazer, ou seja, a inação precisa ser dolosa ou culposa, o sujeito tem de visualizar uma provável conseqüência no seu deixar de agir e mesmo assim escolher não agir.

Como fora defendido anteriormente, a omissão é uma modalidade que o indivíduo lança mão para perpetrar o delito, portanto, o sujeito em meio ao seu arsenal de formas de realizar determinado crime.

No crime doloso, por exemplo, o agente escolhe a omissão para levar a cabo o seu anseio delituoso. Não havendo dolo ou culpa, não há que se falar em delito, sob pena de estar se imputando de maneira objetiva, o que é veementemente rechaçado na dogmática penal atual.

Um terceiro elemento a ser levado em conta no momento da responsabilização penal é a necessidade de especificar a conduta omissiva, é dizer, é crucial demonstrar o caminhar da conduta omissiva, deixando claro o nexos causal entre a omissão e seu resultado.

Aqui, deixamos de lado o aspecto penal da problemática em questão para adentrarmos na esfera processual penal. O art. 41 do Código de Processo Penal é cristalino em requisitar que a denúncia deverá conter a “exposição do fato criminoso, com todas suas circunstâncias”.

Dessa maneira, a lei expressamente prevê a necessidade de se demonstrar claramente o que se imputa a determinado indivíduo. Tal aspecto legal é religiosamente respeitado quando se está abordando crimes em sua modalidade comissiva. No entanto, quando estamos diante de uma hipótese de crime omissivo, este aspecto não é, ao menos em sua maioria, respeitado. Deixa-se de lado o aspecto processual penal e penal em nome de uma expansão da responsabilidade penal.

Tecendo comentário acerca da necessária descrição do fato, Fernando Tourinho traz à baila o pensamento de João Mendes:

Já o nosso João Mendes ensinava que a peça acusatória é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, apontando o seu autor (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o mal que produziu (quid), os motivos (cur), a maneira como o praticou (quomodo), o lugar (ubi) e o tempo (quando).³⁸

Nítido que é elemento nuclear a demonstração da conduta omissa, não podendo admitir a afirmação de que o sujeito é gestor, e, portanto, responsável penal. Embora haja um risco a ser amargado pelos gestores, há uma diferença entre o risco empresarial e o risco empresarial penal. No segundo é necessário respeitar a dogmática penal e processual penal para que o gestor seja titular do perigo gerado na esfera empresarial.

Em assim sendo, resta importante a avaliação do risco face ao agente mais importante de uma configuração omissiva, vale dizer, o garante. Este, em si, tem um papel de vigilância e de cuidado junto às fontes de perigo que circundam a atividade empresarial. Cabe lembrar que, muito embora não possa se falar em uma específica causalidade na omissão, deve-se ter em

³⁸ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de processo penal – 16. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

conta as menos que a criação de um risco com probabilidade mediana de ocorrência seria imprescindível para a imputação omissiva, aplicando-se no mais das vezes, o princípio do *in dubio pro reo*. Apesar disso, não se utiliza a teoria do incremento do risco, pois não se verifica uma causalidade real do comportamento do autor. A situação mostra-se, assim, um tanto insegura em termo de clareza de imputação.³⁹

Nessa linha de intelecção, é de se concluir que a descrição da conduta criminosa é elemento nuclear para a responsabilização penal. No entanto, tal aspecto vem sendo deixado de lado em nome de uma responsabilização inócua, vazia, sem um mínimo de respeito aos pressupostos tradicionais do direito penal.

4. DA CONCLUSÃO DO TRABALHO

Assim, chegando ao final deste trabalho, podemos concluir que em verdade o tratamento da omissão ainda se revela muito incipiente em termos práticos. Ou ao menos não se quer levar a sério o que a dogmática penal nos revela.

A dogmática penal tem uma função no ordenamento jurídico, e na sociedade, deixar de respeitá-la é da de ombros com a anarquia, pois o Direito Penal não é apenas uma ferramenta repressiva, mas é também um controle social, e utilizar o direito penal de maneira temerária, sem respeitar seus critérios de responsabilização pode trazer sequelas não só para a clientela tradicional, mas para o cidadão comum avesso a prática de crime.

Finalizando o até aqui abordado, é possível verificar o levantamento de critérios de imputação, que embora não sejam novidades na dogmática, estão sendo achincalhados durante a persecução penal, em nome de uma expansão do Direito Penal sem nenhuma fundamentação idônea. Sendo necessário, dessa forma, estabelecer critérios concretos de limitação à responsabilização por atos omissivos.

³⁹ SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. Direito Penal Empresarial – a omissão do empresário como crime – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – Vol. 5 – Coordenação: Claudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

No panorama atual, é perceptível que a responsabilidade de gestores de pessoa jurídica é praticamente uma escolha de política criminal, não estamos diante do cometimento de fato lesivo ao bem jurídico, mas sim de uma escolha feita pelo judiciário, qual seja, responsabilizar administradores de empresas, único e exclusivamente por esses serem administradores, impondo um dever de vigilância sub-humano. É dizer, espera-se dos gestores que desenvolvam o poder de serem onipresentes, acompanhando todo o desenrolar da atividade empresarial.

Diante dessa abordagem, tentamos demonstrar que em verdade há um avanço no direito penal, avanço que passa a desrespeitar garantias que foram conquistadas de maneira árdua. Contudo, o ordenamento penal agora deixa seu caráter fragmentário e passe a punir tudo e todos. Como acontece com os gestores, que em grande maioria lhes são feitas imputações sem um mínimo de nexos de causalidade entre a suposta conduta omissa e o próprio indivíduo.

Dessa forma concluímos:

1. Busca-se em primeiro lugar uma punição sem precedente, poderíamos dizer que se quer alcançar através do processo uma verdade real, deixando de lado a efetiva produção probatória para apegar-se a um verdade impossível de ser construída, onde se busca único e exclusivamente a punição de um bode expiatório.
2. A omissão imprópria tem elementos que precisão ser respeitados, requisitos que precisão ser preenchidos para que só então a responsabilidade por omissão seja concretizada. Devemos ter sempre de forma claro o quão é temerário punir alguém através da omissão, pois esta é de difícil percepção, pois como visto, é um deixar de agir, então, não há como ser percebido no mundo fático.
3. Para que se impute o crime omissivo impróprio a algum indivíduo será necessário especificar a conduta omissa do acusado (art. 41 CPP), é

dizer, as denúncias devem constar a indicação do fato delituoso, se afastando da breve afirmativa de que o denunciado era gestor da empresa e por esse motivo tinha o dever de ter controle da situação que gerou o suposto delito.

4. Ainda é necessário demonstrar o dever e o poder agir do gestor, ou seja, mesmo se este efetivamente tivesse deixado de agir, e essa inexistência de ação tenha sido descrita, é crucial demonstrar que a aquele individuo devia e podia agir para evitar o resultado, verificando, portanto, se com sua ação o resultado lesivo seria eliminado.
5. Outrossim, é imperioso demonstrar que a conduta omissa é culpável, ou seja, realizar um filtro sob a égide do princípio da culpabilidade como exigência da imputação subjetiva.
6. Portanto, acreditamos que apenas será possível chegar a uma incriminação de acordo com os pressupostos do direito penal e processual se ocorrer uma separação da cultura de incriminação pela incriminação, e assim, alcançar uma punição mais justa e condizente com os princípios penais.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LUNA, Everardo da Cunha. A causalidade na omissão, no anteprojeto de código penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p.39-59, jul./set. 1964

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. A relevância causal da omissão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 14, p.149-166, abr./jun. 1996

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica sob o enfoque da autoria mediata e dos crimes comissivos por omissão. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 117, p.14-15, ago. 2002

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica sob o enfoque da autoria mediata e dos crimes comissivos por omissão. **Boletim IBCCRIM**. p.14-15 .

GONÇALVES, Pedro Correia. A responsabilidade por omissão dos administradores e gestores empresariais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 19, n. 4, p.529-573, out./dez. 2009.

SCHÖNE, Wolfgang. Ação, omissão, conduta. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 27, p.21-39, jan./jun. 1979.

COSSIO, Raúl E. Abandono de personas en caso de accidentes. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, p.897-906, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Alguns aspectos do crime omissivo impróprio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 140, p.12-14, jul. 2004 -

BITENCOURT, Cezar Roberto. Alguns aspectos do crime omissivo impróprio. **Boletim IBCCRIM**. p.12-14

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Aspectos históricos-dogmáticos, político criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos improprios de omisión. **Ciencias Penales Contemporáneas**: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, Mendoza, v. 4, 7/8, p.117-228, 2004 -

RODRÍGUEZ MESA, María José. Autoría y participación en comisión por omisión. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p.179-219, 2006 –

ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II**. Madrid: Edisofer, 2008. t.2. ISBN 978-84-96261-49-5. p.1543-1558

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p.201-231, 2010. - <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=70491&IndexSrv=1&nomeArquivo=54181.pdf>

MARQUES, Pedro Marchão. Crimes ambientais e comportamento omissivo. **Revista do Ministério Público**. p.105-138 ISSN 0870-6107. -

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Crimes omissivos: estudos dogmáticos introdutórios**. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 4, p.14-23, mai./ago. 2010

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 33, p.41-47, jan./jun. 1982 -.pdf

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Delitos de omisión propia e impropia: comisión por omisión y problemas de coautoría. **Ciencias Penales**: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p.89-

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Delitos de omisión propia e impropia: comisión por omisión y problemas de coautoría. **Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.** p.89-102

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El delito de omisión impropia. **Revista de Derecho Penal y Criminología.** p.525-553

CRESPO, Eduardo Demetrio. Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas. **Revista penal Mexico, Mexico, DF, n. 3, p.77-94, jun. 2012**

PIÑA, Roxana Gabriela. Autoría y participación en los delitos de comisión por omisión. **Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 161-174, 2005.**

BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 385 p. ISBN 972-32-0952-7.

RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs.** Coimbra: Almedina, 2000. 115 p. ISBN 972-40-1269-7.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito: de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Lima: Grijley, 2009. 185 p., 15 cm. (Estudios de derecho penal de la Universidad de Huánuco, 3. Minor). ISBN 978-9972-04-258-4.

JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no direito penal: dois estudos de Günther Jakobs.** Barueri: Manole, 2003. 66 p. (Estudos de direito penal, 2). ISBN 85-204-1783-3 [Classificação: 343.2.01(430) J26a].

BUSATO, Paulo Cesar. Ação e omissão. In: BUSATO, Paulo Cesar (Org.). **Teoria do delito.** Curitiba: Juruá, 2012. 368 p., 22 cm. (Direito penal baseado em casos). ISBN 978-85-362-3982-8. p.11-41

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: **AS posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem.**

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo Cesar (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015. 313 p., 23 cm. ISBN 978-85-97-00186-0. p.158-199.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. Considerações acerca dos sujeitos ativos dos crimes omissivos impróprios: o elenco de garantes do art. 13, par. 2 do código penal brasileiro. In: **CIÊNCIA penal: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto.** Curitiba: JM, 1999. 375 p. ISBN [Classificação: 343.2 C511]. p.329-340

CRIMES comissivos por omissão: considerações doutrinária e jurisprudencial sobre o dever de garante. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). **Cadernos de ciências penais: reflexões sobre as teorias da conduta.** São Paulo: Plêiade, 2013. 325 p., 22 cm. ISBN 978-85-7651-240-0. p.271-289

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes omissivos impróprios: uma análise.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 151 p.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Duas questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade. In: **DUAS questões atuais na dogmática do delito de omissão: sobre a suposta acessoriedade e sobre a solidariedade.**

SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II.** Madrid: Edisofer, 2008. t.2. ISBN 978-84-96261-49-5. p.1609-1630

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal. In: **PROBLEMAS específicos de la aplicación del código penal**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. 506 p. (Manuales de formación continuada). ISBN 84-89324-99-9 [Classificação: 343.2(460) P956]. p.153-172

BIERRENBACH, SHEILA. Teoria do Delito. 1ª Ed. Lumen Juris, 2009.

Tavares, Juarez. Teoria Dos Crimes Omissivos – Monografias Jurídicas. Marcial Pons

TAVARES , JUAREZ. AS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DOS CRIMES OMISSIVOS. INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE COOPERAÇÃO PENAL 1996

Prado, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 – 11. Ed rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Busato, Paulo César. Direito Penal, Parte Geral. 2. Ed. 2015. Editora Atlas.

Zaffaroni, Eugenio Raill. Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral . 9. ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

Santos, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral – 3. Ed. – Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de processo penal – 16. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. Direito Penal Empresarial – a omissão do empresário como crime – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – Vol. 5 – Coordenação: Claudio Brandão – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DIAS, Jorge Figueiredo; Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais; Editora Coimbra, 2012.