

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

GIULIA HELENA CAVASSIM MEDEIROS

**DELEGAÇÃO DE DEVERES E EVITAÇÃO DO RESULTADO NA
RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA IMPRÓPRIA DOS DIRETORES
DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**

CURITIBA

2022

GIULIA HELENA CAVASSIM MEDEIROS

**DELEGAÇÃO DE DEVERES E EVITAÇÃO DO RESULTADO NA
RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA IMPRÓPRIA DOS DIRETORES
DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito da Graduação do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Paulo César Busato.

CURITIBA

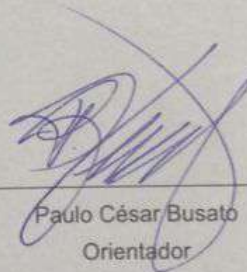
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

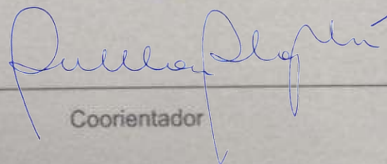
Delegação de deveres e evitação do resultado na responsabilidade penal omissiva imprópria dos diretores e
Sociedades Anônimas

GIULIA HELENA CAVASSIM MEDEIROS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas
da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:

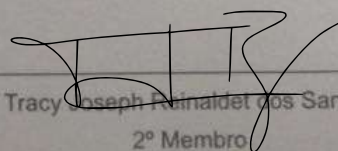


Paulo César Busato
Orientador



Coorientador

Priscilla Placha Sá
1º Membro



Tracy Joseph Reinaldet dos Santos
2º Membro

Dedico este trabalho a meus pais (Elisabete e Ederson), avós (Ítalo – *in memoriam* – e Olívia) e amigos, por nunca me deixarem desistir e me darem aquilo de mais belo na vida: amor.

AGRADECIMENTOS

Escrever os agradecimentos desse encerramento de ciclo é um desafio. Desafio por colocar cinco anos de uma história em poucas páginas de papel, desafio por ter que retornar aos momentos dolorosos, tristes, e aos alegres e emocionantes que compuseram minha graduação. Hoje a caloura assustada que entrou sem expectativas no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná retorna um pouco; apesar de assustada com o abismo que segue adiante e engole todos os recém-formados para um novo mundo, sento para escrever essas palavras muito agradecida.

Esse agradecimento segue, em primeiro lugar, a todos os espaços da Universidade Federal do Paraná e da Santos Andrade; esse ambiente rico e diverso me fez amadurecer, conquistar objetivos e sonhar. A possibilidade de sonhar nesse ambiente e de subir as escadas de uma educação superior, contudo, é fruto de um esforço além do meu, e sim de meus pais, Elisabete Maria Cavassim Medeiros e Ederson Medeiros, que me incentivaram desde os primeiros passos a ser quem sou hoje. Obrigada por terem sido meu colo nos momentos mais difíceis, por todo o amor caloroso que me fazem ver e receber dia após dia e por sempre buscarem a melhor educação possível para mim. O que sou hoje e onde estou hoje é graças a vocês.

Junto a meus pais, gostaria de agradecer a toda minha família, em especial a meus avós maternos, Olivia e Ítalo. A ele, gostaria de agradecer pelo tempo de afeto e bondade que deixou como lembrança para todos nós; é esse exemplo de honestidade e trabalho que quero seguir, esperando um dia te reencontrar para agradecer frente à frente por tudo. A ela, agradeço pelo amor intenso e pelo zelo interminável com todos da família; sem a senhora, vó, essa família não seria nada do que é, obrigada por sempre incentivar os estudos de todas as filhas e filho.

Todos meus sonhos e objetivos construídos se deram com ajudas muito importantes. Subi nos ombros de professoras professores que me acolheram e acreditaram em meu potencial nas Iniciações Científicas, nas Monitorias e nos artigos escritos, permitindo que aprendesse mais e, mesmo com a minha pequenez, pudesse sonhar alto. Esses gigantes, porém, se mostraram doces e solícitos, me inspirando a continuar a trilha de um sonho antigo: a docência. Deixo meus agradecimentos a todas e a todos que me formaram enquanto jurista e por demonstrarem como é a educação transformadora.

Em especial, agradeço à professora Angela Fonseca, à professora Heloísa Câmara, ao professor Guilherme Brenner Lucchesi, ao professor André Peixoto; é graças à

gentileza de vocês de permitirem que eu alcançasse espaços e tivesse oportunidades acadêmicas que jamais pensei antes que pude crescer e solidificar o sonho da docência. Essa figura gentil, inteligente e que descomplexifica assuntos extremamente complexos que cada um de vocês representa que quero ser no futuro.

Agradeço, nesse contexto, à professora Priscilla Placha Sá e ao professor Tracy Reinaldet por terem gentilmente aceitado o convite para comporem a banca avaliadora desse trabalho de conclusão de curso. Ambos são pessoas que me inspiram profissional e academicamente; é muito emocionante poder contar com referências para avaliar esse trabalho que encerra um ciclo na universidade.

Por mais que seja um encerramento de fase, não posso deixar de colocar que esse espaço foi-me inúmeras vezes hostil: o choro, o sono perdido, a angústia e a ansiedade. Entretanto, a vida me permitiu ter tamanha sorte que hoje convivo, com o maior orgulho e a maior honra, com pessoas incríveis que nos piores e nos melhores momentos, nas melhores e piores versões minhas, não se abalaram e estiveram ao meu lado; agradecê-las, aqui, é meu mais simples gesto perto de tanto, afinal, vocês foram uma âncora para minha permanência aqui – na faculdade e na continuidade da vida.

Ao Gesellschaft, agradeço pelas risadas, jogos, conversas nos cafés e bares. Vocês são meu porto seguro e em um dos piores momentos da minha vida aliviaram o gosto amargo que era simplesmente existir; obrigada por confirmarem aquilo que desde o início já suspeitava: que são seres humanos fantásticos. Obrigada Daniel Fernando Victoriano, Gabriel Martins Fonçatti, João Pedro Bezerra Barbieri, Julia Hissai Yaegashi, Lucas Mendes Lichs, Mateus Cavalheiro Quinalha e Nayumi Toyoda Fontes.

Ao Meu Deus Meu Deus, agradeço pelas festas, pelas saídas para tomar um café com empadão, pelas reclamações da faculdade e por me segurarem também quando não conseguia mais. Vocês tornaram a vida mais leve com boas risadas quando tudo parecia desmoronar. Obrigada Eduarda do Prado Carvalho, Paula Gabriela Barbieri, Rafaela Chiarelo, Victor Hugo Petersen e Victoria Brasil Camargo.

Aos amigos que, dos mais diversos cantos da faculdade – e de fora dela –, ajudaram nos momentos tristes, acompanharam a trajetória e me brindaram com risadas, carinho e amor. Agradeço a vocês: Amanda Bachmann, Ana Falkiewicz, Eduarda Pedroso, Eduardo Dall’Agnol, Gabriel Percegon, Giovane Teixeira de Lima, Gustavo Moreira dos Santos, Helena Tavares, João Victor Bueno, Laura Yasmin, Letícia Lozzo, Marcela Bianchini, Mariana Buerger, Mariana Cesto, Marília Martins Lopes, Maiara Papetti, Marina Iurkiv, Nahomi Helena, Patrícia Romano, Pedro Athayde, Pedro

Henrique, Rafael Coradin, Rebeca Dionysio, Rhayssam Arraes, Stephani Bissoni, Thiago Barbosa, Thuanny de Andrade, Vinicius Assef. Cada um de vocês – e de múltiplos outros rostos e nomes que não pude pintar aqui – tiveram papel essencial nessa caminhada. Assim como vocês, agradeço à minha psicóloga, Suellen, por me orientar e auxiliar no meu processo de me tornar a melhor versão que posso ser.

Luiz Fernando Chemim Júnior, não esqueci de você, mas achei imprescindível separar seus agradecimentos por ter sido a pessoa que mais de perto acompanhou meus dramas, meus choros, meus risos e meus desabafos. Devo-te mais que agradecimentos por ter sido quem não permitiu que eu desistisse, por ter me ajudado a ter ânimo em momentos em que não acreditava conseguir mais. Obrigada.

Devo reservar, também, especiais agradecimentos para um lugar que me acolheu como se fosse família: o Gabinete 109 (agora 502). O conhecimento que carrego é em boa parte devido a vocês, Felipe Atet e Andrea Bertholdi; é o carinho e o cuidado de ambos que permitiram que meus passos se firmassem nessa árdua caminhada pelos estudos do Direito Penal. Meus agradecimentos são minúsculos perto de todo o amor que carrego e pelo tanto que me fizeram crescer. Obrigada por serem lar nos melhores e piores momentos, sempre com um café ou um chá preparado para darmos risadas.

Enfim, o último – e nem por isso menos importante – agradecimento vai para meu chefe, professor, orientador e amigo, Professor Paulo César Busato, por ter, desde a primeira aula dada, colocado gasolina no fogo que em mim queimava pelo Direito Penal. Seu amor pela docência, pela academia e pelas pessoas que lhe cercam me fascina e motiva a ser melhor a cada dia que se passa. Agradeço por me ensinar muito mais que a teoria significativa da ação e conteúdo de Direito e processo penal; carrego todas as lições comigo de forma mais do que especial, e espero poder contar com elas e com sua amizade por tantas outras décadas. Obrigada pela oportunidade de ser sua orientanda, por me incentivar a estudar essa área tão intrincada e por me fazer crescer acadêmica, profissional e pessoalmente. Sobretudo, agradeço por confiar em mim e por ter visto nessa pessoa, pequena e sem nome, potencial dentro do mundo do Direito Penal.

Como esse grande mestre anteriormente citado revelou-me, somos resultado de fragmentos deixados por todos que nos acompanham na nossa empreitada; assim, existindo e compartilhando esses fragmentos, nunca deixamos essas pessoas morrerem. Obrigada por permitirem que eu carregue comigo e compartilhe com tantos outros esses fragmentos de vocês: espero, enquanto viver, fazer jus a esse mosaico de ternura e amor e mostrar as pessoas sensacionais que me cercam.

“Presentemente, eu posso me
 Considerar um sujeito de sorte
 Porque apesar de muito moço
 Me sinto são, e salvo, e forte

E tenho comigo pensado
 Deus é Brasileiro e anda do meu lado
 E assim já não posso sofrer
 No ano passado

Tenho sangrado demais
 Tenho chorado pra cachorro
 Ano passado eu morri
 Mas esse ano eu não morro”

(BELCHIOR. **Sujeito de Sorte**. Rio de Janeiro:
 PolyGram, 1976.)

“(...) Então, será tudo em vão? Banal? Sem razão?
 Seria, sim, seria se não fosse o amor
 O amor cuida com carinho, respira o outro, cria o elo
 No vínculo de todas as cores, dizem que o amor é amarelo
 É certo na incerteza
 Socorro no meio da correnteza
 Tão simples como um grão de areia
 Confunde os poderosos a cada momento
 Amor é decisão, atitude
 Muito mais que sentimento”

(EMICIDA. **Principia (part. Fabiana Cozza,
 Pastor Henrique Vieira e Pastoras do Rosário)**.
 São Paulo: Sony Music; Laboratório Fantasma,
 2019.)

“Quem ocupa o trono tem culpa
 Quem oculta o crime também
 Quem duvida da vida tem culpa
 Quem evita a dúvida também tem”

(ENGENHEIROS DO HAWAII. **Somos Quem
 Podemos Ser**. Porto Alegre: BMG, 1988.)

RESUMO

MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim. **Delegação de deveres e evitação do resultado na responsabilidade penal omissiva imprópria dos diretores de Sociedades Anônimas**. 2022. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2022.

O presente trabalho aborda a responsabilidade penal dos dirigentes de Sociedades Anônimas por comissão por omissão quando da delegação de deveres a inferiores hierárquicos e diante da não evitação do resultado, questionando-se de que maneira seria possível tratar dessa questão a partir da teoria significativa da ação, desenvolvida pelo professor Tomás Salvador Vives Antón. Inicialmente, a pesquisa analisa as funções e os deveres especiais que são atribuídos aos dirigentes de Sociedades Anônimas, com o intuito de compreender, destas funções, quais deveres podem se qualificar, eventualmente, enquanto penalmente relevantes; para isso, o artigo 13, §2º, do Código Penal Brasileiro opera como filtro para aferir essa relevância. Compreendida a existência de deveres especiais aos dirigentes, que ensejariam uma posição de garantia, antes de repassar à análise da responsabilidade penal ou não desses sujeitos, abandona-se a teoria do garantidor e adota-se a teoria significativa da ação. Para alcançá-la, explicitam-se as diferentes teorias do delito, a fim de compreender as razões para o abandono da posição de garantidor como fonte única de incriminação por comissão por omissão, e sim a utilização da equivalência significativa, que sana os problemas de legalidade existentes em outros escritos. Dessa análise sobre o tema da comissão por omissão com a conjunção dos dados anteriormente colhidos sobre os deveres especiais derivados das funções dos diretores, alcança-se a espinha dorsal do trabalho: as hipóteses em que a delegação de deveres origina a responsabilidade para os dirigentes de Sociedades Anônimas e de que maneira os subordinados respondem pela assunção dos deveres.

Palavras-chave: ação significativa; comissão por omissão; responsabilidade penal de dirigentes; delegação de funções.

ABSTRACT

MEDEIROS, Giulia Helena Cavassim. **Function delegation and avoidance of the result in criminal liability of Anonymous Companies directors by commission by omission.** 2022. 68 f. Undergraduate thesis (Law School) –Federal University of Paraná Faculty of Law, Curitiba, 2022.

The present work deals with the criminal responsibility of the directors of Corporations by commission of omission when delegating duties to hierarchical inferiors and in the face of non-avoidance of the result, questioning how it would be possible to deal with this issue based on the meaningful action theory, developed by Professor Tomás Salvador Vives Antón. Initially, the research analyzes the special functions and duties that are assigned to the directors of Corporations, in order to understand, from these functions, which duties may eventually qualify as criminally relevant; for this, article 13, §2, of the Brazilian Criminal Code operates as a filter to assess this relevance. Understanding the existence of special duties to the directors, which would give rise to a position of guarantee, before going over the analysis of criminal responsibility or not of these subjects, the guarantor theory is abandoned and the meaningful action theory is adopted. To achieve that, the different theories of the crime are explained, in order to understand the reasons for abandoning the position of guarantor as the only source of incrimination by commission of omission, but the use of meaningful equivalence, which solves the problems of legality existing in other writings. From this analysis on the subject of the commission by omission with the conjunction of data previously collected on the special duties derived from the functions of directors, the backbone of the work is reached: the hypotheses in which the delegation of duties gives rise to responsibility for the directors of Corporations and how subordinates are responsible for assuming duties.

Keywords: meaningful action; commission by omission; directors' criminal responsibility; duties delegation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL DOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS NO CENÁRIO BRASILEIRO.....	13
2.1	OS DIRIGENTES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E AS FUNÇÕES APTAS A ENSEJAREM RESPONSABILIDADE PENAL POR COMISSÃO POR OMISSÃO	13
2.2	AS FUNÇÕES DOS ADMINISTRADORES DIRETORES E A FILTRAGEM DO ARTIGO 13, §2º, DO CÓDIGO PENAL.....	18
3	A EQUIVALÊNCIA ENTRE AÇÃO E OMISSÃO.....	23
3.1	POR QUE PUNIR POR COMISSÃO POR OMISSÃO? A GÊNESE DA DISCUSSÃO E PONDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS INICIAIS.....	24
3.2	A TESE DE KAUFMANN	29
3.2.1	Ontologia e capacidade de ação na omissão.....	30
3.2.2	A posição de garante e a comissão por omissão.....	31
3.3	A PROPOSTA DE SCHÜNEMANN	34
3.3.1	Teoria do domínio do fato e omissão imprópria.....	36
3.3.2	As posições de garantidor.....	38
3.4	“PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL”: A EQUIVALÊNCIA SIGNIFICATIVA DE VIVES ANTÓN COMO PONTO DE PARTIDA	41
3.4.1	A equivalência e o resultado.....	47
3.4.2	A posição de garantidor	48
3.4.3	A causalidade hipotética	50
4	RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS PELA DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES E NÃO EVITAÇÃO DE RESULTADOS	52
4.1	DELEGAÇÃO DE DEVERES E NOVOS GARANTES NA SOCIEDADE ANÔNIMA	53
4.2	DEVER REMANESCENTE DE VIGILÂNCIA E RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES.....	56
4.3	A RESPONSABILIDADE POR CRIMES DA PESSOA JURÍDICA.....	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de indagações nascidas na gênese dos estudos sobre Direito Penal, voltado para o desafiador tema da comissão por omissão. Almeja-se, aqui, com base na teoria significativa da ação, proposta e alimentada por Tomás Salvador Vives Antón, compreender se podem os dirigentes de sociedades anônimas serem responsabilizados por omissão imprópria quando delegam seus deveres a terceiros e, caso possam, por quê.

Assim, inicialmente trabalhar-se-á com a imputação jurídico-penal dos dirigentes de Sociedades Anônimas no cenário brasileiro, ou seja, serão abordadas as funções dos diretores dentro dessa forma de sociedade. A compreensão dessas funções abrirá espaço para tratar dos deveres penais específicos que podem delas originar – a denominada posição de garantidor –, observando o filtro legal que é o artigo 13, §2º, do Código Penal.

Os dados colhidos no primeiro capítulo, no entanto, não poderão ser lidos de forma isolada, uma vez que é a posição de garantidor por si só insuficiente para a responsabilização penal. Por isso, para chegar a uma resposta que respeite o princípio da legalidade, tratar-se-á do tema da comissão por omissão e dos motivos pelos quais a posição assumida por certo sujeito deverá estar conjuminada com a equivalência significativa entre a omissão e a ação que se concretiza em razão do dever específico daquela posição. Assim, destina-se o segundo capítulo a compreender a omissão imprópria, desde os motivos que levaram os primeiros teóricos a procurar sua punição, perpassando a tese de Kaufmann, a proposta de Schünemann e chegando à proposta “para além da dúvida razoável”, de Vives Antón, marco teórico deste trabalho.

Enfim, o terceiro capítulo é o âmago do trabalho: tratará de assimilar porque os dirigentes podem ser responsabilizados por delegação de deveres. Para explicar a reminiscência de deveres aos dirigentes, dividir-se-á a abordagem em três eixos: primeiro serão tratados os efeitos da delegação de deveres para aqueles inferiores hierárquicos escolhidos pelo dirigente para desempenharem certas funções; segundo, abordar-se-á o dever reminiscente dos dirigentes quando da escolha desses funcionários; e, por último, tratar-se-á da responsabilidade dos administradores por atos da empresa.

Enfatize-se que a presente monografia não esgotará todos os temas referentes à responsabilidade dos dirigentes de empresas, muito menos relacionados às posições que

ocupam outros elementos das sociedades – administradores, sócios, conselheiros etc. –, sequer pretende esgotar a responsabilidade dos próprios dirigentes. Embora perpassasse os temas relacionados à responsabilidade em outros eixos, centra-se a esboçar como, desde a perspectiva significativa, certos deveres podem ensejar a responsabilidade dos dirigentes – claro, desde que dentro de uma equivalência significativa.

2 A IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL DOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

A responsabilização penal dos dirigentes de Sociedades Anônimas – também denominados diretores – por comissão por omissão na maioria substancial das teorias jurídico penais sobre a temática refere-se às funções que o sujeito desempenha dentro da empresa. Isso porque dessas funções, uma série de deveres específicos emergem, compatibilizando-se com o contido na legislação penal; exsurge, disso, a então denominada posição de garantidor, que permite a responsabilização por omissão imprópria em um cenário penal.

Não basta, porém, afirmar genericamente que algumas funções dos diretores ensejam a criação de posições de garantia, é necessário ir além: para poder compreender se as funções dos dirigentes obedecem ao princípio da legalidade – isto é, são compatíveis com o artigo 13, §2º, do Código Penal –, deve-se olhar para todas as competências atribuídas a essas figuras. Somente a partir da análise é possível compreender se derivam dessas funções especiais deveres que compatibilizam-se com as previsões do Código Penal; ainda, deve-se nesse momento compreender se esses especiais deveres permitem a delegação de suas funções a outros – em especial inferiores hierárquicos.

Para responder a esses questionamentos, em um primeiro momento expor-se-á quais posições dos administradores de Sociedades Anônimas poderiam ensejar a responsabilização; nesse ínterim, utilizam-se construções doutrinárias que consideram a responsabilidade penal dos administradores. Após elucidar acerca dessas atividades e funções, serão essas questões cotejadas com o artigo 13, §2º, do Código Penal, a fim de compreender se os filtros interpretativos contidos nessa norma correspondem às condutas elencadas doutrinariamente como critérios para a indicação de posições de garantia.

2.1 OS DIRIGENTES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E AS FUNÇÕES APTAS A ENSEJAREM RESPONSABILIDADE PENAL POR COMISSÃO POR OMISSÃO

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) indica, em seu artigo 138, que a administração da empresa estará disposta no estatuto, competindo à diretoria somente ou à diretoria e ao conselho de administração – sendo este último obrigatório caso seja a

companhia de capital aberto ou autorizado.¹ Cada um desses órgãos possui atribuições distintas e competências igualmente dissonantes atribuídas a seus membros, o que faz necessário repartir a compreensão desses órgãos.

Quanto à diretoria, é ela considerada o “órgão de representação e gestão das sociedades por ações, competindo a seus membros dirigir a empresa geri-la internamente e representá-la, privativamente, em todos os atos e negócios praticados com terceiros a ela externos”², de modo que, por não ser uma instituição colegiada, cada diretor recebe uma função própria e individual. Todavia, é comum aos diretores as funções de estruturação e execução da gestão da empresa, assim como determina a Lei das Sociedades Anônimas que o estatuto social indique quais são as atribuições de cada diretor – tendo, cada um, responsabilidade pessoal por sua própria atribuição – e se existem decisões que podem ser tomadas colegiadamente. Podem ser eles estatutários, isto é, eleitos legalmente como administradores da companhia, ou celetistas, contratados pela sociedade anônima;³ para fins deste trabalho, dispensam-se os diretores que são contratados para administrar a companhia, e sim aqueles que qualificam-se como administradores das empresas e são eleitos para desempenharem a função de diretoria.

Por outro lado, existe a possibilidade de estarem inseridos nas Sociedades Anônimas os membros do Conselho de Administração; quando existente nessa classe de empresas, qualifica-se ele enquanto órgão colegiado – isto é, no qual as decisões qualificam-se através da maioria de membros ou por quórum outro que esteja determinado pelo estatuto da S.A. – cujos membros são eleitos. Estão suas atribuições previstas no artigo 142 da Lei 6.404/76⁴, atribuições estas, entretanto, que cingem-se a

¹ Cf. BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 12 jan. 2022.

² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 177.

³ *Ibidem*, *idem*.

⁴ Ricardo Negrão sintetiza que “Nas sociedades em que for constituído, o conselho de administração deve dividir suas funções com uma diretoria e terá como atribuições (art. 142): a) fixar a orientação geral dos negócios da companhia; b) eleger e destituir os diretores da companhia e estabelecer-lhes as tarefas, observado o que a respeito dispuser o estatuto; c) fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em vias de celebração e quaisquer outros atos; d) convocar a assembleia geral quando julgar conveniente ou no caso do art. 132; e) manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; f) opinar previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; g) deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; h) autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; i) escolher e destituir os auditores independentes, se houver.” In: NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário, vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 484-485.

supervisionar as atividades de gestão dos diretores. Dessa maneira, não teria tal órgão, como ratifica Estellita, envolvimento com a administração diária ou gestão direta dos negócios ao qual submete-se a companhia; unicamente pode-se responsabilizar aos membros do conselho, nos dizeres da autora, quando eles recebem competências diretamente atreladas ao cargo que exercem dentro do órgão – situações muito específicas dentro das competências limitadas do Conselho.⁵ Apesar de a análise precisar ser mais detida sobre o tema, não é a ele que dedica-se.

De forma específica, procura-se, aqui, somente trabalhar com os dirigentes da Sociedade Anônima que controlam, de forma direta, a direção da empresa e a gerem internamente. Isso porque interessa, aqui, compreender de que modo as funções dessas figuras de dirigentes podem ser consideradas enquanto deveres especiais aptos a ensejarem a responsabilização penal por comissão por omissão, a fim de compreender, em um último grau, se a delegação de deveres se encontra dentro do rol de posições de garantia – mesmo que, para tanto, geralmente soma-se à omissão a atuação de outros agentes⁶.

Consoante Silva Sánchez, os administradores das pessoas jurídicas manifestam suas funções sobretudo por dois planos distintos, consistentes na evitação de resultados lesivos internos da empresa – isto é, delitos cometidos na empresa, denominando-se, comumente, garante de proteção – e na evitação de resultados lesivos a terceiros através da empresa ou de seus encarregados – ou seja, delitos cometidos pela empresa e por terceiros, denominado pelo autor como garante de controle.⁷ Por outro lado, Schünemann destaca que em crimes relacionados a empresa – internos ou externos – a posição de garantia dos superiores empresariais é oriunda do dever de vigilância sobre uma fonte de perigo que é a própria atividade empresarial – ou, em outros termos, seria a empresa em

⁵ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 180-192.

⁶ Nesse sentido, Eduardo Demetrio Crespo ressalta que a criminalidade empresarial se subdivide em três principais planos, quais sejam o da responsabilidade dos subordinados, da responsabilidade dos cargos intermediários e da responsabilidade dos diretores da empresa. Para maiores informações, leia-se: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: SERRANO-PIEDecasas, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial COLEX, 2008, p. 62.

⁷ Leia-se em SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 80-119.

si a própria fonte de perigo que, por ser controlada pelos dirigentes, confere a eles especiais deveres.⁸

Estellita, por seu turno, com base nos estudos de Roxin e Schünemann, ressalta a existência de duas modalidades de garantia aptas a gerar a equiparação entre a omissão e a comissão: quando se assume função de proteção de bem jurídico desamparado ou quando se assume função de vigilância sobre certa fonte de perigo.⁹ Disso derivam uma série de espécies de garantidores, que "muito embora não forneça fundamentação autônoma, a classificação evidencia o sentido, a direção, dos deveres do garantidor, e, conseqüentemente, a função (daí a denominação de divisão funcional) atribuída a seus titulares (...)"¹⁰; assim, os garantidores de proteção defenderiam o bem jurídico dos perigos que os ameaçariam, ao passo em que os garantidores de controle assegurariam que a fonte de perigo sob sua responsabilidade permaneça nos patamares permitidos e, caso ultrapasse os limites, atuarem para evitar danos a terceiros.¹¹ Ademais, são também consideradas como classes de garantidores aqueles que assumem os deveres de proteção e de vigilância de outros, de modo que assumir a garantia por assunção pressupõe "que a entrada na esfera de responsabilidade do agente seja fática e real, gerando para o titular do bem jurídico ou para o garantidor originário (em caso de delegação) a redução das medidas de proteção ou vigilância"¹².

Dessas considerações, a autora assemelha sua posição à adotada por Silva Sánchez, visto que agrupa a responsabilidade dos dirigentes por crimes praticados por membros da empresa contra terceiros – ou seja, nas situações em que a posição de garantidor deriva do controle sobre o subordinado – ou praticados pela própria empresa – em que a posição de garantia consistiria na função do dirigente, de controle sobre determinada fonte de perigo.¹³ No que diz respeito à primeira, devido à complexificação das estruturas empresariais, existirão deveres de ação direta (delegados aos mais baixos níveis hierárquicos), deveres de direção e controle (pertencentes aos níveis intermediários) e deveres de organização (globalmente localizados e no mais alto nível de hierarquia); assim, uma desorganização empresarial fundamentaria a equivalência da

⁸ Veja-se SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. **Derecho Penal y Criminología**, Navarra, v. 25, nº 75, jan./dez. 2004, p. 22-24.

⁹ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 89

¹⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 95.

¹¹ Ibidem, p. 95.

¹² Ibidem, p. 103.

¹³ Ibidem, p. 108-109.

ação à omissão, evitando que a responsabilização penal limite-se ao baixo clero da hierarquia.¹⁴

No que concerne ao segundo elemento, a noção de fonte de perigo sob responsabilidade dos diretores subdivide-se em objetos, pessoas, relações de objetos e pessoas e a ingerência do diretor; embora a responsabilidade penal pelo produto aqui esteja inserida, não será aprofundada a função do dirigente e o seu dever com relação a essa fonte de perigo, e sim na classe de pessoas como fontes de perigo. Seguindo os ensinamentos de Roxin, derivaria a função de garantia somente diante de riscos relacionados ao exercício da atividade empresarial, limitado por dois fatores: o pressuposto do direito de direção ou da faculdade de direção, pressupostos que devem ser exigidos também

(...) daquele que recebe um âmbito de tarefas e atividades por delegação, caso em que a delegação das atividades de vigilância do garantidor originário deveria incluir também a delegação do correlato direito de direção, pena de não se constituir o delegado em garantidor.¹⁵

Ao tratar especificamente dos membros da diretoria, a autora ressalta que são eles garantidores originários de vigilância, de modo que, por ser a regra a tomada de decisões e o desempenho das funções a partir de uma competência individual e autônoma, não se poderia falar em dever de garantidor quando a atuação perigosa para bens jurídicos dá-se em outros departamentos que não aquele sob sua batuta. Todas essas competências individuais estariam não só previstas no estatuto ou no ato do conselho de administração, como também poderiam ser modificadas pela eleição ou destituição pela assembleia geral (não existindo conselho de administração); isso gera, contudo, importante distinção entre diretores estatutários e celetistas: enquanto os primeiros seriam garantidores originários, os segundos portar-se-iam como garantidores derivados, cujo fundamento para a posição de garantia é a de assunção.¹⁶

¹⁴ Ibidem, p. 112. Frise-se que a esse modelo de imputação de responsabilidade a autora esboça uma série de críticas, sobretudo no que diz respeito ao fato de a posição assumida pelos diretores ensejar, por si só, uma responsabilidade; apesar disso, ressalta Estellita que “a existência de uma relação hierárquica, de um poder diretivo ou de intervenção nas mãos dos superiores é relevante para determinar a possibilidade jurídica de atuação no sentido de agir para evitar o resultado imposto ao garantidor”, sendo o controle sobre pessoas autorresponsáveis, contudo, reduzido, assim como a pena do garantidor. In: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 117.

¹⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 120.

¹⁶ Ibidem, p. 177-179.

Nesse ínterim, dividem-se em quatro os grupos de casos em que haveria a responsabilidade dos diretores: (a) quando a gestão e execução das atividades dos membros da diretoria for departamentalizada, mas as decisões tomadas em conjunto, a responsabilidade será de todos, devendo o administrador intervir perante sinais de atuação criminosa; (b) se há um diretor com a função de coordenar o trabalho dos departamentos dirigidos por outros administradores, é sua a responsabilidade de cuidar para impactos negativos ocorram; (c) diante da interdependência parcial entre diretorias no que diz respeito às funções e atividades, é dever recíproco dos diretores de supervisão do risco; ou (d) caso todos os casos sejam delimitados e independentes, não há dever de intervenção em outros departamentos. Em todos os casos, a intervenção estará balizada pela possibilidade jurídica e capacidade real de atuação.¹⁷

Demetrio Crespo, por seu turno, ao tratar do artigo 11 do Código Penal Espanhol, destaca que a norma provê uma referência tipológica que restringe o âmbito das omissões típicas, isto é, estabelece parâmetros restritivos que, caso não cumpridos, implicam na ausência de omissão penalmente relevante. Assim, tratando-se da posição de garantidor dos empresários, ocupa-se o Direito Penal do princípio da responsabilidade por atos próprios, da conformidade ou não de ações perigosas – ou seja, além da permissão do Direito – antecedentes ao dano, da relação entre dever de garante e dever de cuidado devido à natureza do risco ou da delegação de funções.¹⁸

Compreendido como a doutrina manifesta-se acerca das funções dos administradores diretores, indicando situações em que seria possível a responsabilidade dessa classe diretiva, imprescindível que se volte a atenção para os filtros interpretativos expostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que são eles que estão aptos a identificar deveres específicos que essas figuras possam assumir.

2.2 AS FUNÇÕES DOS ADMINISTRADORES DIRETORES E A FILTRAGEM DO ARTIGO 13, §2º, DO CÓDIGO PENAL

Como adiante será explicado, as funções dos dirigentes são analisadas sob a luz da equivalência significativa, de modo que o artigo 13, do Código Penal pátrio “deve ser analisado à luz da semântica do uso, de nossas práticas sociais, sempre com referência ao sentido da conduta esperada, de forma a superar a teoria da equivalência dos antecedentes,

¹⁷ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 179-180.

¹⁸ Nesse sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante...* op. cit., p. 69.

que é demasiado pobre para delimitar com um mínimo de garantias”¹⁹; assim, serve ele não como expressão pura das posições de garantia, e sim limites, referências, uma filtragem para aduzir se é ou não cabível tratar de omissão em certo contexto.²⁰ Ao todo, três são as hipóteses atribuídas na lei²¹: a pessoa que por lei tenha obrigação de cuidado, dever ou vigilância; a pessoa que assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a pessoa que, através de comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Quanto ao primeiro grupo de hipóteses legalmente determinado, referem-se os casos às situações “em que o comando legal emerge da lei de forma abstrata e deriva da função social exercida pelo agente ou a relação juridicamente reconhecida (...) que tenha a pessoa em face do objeto de proteção jurídica”²². Nesse sentido, trata-se de situação em que seja possível extrair do sistema jurídico as obrigações imputadas a uma pessoa de cuidado, dever ou vigilância. No segundo conjunto de deveres específicos suscitados pelo ordenamento encontram-se os cenários em que alguém assume a responsabilidade de impedir o resultado. Tais hipóteses não se restringem, somente, a contratos, como a tradicional doutrina suscitava, mas sim adentram no que Muñoz Conde delimita como sujeitos com especial vinculação ao bem jurídico protegido.²³

A última gama de deveres específicos possíveis trata do dever de controle de riscos, reconhecidamente a ingerência; são as hipóteses em que o comportamento anterior gerou risco para a ocorrência de resultado. Diante desses fatos, o primeiro passo que deve ser tomado é: de que maneira se limita a responsabilidade pela criação do risco, ou, ainda, se pode outra pessoa ser responsabilizada não tendo sido a criadora do risco, mas sim sua incrementadora? Em resposta a essa questão, Busato indica:

Do mesmo modo, em um primeiro momento, em que o que se analisa é meramente o tipo de omissão, ou seja, a relação entre o sujeito e o risco criado ou incrementado de violação do bem jurídico, não é o caso de analisar a presença ou ausência de compromisso de produção do resultado, ou de falta de dever de cuidado. Basta que haja relação causal.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 223

²⁰ *Ibidem*, p. 224.

²¹ “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. (...) § 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.” In: BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Setembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**... op. Cit., p. 225.

²³ Leia-se MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 245-246.

O dever de atuação para evitar o perigo deriva, pois, de ser a pessoa a única que domina os meios de controle do risco e não precisamente porque tenha atuado no sentido da criação da situação arriscada. Na verdade, a situação de risco prévia pode ser derivada, inclusive, de uma outra omissão do autor, como exemplifica Figueiredo Dias (...)²⁴

A existência desses filtros promove consideração inarredável, de que os deveres especiais que permitem a criação de uma posição de garantidor estão submetidos a uma filtragem legal; isso significa que a punição de um agente por deveres que não derivem de qualquer uma das hipóteses legalmente descritas ou contextualmente a elas relacionadas implica grave ofensa ao princípio da legalidade.

Pois bem, aqui recortam-se como deveres específicos aptos a ensejarem a responsabilização do dirigente aqueles que dizem respeito (a) ao dever de controle de um risco permitido para que permaneça em patamares seguros e das ações aquém da permissão para que retornem a ela antes da promoção de danos²⁵, (b) ao dever de cuidado, proteção e vigilância; (c) ao dever de controle da fonte de risco que é a empresa; e, enfim, (d) ao dever originado em razão da delegação de funções.

Quanto ao grupo “a” de hipóteses, estariam elas sobretudo firmadas em um dever de vigilância como consequência do cargo ocupado, a fim de que vigie-se e controle-se pra manter o risco dentro dos parâmetros permitidos. Heine, por exemplo, sustenta que somente haverá responsabilidade penal empresarial por omissão imprópria diante do dever de controle de fontes de perigo típicas e particulares de determinadas empresas e processos produtivos, de modo que a responsabilidade penal estaria mais próxima da direção da empresa quanto menos localizável fosse. Critica-se essa abordagem por Rosch, quem indica que cada vez menos os riscos podem ser localizados na complexidade organizacional existente.²⁶ Parece ser parcialmente correto inserir esse grupo de hipóteses como pertencente à filtragem promovida pelo artigo 13, do Código Penal.

Isso se dá por duas razões. É possível que se impute a um dirigente, em razão do dever de vigilância e controle aduzido pela própria função, os riscos que determinadas atividades dentro da empresa promovem. Há, enquanto um controlador geral da companhia, o dever de zelar e vigiar as atividades desempenhadas dentro dela a fim de

²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. Cit., p. 226.

²⁵ Nesse sentido, BOTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 171, n. 28, set. 2020, p. 138 e ss.; e DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. cit., p. 69.

²⁶ Comentando o tema, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión de los directivos de las empresas. In: PREDA DEL PUERTO, Ricardo (coord.). **Apuntes de Derecho Penal Económico**, vol. 3. Assunção: ICED, 2013, p. 211.

que estejam dentro dos parâmetros necessários pela realidade e pelo negócio ao qual submete-se a empresa. Em segundo plano, porém, impossível considerar que todos os dirigentes serão responsáveis a todo momento por todos os riscos que possam originar da atividade que desempenham: não parece certo que um dirigente, por exemplo, incumbido da tarefa de controle dos funcionários tenha como dever específico o controle da garantia do maquinário de sua fábrica, que estaria a cargo de outro dirigente. Nesse caso, a filtragem dá-se de uma maneira localizada e que leva em conta, de fato, as diretrizes da legislação criminal, geralmente ocorrendo perante o dever de vigilância do controlador.

O grupo “b” caminha em sentido semelhante a esse elencado supra: o dever de controle, vigilância e proteção assumido pelos dirigentes é oriundo do domínio que exerce ele sobre coisas móveis e imóveis que, eventualmente, podem ensejar danos a terceiros, controlando-os e mantendo-os dentro dos parâmetros legalmente aceitáveis.²⁷

O conjunto “c” de hipóteses trata da empresa como fonte de risco em si mesma, seja pelas atividades que desenvolve – e que potencialmente apresentam-se enquanto perigosas e podem ensejar em danos a terceiros –, seja pelos produtos que desenvolve. Parte considerável da doutrina²⁸ afirma que é o administrador responsável não só pelas atividades desenvolvidas na empresa, por empregados, que possam culminar em danos a terceiros, como também pelas atuações da empresa. A segunda parte dessa questão deve ser analisada mais detidamente – uma vez que, inclusive, em um panorama de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica são os dirigentes responsabilizados em conjunto com a empresa por atuações dela –, porém, quanto à primeira parte, parece estar ela de acordo com o princípio da legalidade, visto que, além do dever de vigilância e do dever de controle, aparecem, aqui, deveres como a responsabilidade de impedir o resultado, derivada da função de controle da atividade empresarial.

Enfim, o grupo de casos “d” é o que mais interessa para fins desse trabalho; a delegação de funções dentro de uma Sociedade Anônima pelos diretores não só é possível, como também esperada. Consoante a lição de Venosa e Rodrigues,

É lícito aos diretores constituir mandatários, observados os limites de suas atribuições e poderes. Os poderes ou atos que os procuradores poderão praticar, bem como a duração do mandato, devem vir expressamente especificados no instrumento de mandato e, sendo mandado judicial, poderá ser por prazo indeterminado.²⁹

²⁷ Nesse viés, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 100 e ss.

²⁸ Leia-se ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 130;

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 198.

Essa delegação de funções originariamente de competência da diretoria também podem estar previstas no próprio Contrato Social que constitui a Sociedade Anônima e através de documentos outros, tais quais organogramas. Estellita ressalta que é a delegação instrumento para cumprir satisfatoriamente determinadas funções dentro da sociedade, razão pela qual é lícita e ocorre correntemente.³⁰

Mesmo sendo função possível do(s) dirigente(s) da Sociedade Anônima, haveria, nessa situação, possibilidade de responsabilização, considerando que os deveres especiais incumbiriam, a partir da delegação, a outros indivíduos? A resposta para essa pergunta não se centra nos deveres delegados, e sim naqueles que remanescem por força da delegação e por força da função, consistentes na vigilância e atuação do diretor diante da possibilidade e da verificação da lesão.

Antes de dar essa resposta em definitivo, porém, deve-se dar um passo para trás: não é possível falar em uma responsabilidade pautada unicamente em deveres e em uma posição de garantia, é preciso ir além; isso significa que a posição de garantidor por si só não é apta para sustentar a condenação de um indivíduo, o que resultaria em uma responsabilidade penal meramente objetiva. Não se pode ignorar que esse dever deve estar conjugado com uma norma descritiva proibitiva, afinal, a omissão imprópria só pode ser abraçada enquanto tal em um contexto de significação linguística e deve respeitar o princípio de legalidade enquanto dimensão limitadora da punição.³¹

Por isso, destina-se o capítulo posterior a compreender o porquê de ser imprescindível a adoção da teoria significativa da ação para poder, enfim, falar da responsabilidade dos diretores, abandonando as teorias da posição de garantidor.

³⁰ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 128.

³¹ Leia-se em BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 224-225. Serão essas considerações adiante realizadas com maior aprofundamento.

3 A EQUIVALÊNCIA ENTRE AÇÃO E OMISSÃO

Para pensar o instituto da comissão por omissão – tema truncado e de trato complexo na maior parte das formulações penais –, a doutrina penal debruçou-se sobre ele de modo bastante detido, almejando compreender de que maneira pode-se punir – e se pode-se punir – aquele que se abstém de agir diante de uma situação em que poderia, abstenção esta que culmina no preenchimento de um tipo comissivo, de ação. É diante desse panorama que os teóricos, adeptos às diversas teorias do delito, centraram seus esforços, cada um buscando adequar esse instituto não só às suas estruturas sobre o crime, como também aos princípios estruturantes do Direito penal.

Destarte, múltiplas são as soluções ofertadas e as teorias elaboradas. É por isso que o presente capítulo constitui-se parte estrutural essencial do trabalho; afinal, a fim de compreender a possibilidade ou não de responsabilidade de um administrador por comissão por omissão, imprescindível não só saber em quais hipóteses subsiste sua possibilidade, como também sobre quais fundamentos considera-se a própria comissão por omissão. Assim, discorre-se, inicialmente, sobre os motivos que levaram os juristas a debruçarem-se sobre o assunto, abordando as concepções cunhadas primordialmente para tratar da omissão imprópria, perpassando as teorizações de Kaufmann e Schünemann – amplamente utilizadas pela doutrina – até atingir o marco dessa monografia: a obra do professor Vives Antón. Nesta, o autor apresenta uma superação da perspectiva cartesiana que permeia a maior parte das teorias acerca do tema, pautando-se no princípio da legalidade e em uma equivalência significativa entre ação e omissão para tratamento do assunto – motivo pelo qual toma-se este como o título do capítulo.

Saliente-se, por oportuno, que não é o objetivo deste trabalho esgotar todas as vertentes doutrinárias que conduziram teorizações a respeito do tema, muito menos abarcar a totalidade complexa da teoria significativa desenvolvida pelo professor Vives, devido à amplitude e complexidade do tema. Por isso, adverte-se, a concepção significativa será, aqui, adotada como pressuposto e como forma de superação da teoria do garantidor como fonte de toda a discussão a respeito da omissão imprópria, já que insuficiente desde um ponto de vista do princípio da legalidade. Para entender as ofensas principiológicas derivadas das teorias do garantidor, bem como para assentar a opção escolhida, breves e sintéticos apontamentos sobre as demais matrizes teóricas fazem-se necessários.

3.1 POR QUE PUNIR POR COMISSÃO POR OMISSÃO? A GÊNESE DA DISCUSSÃO E PONDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS INICIAIS

Falar sobre a construção de conceitos dentro do Direito penal significa, acima de qualquer coisa, falar sobre construções de modelos teóricos relacionados a matrizes filosóficas e sociológicas que permitem, desde a adoção de conceitos e de métodos, a elaboração das noções estruturadoras de certas teorias³². Não poderia ser diferente com a omissão imprópria: o percurso transcorrido até que o tema da comissão por omissão fosse tratado significativamente é árduo e origina-se em discussões a respeito da própria ideia de ação, filosófica e juridicamente abordada.

Justamente por serem diversas as concepções acerca da teoria do delito e, conseqüentemente, referentes à omissão e suas desinências, duas grandes observações devem ser aqui marcadas. A primeira delas é a de que tratar da evolução da ação e da omissão é falar de mais de um século de escritos e obras densas, assunto amplíssimo; é por isso que, apesar de perpassar por vezes o conceito de ação, será ele somente pincelado, dando enfoque às razões que conduziram à punição da omissão. Isso conduz à segunda observação: nesse capítulo, por almejar-se compreender como o instituto da comissão por omissão ganha espaço na seara doutrinária, é somente de maneira breve que voltam-se os holofotes para parte das considerações dogmáticas realizadas no período anterior à formulação da teoria do garantidor na comissão por omissão.

Em primeiro plano, importa ressaltar que antes de o instituto da omissão imprópria ter seus preceitos reguladores incluídos na parte geral dos diversos códigos penais e serem as teorizações acerca dele formuladas – o que ocorreu a partir dos anos 60 –, já era sua existência doutrinariamente admitida. Isso porque inúmeros casos – especialmente o paradigmático exemplo da mãe que não alimenta seu filho recém-nascido e, por isso, o infante falece devido à inanição – mostravam-se relevantes para a doutrina penal, tendo em vista a grave aflição a bem jurídico digno da tutela penal.³³

³² É nesse sentido que Martínez-Buján Pérez destaca que a ciência penal tem como característica precípua a elaboração dos fundamentos de seu sistema correlacionadas às matrizes filosóficas preponderantes em cada período histórico - relacionado ao desenvolvimento gradual do Direito penal. Veja-se MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A concepção significativa da ação**: T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

³³ Nesse ínterim manifesta-se LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. **Revista Libertas**, nº 6, jul. 2017, p. 150-151.

Ocorre que, inobstante a relevância desses casos devido à grave aflição do bem jurídico, configurando-se como socialmente intoleráveis, ainda assim não existiam respostas jurídicas híidas o suficiente para a responsabilização penal dos indivíduos. Tal condição origina-se dos esforços das teorias voltados à sedimentação do supraconceito de ação enquanto base do sistema de imputação da teoria do delito³⁴, influência esta derivada do positivismo científico, que almejava alçar o Direito e a produção nele desenvolvida a uma categoria de ciência.³⁵

Dessa maneira, a omissão e a ação estariam ambas atreladas a um supraconceito de ação, proveniente de um ontologicismo consistente na consideração da ação como elemento pré-jurídico, o que já inclui, em si, condutas valoradas positiva, negativa ou neutralmente, restando ao operador do Direito sua mera análise³⁶. É por sua matriz positivista que empresta-se o conceito da física newtoniana para a compreensão dessas duas desinências do supraconceito de ação: a ação como mudança no mundo exterior relacionada à vontade do homem, ou seja, voluntariamente causada ou voluntariamente não impedida (relação causa-efeito proveniente de única fonte)³⁷; a omissão como a não realização de determinado ato esperado^{38,39}.

³⁴ Conforme BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**: uma Análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9-11.

³⁵ A escola do Positivismo teve como seu precursor Auguste Comte, com um objetivo primeiro de desenvolver uma ciência que se afastasse de critérios meramente metafísicos, aproximando-se, no âmbito das ciências sociais, dos métodos que regem as ciências da natureza – o que configura a chamada “lei dos três estados”, i.e., um afastamento da teologia e da metafísica para atingir a positividade do cientificismo. Destarte, seria o método pautado na observação dos fenômenos e, destes, a formulação de uma teoria capaz de explicá-los, ignorando-se o conhecimento incapaz de ser comprovado e todo o conhecimento que abrigue, para a construção da teoria, valorações. Para um maior aprofundamento sobre as questões, leia-se COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; catecismo positivista**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 3 e ss. Também nesse sentido, ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 46 e ss.

³⁶ Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 11.

³⁷ Cf. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 194-197.

³⁸ É o que o autor supra referenciado destaca, ao indicar que “[...] a idéia da omissão exige uma nova e essencial limitação: Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma acção determinada e *esperada*. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma cousa*, e, na verdade, o que era esperado”. Ibidem, p. 208.

³⁹ Fazem coro a esse posicionamento, com modificações mínimas, Ernest von Beling e Gustav Radbruch – este em seus primórdios teóricos; Beling recorre a conceitos como a distensão ou contração dos músculos para afirmar uma ação ou uma omissão, ao passo em que Radbruch reforça o supraconceito de ação sobre o qual devem ação e omissão estarem abrigadas. Ocorre que, levados ao cabo, convergem todos os conceitos para uma mesma conclusão: a conformidade com matrizes positivistas científicas, que consideram a ação e a omissão frutos da vontade humana interna externalizada através da voluntariedade. Para um aprofundamento a respeito do tema, vejam-se: BELING, Ernest von, **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma,

Isso significa que o pouco de que se fala a respeito da omissão não somente não descola-se da ação, e sim dela depende, tendo em vista que é tratada como sua negativa, como sua oposição. É devido a essa condição de submissão e conexão direta com outra categoria estrutural do delito que o causal-naturalismo não só não consegue explicar satisfatoriamente a existência da omissão⁴⁰, como também não difere a existência de uma omissão própria de uma omissão imprópria. As tentativas que mais se aproximam de uma fórmula de compreensão da comissão por omissão estão a cargo de Adolf Merkel, que pretende demonstrar que são os delitos de omissão imprópria comissivos a partir da estrutura da relação causal, escorando-se em uma concepção de ação precedente⁴¹, a qual pautar-se-ia na ideia de que essa forma de omissão vulneraria uma proibição, expressa na ação antecedente que levou à omissão.

Todavia, de maneira diferenciada dos demais, Karl Binding desenvolve, a partir de seus postulados relacionados à teoria da norma⁴², uma concepção diferenciada da comissão por omissão. Sobre suas perspectivas, destaca-se que a divisão entre a omissão própria e a imprópria seria possível na medida em que a primeira não teria consequências reais sequer ante sua consumação, enquanto a segunda teria não só consequências reais quando consumadas, como também destoaria da primeira ao ofender exclusivamente normas proibitivas⁴³. Ademais, caracterizar-se-ia a comissão por omissão tanto por não poder se afastar de um dever positivo – relevante de uma condição causal –, quanto por cumprir o papel pré-jurídico de conversão em ação algo que, em si, não o poderia ser⁴⁴.

Apesar disso, não há um desenvolvimento mais expressivo a respeito da omissão imprópria, esbarrando as teorizações quanto à comissão por omissão em insanável lacuna referente ao princípio da legalidade – isso quando ocorrem, ou seja, somente nos postulados de Binding e em Merkel. Isso porque, mesmo que considerado o tema de suma

1955, p. 17-22; RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 100; e ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 50 e ss.

⁴⁰ Nesse sentido posicionam-se BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 12 e ss.; ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p.

⁴¹ É o que manifesta KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. 2ª ed. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 254.

⁴² Nele, segundo o professor Vives, dividem-se as normas entre as de proibição – identificadas como normas de ação, já que não permitem ao agente agir de determinadas formas – e as de mandato – qualificadas como normas de omissão, já que obriga-se o agente a agir e este não age. Leia-se VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 586.

⁴³ *Ibidem*, p. 587.

⁴⁴ *Ibidem*, *idem*.

importância, ainda o instrumental teórico-filosófico e técnico-jurídico não cumpria com os requisitos determinados pelo princípio da legalidade.

Essa problemática supra é analisada em sede doutrinária, sendo alvo de críticas contundentes de Radbruch, por exemplo, quem aponta a impossibilidade do conceito criado por von Liszt ao considerar comissão e omissão indissociáveis⁴⁵. Nesse sentido, Vives Antón sintetiza a crítica a esse pensamento esboçado já em Radbruch, salientando que Liszt, ao considerar a ação (enquanto supraconceito) como causa voluntária ou não impeditiva de um resultado externo, que exige modificação no mundo exterior – perceptível pelos sentidos e cuja origem dá-se na manifestação de vontade como causa –, geraria um paradoxo insanável para a omissão. Isso porque questiona-se, ao considerar a omissão enquanto algo com objeto totalmente distinto da ação – já que qualificada como movimento corporal imaginado e de resultado potencial –, como pode-se cometer algo por omissão, visto que pela omissão só se omitiria e não se cometeria? Trata-se, como apontado pelo professor espanhol, de uma impossibilidade conceitual, originada no fato de a omissão ser, por um lado, pautada em uma não ação, e, por outro, independer do pressuposto de causalidade.⁴⁶ Evidentemente, se sequer pode a omissão em sua forma própria ser considerada, a explicação da omissão imprópria não enfrenta mais que impossibilidades derivadas.

Tendo em vista essas problemáticas e a insuficiência teórica do causal-naturalismo, o neokantismo passa a defender uma abordagem normativa-ontológica⁴⁷, da qual derivaria um supraconceito de ação, subdividido uma ação em sentido estrito e uma omissão, cuja unidade dar-se-ia por serem elas orientadas por uma vontade e direcionadas a um fim socialmente conformado⁴⁸. Entretanto, novamente, as teorizações fracassam em conseguir aferir responsabilidade jurídico-penal aos autores da comissão por omissão.

⁴⁵ O autor faz duas críticas contundentes a respeito da teoria por ele antes defendida. A primeira delas refere-se ao fato de que não é todo o movimento corporal de uma pessoa que origina-se de sua vontade – a exemplo dos atos reflexos –, conduzindo à conclusão de que, por mais que não deva o elemento volitivo estar presente na análise do crime, deve-se ao menos estimar sua existência prévia. Por outro lado, considerando essa existência prévia de uma vontade, assume o autor que existem momentos em que ela impele o indivíduo a abster-se de agir, passo que conduziria a uma diferença entre ação e omissão – não abarcada por um supraconceito ou pelas formas destacadas pelo autor. Mais informações podem ser encontradas em RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción...** op. cit., p. 158-162.

⁴⁶ Assim resalta VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 584-585.

⁴⁷ Valorizando-se não só a vontade do legislador como sustentáculo do Direito penal, mas também a importância do reconhecimento de que a lei converter-se-ia em direito quando nela inserida valor maior de justiça. É o que destaca BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 12.

⁴⁸ Cf. lê-se em MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 195: “Pero esta aguda deducción olvida que el hacer y el omitir punibles no sólo son conceptos contradictorios de un suceder externo, sino también conceptos referidos a un valor”; Tradução livre: “Porém essa dedução

Dá-se isso pois Mezger, principal expoente da teoria, considera que a comissão por omissão estaria distante da questão da causalidade na omissão, e sim próxima da ação enquanto ação esperada, sendo causal com relação ao seu resultado – ou seja, ao invés de referir-se a uma omissão, referencia-se o delito a uma ação esperada positiva (que também seria exigida) e seu resultado⁴⁹. Seria, desde todas essas considerações, a omissão impropria fundamentada por uma antijuridicidade material, adotando-a como tal nos casos em que da infração de um dever jurídico específico é possível equipara-la à comissão⁵⁰. Ocorre que ao assim tratar a omissão imprópria, deslocam-se os problemas anteriormente equilibrados na ação para o campo da antijuridicidade de determinado fato delituoso, de modo que não somente recorre-se a um comportamento típico de caráter geral, e sim a um tipo específico realizado, ou seja, conduz à teoria já fracassada de que a omissão imprópria não realiza o mesmo tipo que a omissão⁵¹.

Diante desses fracassos sucessivos e da insuficiência teórica acima exposta, Armin Kaufmann, teórico finalista, recorre à teoria do garantidor – já formalmente encarada em deveres de garantidor por autores no século XIX⁵² – como fonte da discussão sobre a omissão imprópria, a fim de tentar sanar as incompletudes e as deficiências da legalidade. Essa tentativa – como adiante desvelar-se-á –, apesar de configurar-se como solução também defeituosa, passou a ser abraçada pela maioria da doutrina, sendo, inclusive, aprimorada por Schünemann.

rigorosa esquece que o fazer e o omitir não são somente conceitos contraditórios de um suceder externo, como também referem-se a um valor”. Também nesse sentido, ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p. 57.

⁴⁹ Ibidem, p. 278.

⁵⁰ Consoante KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos...** op. Cit., p. 257. Diante dessas considerações, Mezger sustenta a omissão imprópria em dois pressupostos fundamentais: os deveres de garantia – ditados por lei, por especial aceitação (negócio jurídico) e por ação precedente criadora de risco – e a possibilidade indispensável de o sujeito agir para a não ocorrência do resultado e a hipótese de que, agindo, esta ação influenciaria o resultado. Leia-se em MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho...** op. cit., p., p. 279; 281-291.

⁵¹ Leia-se KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos...** op. cit., p. 272.

⁵² O precursor dessa teoria em sede do Direito penal é Feuerbach, que pensou os deveres de garantidor como fundados na existência de especial fundamento jurídico derivado de uma obrigação de especial dever de cuidado, consubstanciado na lei e no contrato, somada, em momento posterior, à ingerência e à ligação entre a ação para a evitação do resultado e esses deveres; contribuem para essa formulação Stübel, que adiciona às fontes do dever do garantidor a situação de perigo criada por ação precedente (ingerência), e Westphal, que liga os deveres de garante ao de agir para a evitação do resultado. Veja-se, para informações mais aprofundadas, FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania**. Traducción al castellano de la 14 ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 56-57; e DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 934.

3.2 A TESE DE KAUFMANN

Surge, no início da década de 30 (concomitantemente à produção neokantista), a concepção finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel, mas com a participação das obras de Maurach, Kaufmann, Stratenweth, Hirsch, Werner, Schaffstein entre outros⁵³. O escopo da escola é o de superar o neokantismo e o positivismo a partir do rompimento com a dicotomia entre ser e dever ser, ou seja, adotando um neo-ontologicismo⁵⁴, segundo o qual a existência dos fatos ocorridos na realidade torna-se estruturante para a teoria do delito, e não mais a lei.⁵⁵

Embora seja Hans Welzel expoente dessa teoria⁵⁶, é Armin Kaufmann que dá maiores contornos à temática da omissão, sobretudo em sua obra “Dogmática de los delitos de omisión” (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*). Segundo o autor, a omissão conceitua-se como relacionada ao agir final e revestida de uma causalidade potencial – já que origina-se de possibilidade de eficácia causal da vontade –, que deve necessariamente correlacionar-se com uma ação possível e uma consequência possível, determinadas por um mandato⁵⁷. Isso significa que, para além de a omissão ser considerada desde um princípio da inversão, utiliza-se a Teoria da Norma (*Normentheorie*), também desenvolvida pelo autor em outra obra, para considerar a atividade final humana como objeto do dever de mandato⁵⁸. Esse dever de mandato, contudo, não seria negativo – ante a impossibilidade, para o autor, de normas ou deveres negativos –, e sim oriundo de normas cujo conteúdo recai sobre uma ação esperada; em outras palavras, o negativo buscado no dever de mandato recai sobre o devido – a ação esperada, mas que constitui-se em omissão – e não sobre o dever⁵⁹.

⁵³ Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 15-16.

⁵⁴ Consoante ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p. 62.

⁵⁵ Segundo BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 18.

⁵⁶ Quem considera a nota distintiva da ação humana como a exata possibilidade de direcionar sua vontade a um fim, não se esgotando no exercício da atividade final, como também ante a omissão desta. In: WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: Parte General**. 11^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 50-52, 276.

⁵⁷ Leia-se em KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 66-67. Welzel escora-se nos manuscritos de Kaufmann para conceituar também a omissão; assim, ratifica o autor que a omissão não seria algo que existe em si, mas sim está condicionada à não realização de ação normativamente determinada. Veja-se isso em WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán...** op. Cit., p. 277.

⁵⁸ Veja-se KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 25. Assume-se, na tese de Kaufmann, que de um juízo de valor sobre o ato surge determinado juízo de dever, direcionado à pessoa como sujeito. Dividem-se, assim, as normas enquanto normas de mandato, definidas como “*la forma mental abstracta de la obligación jurídica de actuar en concreto*.” (isto é, as quais exigem a realização de uma ação final), e as normas de proibição, abarcadas pelo juízo de dever e que vedariam a execução de ação final.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 27-28. Comentando o tema, ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p. 195.

Por outro lado, esse mandato, concebido enquanto expressão ideal abstrata da obrigatoriedade de determinado atuar, pertenceria a uma esfera do ideal, do espiritual, e não do real; a norma seria, nesse contexto abstrato, válida sempre – o que é fruto do neo-ontologicismo finalista da obra de Welzel, na qual espelha-se Kaufmann enquanto discípulo do autor⁶⁰. Todavia, essa validade normativa perene não seria alcançável em todos os momentos concretos, tanto pela necessidade de situação de um dever que obrigue o sujeito, quanto pela presença inalienável da capacidade de ação⁶¹. É sobre essa última que dedica-se, a seguir, especial atenção, já que pilar fundamental para a estrutura da omissão imprópria nessa gramática.

3.2.1 Ontologia e capacidade de ação na omissão

Toda a teoria da omissão – seja ela própria ou imprópria – e mesmo da ação equilibra-se, para Kaufmann, sobre o conceito de capacidade de ação. Define-se o capaz de ação não nos parâmetros de Binding, de sujeito que conhece a norma e a pode observar⁶², e sim como aquele que “em determinadas circunstâncias de um momento determinado, pode levar a cabo uma ação concreta, precisamente a ação descrita abstratamente no mandato”⁶³. Cumula-se a este elemento a possibilidade de atuar finalmente, já que os mandatos – como acima destacado – pautar-se-iam na ação final enquanto objeto, o que implicaria a adoção da decisão de realizar a ação descrita na norma e a possibilidade de executar essa decisão⁶⁴.

De forma subsequente, reitera-se que na omissão a existência de uma causalidade é meramente potencial no que diz respeito ao omitente, assim como possui a omissão um substrato real, conformado com a eleição dos meios para a confecção de uma ação final.⁶⁵ Dessarte, reúnem-se requisitos para a capacidade de ação, repartidos para o aprofundamento da omissão em dois grandes grupos: a capacidade de direção final e a possibilidade física, externa e objetiva da ação.⁶⁶

⁶⁰ Cf. KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 29.

⁶¹ Ibidem, idem.

⁶² BINDING, Karl. **Compendio di Diritto Penale**. Trad. Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927, p. 168 e ss..

⁶³ Segundo KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 30.

⁶⁴ Ibidem, idem.

⁶⁵ Ibidem, p. 62.

⁶⁶ Nesse sentido, ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p. 67.

O primeiro elemento constitutivo da capacidade de ação opera sob uma base cognoscível; Kaufmann detalha que meramente com a percepção de um objetivo que se pode perceber e colocar em movimento uma ação final. Dessa maneira, o conhecimento sobre o objetivo – ou o fato de considera-lo possível – que se procura alcançar é tomado como requisito irrenunciável da capacidade de ação.⁶⁷ Situa-se tal consideração do autor em uma esfera mental e subjetiva, ressaltando-se que somente quando encontram-se as possibilidades de se praticar um ato, quando se percebe um objetivo concreto da ação, é possível a ação determinada – isto é, a ação final –, e não quando há a cognoscibilidade destacada⁶⁸. Consequentemente, sendo possível a percepção de colocar em movimento uma ação final, para que esta se concretize é imprescindível o emprego de meios adequados para a consecução do objetivo conhecido, ou seja, tão só com a eleição de vias fáticas possíveis é apropriado tratar de uma ação final. O autor sintetiza que configura-se o ato final quando, diante do saber causal possível – primeiro elemento constitutivo, acima explicado –, servindo-se dele, opera para a consecução de certos fins.⁶⁹

Em suma, parte-se a capacidade de ação em um pilar cognoscível da direção final – considerado como a direção possível verificada pelo sujeito – e um alicerce de planejamento da ação através do reconhecimento dos meios disponíveis para a realização da vontade.⁷⁰ Nas próprias palavras de Kaufmann, “quem conta com a possibilidade de realizar a ação que conduz ao fim conhecido, ou quem pode contar com tal possibilidade, é capaz de ação”⁷¹.

3.2.2 A posição de garante e a comissão por omissão

Após apontar a capacidade de ação como elemento essencial da omissão, assim como a existência de uma causalidade potencial, desloca-se a discussão para a compreensão dos critérios dogmáticos que diferenciam os delitos de omissão própria dos delitos de omissão imprópria. Para tanto, recorrendo às teorias do garantidor anteriormente formuladas – a elas adicionando um conteúdo material, como adiante se

⁶⁷ É o que vê-se em KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 61.

⁶⁸ É o que se infere do trecho do livro do autor: “En esta medida no basta, pues, requerir, con GALLAS, la cognoscibilidad del objetivo (objeto de la actividad). Bien es verdad que es posible buscar – y ello no es infrecuente – posibilidades de obrar; pero sólo cuando se las ha encontrado, cuando se ha *percibido* un concreto objetivo de la acción, se es capaz de una acción *determinada*”. Ibidem, idem.

⁶⁹ Ibidem, p. 62.

⁷⁰ Ibidem, p. 65.

⁷¹ Tradução livre do trecho “Quien cuenta con la posibilidad de realizar la acción que conduce al fin conocido, o quien puede contar con tal posibilidad, es capaz de acción”. Ibidem, idem.

desvelará –, em um aspecto dogmático busca-se comprovar se a posição de garante do destinatário do mandato poderia desempenhar função de delimitação; já por uma perspectiva ontológica, o entendimento restringir-se-ia ao fato de se essa posição de garante poderia figurar como elemento objetivo da autoria.⁷²

Inicialmente, Kaufmann argumenta que “a singularidade dogmática dos mandatos de garante reside na posição especial do sujeito do mandato, da qual flui a relação de garantia entre bem jurídico e obrigado (...)”⁷³, o que significa que seriam os mandatos de garante constituídos por normas especiais, tornando os delitos de omissão imprópria crimes especiais. Essa especialidade deriva, por um lado, da singularidade da relação entre o sujeito do mandato e o bem jurídico sobre o qual é garante, o que gera, por outro lado, uma equiparação entre omitir e impedir o resultado com a execução dele. A questão, portanto, seria axiológica relacionada à primordialidade de valoração sobre seus próprios pressupostos; nesse ínterim, frise-se que para o autor somente dessa forma seria possível conciliar a concepção da comissão por omissão ao princípio da legalidade, já que outros caminhos, sobretudo a linguagem ordinária, seriam errôneos e indignos de confiança⁷⁴.

Passa-se, dessas observações, à perspectiva ontológica do dever de garante como elemento da autoria – o que significa, portanto, que diante da posição de garantia a cumplicidade seria tratada em termos estritos de autoria. Com o objetivo de embasar essa fundamentação, cunha-se uma teoria das funções, sobre as quais a posição de garantidor ganha novo revestimento: de uma ótica meramente formalista, passa-se a adotar o garantidor e seus mandatos como materiais, ancorados em elementos pré-jurídicos. Dessa forma, afirma-se a impossibilidade de uma ação, por si só, pautar a punição e equiparar a comissão por omissão ao crime comissivo⁷⁵, assim como a impossibilidade de a lei, sozinha, servir de critério exclusivo para que sejam definidos ou não os garantidores. Em suma, a posição de garantidor torna-se astro impulsionador da responsabilidade omissiva imprópria⁷⁶, pautando-se em critérios materiais para a existência; ao todo, destaca Kaufmann a existência de dois critérios.

⁷² KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión...** op. cit., p. 282 e ss.

⁷³ Ibidem, p. 282. Tradução livre do trecho: “La singularidad dogmática de los mandatos de garante reside en la posición especial del sujeto del mandato, de la que fluye la relación de garantía entre bien jurídico y obligado; (...)”.

⁷⁴ Ibidem, p. 283

⁷⁵ Ibidem, p. 49, 289 e ss.

⁷⁶ Ibidem, p. 292.

O primeiro deles seria a imprescindibilidade do garantidor defender os perigos que eventualmente vulnerarem o bem jurídico que está sob sua guarda, ou seja, a vigilância de um bem jurídico concreto⁷⁷. Para tanto, a missão principal desse ponto seria a de proteção – relacionada a evitação desses ataques direcionados ao bem jurídico –, o que prevaleceria nas posições de garante relacionada a um preceito jurídico e com a assunção de deveres contratuais⁷⁸. O segundo deles consiste, por sua vez, na supervisão de uma fonte de perigos, diferindo da posição anterior pois, para o autor, não importam quais os bens jurídicos que estão armazenados nessa fonte. Derivam, desse pressuposto hermenêutico, duas missões: a principal, também de proteção, consistiria em tolher a fonte de perigos concreta e a segunda, de garantia, oriunda dessa questão de proteção, segundo a qual almeja-se garantir os bens jurídicos armazenados nessa fonte de perigo.⁷⁹

Destaca-se, dessas observações, que não basta para a prática dos delitos de omissão imprópria a infração de um mandato de evitação, mas sim que o indivíduo imputado esteja em uma posição de garantidor para que cometa o tipo do delito de omissão imprópria. Assim, a posição de garantia é o que faz a omissão expressar-se como omissão, desde que preenchidos os pressupostos acima destacados; afinal, nas palavras do próprio teórico:

Tampouco cabe falar, no delito de omissão imprópria, sobre a “decisão de omitir”, de “vontade de omitir” ou de omissão consciente; no aspecto subjetivo se requer o conhecimento da ação típica, ou seja, da representação da lesão do bem jurídico que ameaça produzir-se e das circunstâncias que fundamentam a posição de garantidor. (...) Não se trata de se o omitente tomou uma decisão de omitir – somente caberia falar disso em um sentido totalmente diverso do delito comissivo –, mas se o garante capaz de ação adotou (e colocou em prática), ou não, uma decisão de atuar para evitar o resultado.⁸⁰

Dessas considerações, pois, percebe-se que Kaufmann trata a participação em termos estritos de autoria em razão da posição de garantidor, a qual manifesta-se como a única possível de responder pelos danos não impedidos.⁸¹

⁷⁷ Ibidem, p. 289-290.

⁷⁸ Ibidem, p. 290.

⁷⁹ Ibidem, idem.

⁸⁰ Tradução livre do trecho “Tampoco en el delito de omisión impropia cabe hablar de ‘decisión de omitir’, de ‘voluntad de omitir’ o de omisión consciente; más bien, en el aspecto subjetivo se requiere el conocimiento de la situación típica, es decir, la representación de la lesión del bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de la posición de garante. (...) No se trata de si el omitente ha tomado una decisión de omitir – ello sólo cabría plantearse en un sentido totalmente distinto al del delito comisivo –, sino de si el garante capaz de acción ha adoptado (y puesto en práctica), o no, una decisión de actuar para evitar el resultado”. Ibidem, p. 315.

⁸¹ Ibidem, p. 303 e ss.

A saída encontrada por Kaufmann, inobstante inovadora e destoante das demais concepções acima aludidas, torna o problema da omissão imprópria seu caráter aberto, expresso no dever de garantia, o que acarreta em um déficit de legalidade⁸². Instaura-se, com isso, o que Tomás Salvador Vives Antón destaca como o paradoxo da tipicidade, visto que, utilizando a letra da lei como ponto de partida, não poderiam os tipos de comissão abranger os de omissão imprópria, já que diferenciar-se-iam eles, precisamente, no tipo de injusto.⁸³ Schünemann, nesse viés, elenca que não pode a capacidade de ação, pressuposto fundador dos delitos omissivos – isto é, a responsável por dar a eles sentido técnico-jurídico –, ser também o eixo pelo qual manifesta-se⁸⁴.⁸⁵

3.3 A PROPOSTA DE SCHÜNEMANN

A corrosão dos alicerces finalistas levou a uma guinada teórica em direção a um conjunto de teorias abraçadas pelo nome de funcionalismo. Conforme salienta Busato, tais postulados almejavam, a partir de uma inferência interna ao próprio sistema – isto é, um método indutivo –, a fundamentação material para o modelo de imputação; nesses, “os elementos componentes do conceito de crime deixam de ser autossuficientes e passam a ser funcionalizados, ou seja, passam a estar a serviço da realização de um escopo gerado”⁸⁶. Diferem as teorias, porém, na forma pela qual reconhecem as bases materiais dos elementos delitivos e também pelas funções sociais e político-criminais a eles atribuídas, apesar de buscarem a conformação dos objetivos gerais do direito penal com suas missões e funções – ou seja, há instrumentalização da teoria do delito ante elementos políticos-criminais, afastando-se a pretensa neutralidade e o pretenso distanciamento buscados pelas escolas anteriores⁸⁷.

⁸² É o que Welzel destaca, destacando que do tipo legal de comissão somente pode-se depreender a conduta típica, enquanto na comissão por omissão deveria o juiz, por si mesmo, encontrar as características objetivas do autor ante uma complementação do tipo – não abarcada na conduta legalmente tipificadas e, portanto, impossível de aplicar a pena. Nesse sentido, veja-se WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 288.

⁸³ Leia-se em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. Cit., p. 591.

⁸⁴ Conforme SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 426.

⁸⁵ Não só os pressupostos utilizados por Kaufmann ruem, como também o próprio neo-ontologicismo finalista, conforme destaca BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 170-172. A crítica também é feita por Paulo César Busato em sua outra obra, na qual afirma que a neutralidade fora espaço utilizado, consoante Monika Frommel e Muñoz Conde, para a sustentação e regimes autoritários, como o nazismo; veja-se, nesse viés, BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 72-74.

⁸⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 172.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 174.

Dentre os diversos funcionalismos destaca-se o funcionalismo teleológico – também chamado valorativo ou moderado⁸⁸, cujo expoente é Claus Roxin –, com bases sociológicas na teoria de Parsons, especialmente. Consoante tais teorizações, compreende-se a ação e a omissão como “um processo que possui caráter teleológico, ou seja, imprime aos elementos concretos uma orientação normativa, uma conformidade com as normas”⁸⁹, mas que se foca no ator individual e o desenvolvimento de suas relações sociais, cujas ações revestem-se significado dentro de um sistema cultural marcado por regras e interesses e são racionalmente considerada ao estarem conforme as normas⁹⁰.

Não obstante seja Roxin o grande nome dessa teoria funcionalista, é Bernd Schünemann, discípulo de Roxin, que melhor delinea as condições para o desenvolvimento da teoria da omissão imprópria. Ao cunhar suas considerações a respeito desse instituto, Schünemann ratifica as alegações de Kaufmann a respeito da impossibilidade de utilização da linguagem ordinária como substrato justificativo da comissão por omissão, também utilizando como artifício argumentativo a debilidade e fragilidade dela enquanto pilar material da omissão imprópria⁹¹. Acrescenta, ainda, que haveria a necessidade de criação de uma teoria estruturada sobre o princípio da legalidade, não dependendo de critérios extrapenais para firmar a responsabilidade penal de qualquer indivíduo⁹².

Devido a esses pressupostos demarcados, o autor recorre aos fundamentos comuns entre a ação e a omissão – denominadas por ele estruturas lógico-objetivas⁹³ –, i.e., pressupostos de igualdade sem os quais não se pode punir a omissão da mesma forma

⁸⁸ Cf. ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p. 87.

⁸⁹ ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. cit., p 91.

⁹⁰ É o que Parsons destaca quando fala que a “ação tem uma orientação quando é guiada pelo significado que o indivíduo lhe confere em relação a suas metas e interesses”. Tradução livre do excerto “la acción tiene una orientación cuando es guiada por el significado que el individuo le confiere en relación a sus metas e intereses”. In: PARSONS, Talcott. **Hacia una teoría general de la acción**. Buenos Aires: Kapelusz, 1968, p. 20-21. Importante ressaltar, ademais, que são as ações e as omissões abraçadas como manifestações da personalidade individual, tendo em vista que é o ser humano centro anímico espiritual da ação; significa isso que há um campo jurídico de ações e omissões, as quais, porém, valoram-se enquanto atos jurídicos de exercício valorativo ao estarem penalmente tipificadas. Nesse sentido, leia-se ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. y notas 2ª ed. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, P. 252-258.

⁹¹ É o que se vislumbra no seguinte trecho do livro de Schünemann: “Ya se señaló supra que la interpretación gramatical no basta por sí sola, porque el lenguaje común es demasiado inseguro y vacilante. (...) Aquí interesa sólo la cuestión de si ha llegado a ser viable el método gramatical, vinculado al conjunto histórico de nuestros tipos hoy sumamente abstractos. Hay de responderse negativamente.” (grifo meu) In.: SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. Cit., p. 85-86.

⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. Cit., p. 91-92.

⁹³ Ibidem, p. 93.

que a comissão. Nesse momento, a teoria desenvolve-se em nítida aproximação à teoria do domínio do fato, de Roxin; para melhor explica-la, porém, imprescindível que se abra um tópico apartado.

3.3.1 Teoria do domínio do fato e omissão imprópria

Devido a sua matriz teórica, Schünemann apela para a teoria do domínio do fato como fundamento material não só da responsabilidade penal dos delitos de comissão por omissão, como também para amparar a ação e a omissão em um substrato comum.

Para o jurista, ontologicamente a ação e a omissão não seriam em nada equivalentes, o que não impediria, contudo, a equiparação normativa de ambos os tipos sob um supraconceito. A coincidência fundamental residiria, assim como salientado por Roxin, na contenção da ação ou da omissão por uma tipificação legalmente prevista, isto é, a manifestação da personalidade do agente unicamente seria objeto de valoração possível dentro do campo do Direito desde que qualificado como ato jurídico externalizado na norma⁹⁴. Com isso, construir-se-iam as teorizações sobre uma fundação imprescindível para a compreensão da omissão imprópria: o princípio da legalidade.

Schünemann, ao expor exaustivamente sobre quais pressupostos jamais seria possível considerar a omissão imprópria, destaca a impossibilidade de trabalhar com essa categoria a partir de critérios discricionários, puramente subjetivos; serviria, assim, o princípio da legalidade como uma base objetiva e racional de compreensão da comissão por omissão⁹⁵. A consequência de estruturar o estudo dessa categoria sobre critérios legais, bem como sobre a presença de um supraconceito de ação pessoal, expressa na norma, foi a de considerar tanto os tipos omissivos próprios quanto os tipos omissivos impróprios uma mesma manifestação de um tipo total⁹⁶.

Apesar de estarem umbilicalmente ligadas, o ponto nodal da distinção entre as duas categorias como a possibilidade de equiparação ou não da omissão com a comissão; assim, seriam consideradas as impróprias como tal por sua equiparação possível com a ação, o que não aconteceria no que diz respeito às omissões próprias⁹⁷. Tal equiparação dar-se-ia desde uma concepção normativa materialmente preenchida, concebida como o

⁹⁴ Veja-se, nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General...** op. cit., p. 255; e SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. cit., p. 62 e ss.

⁹⁵ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. cit., p. 85-86.

⁹⁶ Ibidem, p. 91-96.

⁹⁷ Ibidem, p. 45.

domínio sobre a causa – ou fundamento do resultado – oriundo de uma posição de garantidor, nota distintiva entre as formas de omissão⁹⁸. A existência desse domínio sobre a causa ou fundamento do resultado é buscado, em Schünemann, no que ele denomina estruturas lógico-objetivas, cuja existência é pré-jurídica, pois tem a imputação como fundamento comum a relação entre a pessoa e seu movimento corporal, geradora de determinada causa⁹⁹.

Para sustentar a adoção desse princípio destaca-se, de pronto, que os delitos de omissão imprópria estão previstos tacitamente no Código Penal e, para tanto, aparecem somente nos casos em que é possível igualar as omissões às comissões. Essa igualdade dependeria de quais peculiaridades da ação fundamentam a punibilidade dentro da comissão por omissão, que, após análise detida, consideram-se – nos delitos de resultado – a imputação do resultado à pessoa; ou seja, o fundamento de imputação estaria necessariamente – dentro de uma perspectiva funcionalista teleológica – contido na relação entre a pessoa e o movimento corporal como causa imediata do resultado. Consequentemente, e por estar essa categoria delitiva tacitamente prevista na legislação, unicamente pode-se equiparar a comissão e a omissão se há um fator comum, um fundamento comum, extraído de um princípio geral de especificação, o qual é denominado domínio sobre a causa ou fundamento do resultado.¹⁰⁰

Portanto, a omissão imprópria seria equiparável à ação, porém condicionada a uma responsabilidade do garante, legalmente exposta, mas materialmente fundamentada pelo domínio sobre a causa ou sobre o fundamento do resultado. Com isso o núcleo duro da imputação também residiria sobre a possibilidade de a pessoa agir, considerando o domínio sobre seu próprio corpo; dominando-o, nada restaria que não a viabilidade e necessidade de responsabilização penal sobre suas atitudes¹⁰¹.

Apesar de composição inarredável dessa expressão da personalidade do agente na omissão, a justificação material do domínio existiria nas condições e nas permissões do ordenamento, ou seja, derivada necessariamente de fontes do próprio ordenamento jurídico e do Direito¹⁰². Consequentemente, ações e omissões permitidas legalmente não poderiam ser alvo de castigo, bem como o descumprimento de deveres jurídicos formais

⁹⁸ Ibidem, p. 91-104.

⁹⁹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. cit., p. 278, 279, 281 e 283-284. Sobre a tese de Schünemann no Brasil, leia-se ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 89.

¹⁰⁰ Leia-se SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites...** op. cit., p. 283-284.

¹⁰¹ Ibidem, p. 233-235.

¹⁰² Ibidem, p. 269.

não implicariam intervenção penal desde que, claro, abraçadas pelo ordenamento jurídico¹⁰³. Evidencia-se, ademais, que tanto a comissão quanto a omissão não justapõem-se, inobstante configuradas enquanto delitos de infração de dever¹⁰⁴; disso, reputa-se aos delitos de omissão imprópria dois grandes grupos de domínio. O primeiro deles seria o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico – ou da vítima –, que geraria um dever de salvação do bem jurídico, enquanto o segundo seria o domínio sobre uma causa essencial para a consecução do resultado, derivando daí o que o jurista denomina de dever de asseguramento¹⁰⁵.

Esses deveres no âmbito do domínio sobre a causa ou sobre seu fundamento geram, conseqüentemente, duas posições de garantidor, materialmente sustentadas. Para tratar delas, no entanto, bem como melhor explicitar os deveres oriundos dessas categorias, faz-se necessária a criação de tópico apartado.

3.3.2 As posições de garantidor

Do deslinde acima realizado sobre a dissertação de Schünemann, constata-se que o garantidor opera como espinha dorsal da omissão imprópria, aliado ao domínio sobre a causa ou fundamento do resultado – materialmente previstos. Para poder sustentar uma posição de garantidor material – isto é, ancorada em elementos outros que não a lei –, o autor, antes de tudo, cunha uma crítica às teorias formais do dever jurídico, as quais, nos termos utilizados, voltam-se para a exigência de que somente os deveres jurídicos, excluídos os morais, são capazes de fundamentar as posições de garante¹⁰⁶.

A fim de refutar tais teorizações, destaca-se que a principal falha cometida pelos adeptos dessa vertente de consideração do garantidor é identificação promovida entre a posição de garantidor e os deveres jurídicos “*meta-juridicopenal*”, eliminando, conseqüentemente, deveres originados de situações puramente fáticas, em razão do princípio da secundariedade do Direito penal – ou seja, a consideração desse ramo do Direito como dependente de outros ramos para sustentar a sua vigência. Dentro desse contexto, para o teórico, perfaz-se a consequência de que, dentro da relação entre posição

¹⁰³ Ibidem, p. 270-271.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 425 e ss.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 284.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 264.

de garantidor e dever jurídico formal, as ações que estariam permitidas pelo ordenamento jurídico especial não poderiam ser castigadas como delito de omissão imprópria.¹⁰⁷

Consequentemente, o autor formula quatro grandes críticas a essa teoria. Primeiramente, indica-se que a punição não estaria fundamentada em critério material algum, e sim em um dever jurídico formal, o que não seria possível, já que a solução dar-se-ia somente em respeito às valorações prévias do ordenamento. Em seguida, aponta-se que a valoração “*meta-juridicopenal*” restringe os deveres de garantidor que possam existir fora da ordenação jurídica mais ajustada e nada significa para a questão da punibilidade. Na terceira entrada, argumenta-se que essa teoria incorreu no erro de entender o dever jurídico dentro de um sentido positivista e eleger – quando relacionado o dever à figura do contrato – um ponto de referência irrelevante para o Direito penal, já que uma figura civil jamais poderia se converter em um delito. Como argumento de fechamento, destaca-se que o princípio da secundariedade, adotado por essa teoria, criaria uma barreira para a fundamentação das posições de garante, uma vez que criaria zonas de proibição em que o juiz em nada teria que equiparar a omissão e a comissão.¹⁰⁸

Cunhados tais pressupostos de impossibilidade de adoção de uma teoria formal, o jurista considera possível somente a utilização de uma diretriz material de compreensão da figura do garantidor, a qual tenha conteúdo para servir de modelo em um caso concreto, porém esteja aberta a análise de outros problemas e a inserção de novas possibilidades, desde os distintos grupos de casos¹⁰⁹. Schünemann destaca, nessa toada, que distancia-se da posição assumida por Armin Kaufmann, indicando que seguiria ele um método tipológico-analítico, o qual feriria as matrizes de segurança jurídica; somente com a “harmonização dialética entre consideração sistemática (abstrata) e concretizadora (individualizadora) que pode-se satisfazer as exigências tanto da segurança jurídica quanto da justiça material”¹¹⁰.

Dessa forma, e recorrendo ao domínio do fundamento ou causa do resultado, teoriza-se que a posição de garantidor teria como deveres originários a divisão do fundamento do resultado entre causa essencial do resultado e desamparo da vítima. Quanto ao primeiro, dois deveres seriam possíveis de serem encontrados: um dever de

¹⁰⁷ Ibidem, p. 265-269.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 269-272.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 275.

¹¹⁰ Tradução livre do excerto “(...) sólo la armonización dialéctica entre consideración sistemática (abstractiva) y concretizadora (individualizadora) puede satisfacer las exigencias tanto de la seguridad jurídica como de la justicia material;”. Ibidem, p. 277.

tráfego – quando há a assunção do domínio sobre a origem, plenamente, ou a assunção de um domínio parcial, de um predecessor – e um dever de controle – repartido no domínio fático sobre incapazes penais e sobre o poder jurídico de mando sobre sujeitos com capacidade penal. Quanto ao segundo, seriam os deveres originados de um desamparo total da vítima – isto é, da incapacidade de proteger-se de todas as formas de perigo – ou somente parcial – ou seja, da incapacidade de proteger-se somente de algumas classes de perigos.¹¹¹

Sobre a posição de garantia, depreende-se que, para o jurista, estaria ela equilibrada tanto em um aspecto normativo quanto em um aspecto fático¹¹² – o que é salientado pelo próprio método adotado pelos autores funcionalistas teleológicos, qual seja, o método indutivo. Destarte, dos deveres supra indicados, indica-se que duas seriam as possíveis posições de garantidores principais criadas pela teoria funcionalista teleológica na visão de Schünemann: o garantidor de vigilância e o garantidor de proteção¹¹³.

No que diz respeito ao primeiro grupo de garantidores, sustenta-se, dentro de uma perspectiva material, que eles teriam o dever de vigiar e conter perigos externos que possam afetar o bem jurídico, ou seja, deveriam os garantidores proteger contra todos os perigos aquela pessoa – ou aquilo – que está sob sua guarda¹¹⁴. Aqui, verifica-se uma relação de dependência entre o garantidor e o desamparado, critério este que serve para distinguir a existência entre mero dever de socorro ou dever de garantidor.¹¹⁵

Por outro lado, o segundo grupo de garantidores estaria condicionado a vigiar e conter perigos originados de uma fonte de riscos, seja sua responsabilidade por ela total – i.e., assumida desde sua origem e de maneira completa – ou parcial – adquirida de um terceiro que teria domínio sobre a fonte.¹¹⁶ Aponta-se, nesse viés, que estariam “proibidas tanto as ações perigosas, como as omissões de adoção de condutas de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros (omissão)”¹¹⁷.

¹¹¹ Ibidem, p. 409-410

¹¹² Comentando o assunto, DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. Cit., p. 69.

¹¹³ Veja-se, nesse sentido, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 95 e ss. As teorizações da jurista estão amparadas também, no quadro nacional, pelo livro de BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da ingerência**. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

¹¹⁴ Leia-se em SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y limites...** op. cit., p. 409.

¹¹⁵ Em comentário ao assunto, leia-se ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 96.

¹¹⁶ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y limites...** op. cit., p. 410.

¹¹⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 97.

Percebe-se, de tudo acima explicado, que a teoria escora-se sobremaneira na posição de garantidor, defendendo seu uso extensivo e acreditando que, com a alteração de seus fundamentos, solucionar-se-iam os problemas da omissão imprópria. Ademais, inúmeros pressupostos são adicionados a cada possibilidade de prática delitiva nova identificável, o que não só engessa a forma de tratamento do tema com situações cada vez mais específicas e que jamais abraçarão todas as possibilidades ensejadas pela práxis. Evidente, assim, que os problemas não foram resolvidos e a posição de garantidor continuou sobrecarregada e, fadada a um complexo de Atlas, continuou com falhas imensas que continuaram impossibilitando a utilização da categoria.

3.4 “PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL”: A EQUIVALÊNCIA SIGNIFICATIVA DE VIVES ANTÓN COMO PONTO DE PARTIDA

As diversas soluções acima enfrentadas acabaram, nitidamente, depositando na posição do garantidor as expectativas do mundo: por um lado, tentam afirmar que é dos deveres e dos garantidores que se pode, exclusivamente, falar em comissão por omissão; por outro, encontram paradoxos insuperáveis, seja por não serem os tipos de injusto comissivos e omissivos impróprios coincidentes, seja por elaborarem superestruturas conceituais conflituosas em si mesmas¹¹⁸. É diante das inúmeras lacunas encontradas em outros substratos teóricos que o professor Vives Antón, desde uma perspectiva significativa da ação, parte para o uso da linguagem – e da subsequente equivalência significativa – para poder compreender a comissão por omissão.

Adentrar ao tópico, contudo, não se perfectibiliza sem a breve – e necessária – apresentação dos pressupostos estruturantes da teoria, quais sejam, a filosofia da linguagem de Wittgenstein. Ressalve-se, nessa oportunidade, que a apresentação dos pressupostos que orientam a teoria do professor Vives Antón não tem como objetivo esgotar e, muito menos, condensar teorias tão complexas em poucos parágrafos. O objetivo dessa inserção filosófica é permitir uma compreensão mais global da teoria significativa e, conseqüentemente, um entendimento mais preciso dos motivos que levam o teórico a compreender, a partir de diversas convergências com a filosofia da linguagem,

¹¹⁸ É o que retrata VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. Cit., p. 590-591.

a comissão por omissão como uma forma da omissão cuja equivalência de sentido é de uma ação¹¹⁹.

Em sua obra *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein critica a existência de uma significação única por meio da qual a linguagem funciona, de modo que falar que cada palavra designa algo seria o mesmo que incorrer em absolutamente nada. Destaca-se que a linguagem é, em verdade, viva, podendo ser interpretada casuisticamente de diversas maneiras, e não restrita a uma dimensão material – inobstante a essa vinculada, já que, para significar, preciso compreender a correlação e a vinculação – ou formal; a exemplo disso, o filósofo aponta que a cor “vermelho” independe da existência de uma coisa vermelha, mas, caso esqueça-se qual é a cor que tem esse nome, a significação é perdida. Aduz-se, com isso, que os nomes designam somente o que é elemento da realidade, mostram-se como partes constitutivas, elementos indiciários, de um quadro da realidade.¹²⁰

Dentro dessa lógica imprescindível de consideração da linguagem enquanto algo inserido em um contexto de uso real e que abriga uma interdependência entre teoria e prática, abrangida em um contexto lógico-formal, Wittgenstein cunha o conceito de jogos de linguagem.¹²¹ Dessarte, os jogos de linguagem seriam uma forma de construção, a partir da qual os falantes empregam conceitos em uma frase, dando a ela significação desde regras determinadas.¹²² Como sistema de compreensão e significação – que permite compreender, inclusive, cada tipo de ação –, os jogos de linguagem, tais quais outros jogos, possuem uma série de regras, cuja observância faz-se necessária não só para uma exteriorização de linguagem inteira, como também para que o uso da linguagem seja compreendido entre os falantes.¹²³ A respeito do tema, Paulo César Busato disserta que

Estas situações evidenciam que se deve ter presente no jogo de linguagem a existência de uma descrição e uma compreensão, ou seja, que os participantes deste jogo compartilhem determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras, determinados pontos de partida, para que estes jogos

¹¹⁹ A composição da comissão por omissão – ou omissão imprópria, como denominada por alguns – será desmembrada e melhor explicada adiante. Por enquanto, essa observação simples, e até mesmo reducionista, é pedra base para, desde já, conectar essas concepções filosóficas a uma teoria explicativa do Direito penal.

¹²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 28-50.

¹²¹ Após a exemplificação dos mais diversos usos que a linguagem pode ter e a identificação das palavras com uma identificação material, apesar de não o serem ele, que o autor inicia as ponderações sobre jogos de linguagem. Veja-se em *Ibidem*, p. 52 e ss.

¹²² *Ibidem*, p. 58.

¹²³ *Ibidem*, p. 115 e ss.

tenham sentido. Por isso se associa a linguagem a ações, e o todo formado por estas relações é o chamado jogo de linguagem. (...)

Mas, os jogos de linguagem, como qualquer outro jogo, se regem por regras. As regras devem de ser compartilhadas entre os participantes do mesmo jogo de linguagem. Para que uma regra exista, é necessário que algumas pessoas as obedeam em algumas ocasiões.¹²⁴

É exatamente nesse sentido que devem as regras serem empregadas: apesar de revolver e abraçar múltiplas possibilidades, são os usos empregados às palavras que conduzem a uma interpretação de quais são as ações indicadas, de quais são os jogos empregados – i.e., concebe-se a interpretação e o jogo de linguagem em um dado momento, em um contexto.¹²⁵ A prática possui, assim, imensa influência dentro da forma de utilização dos símbolos e signos da língua, gerando regras fundamentais e usos que guiam os falantes aos jogos de linguagem adequados e, da interpretação, ao significado.¹²⁶

Essas regras correlacionadas aos falantes e os jogos de linguagem que estão nela inseridos são o que doravante denominar-se-á “quadro de mundo”; é dentro desse, da observância de suas regras e dos contextos humanos que manifesta-se a linguagem e, conseqüentemente, as ações. A significação de expressões e sua interpretação, por dar-se em momento e contextos localizados, acaba por referir-se, conseqüentemente, a um dado momento e a uma ação específica – o que relaciona-se, reitere-se, com uma dimensão material, da qual buscar-se-á a correlação.¹²⁷

Soma-se a esse raciocínio a noção de ação comunicativa habermasiana e a teoria de Austin para a explicação da omissão imprópria. A primeira formulação teórica parte, em breves linhas, de ações enquanto atos de entendimentos, concebidos como processo de unificação entre sujeitos aptos a falar e a agir; assim, “o ato de fala só tem sucesso quando o outro aceita a oferta aí presente; ou seja, é preciso que (...) o outro assuma posição diante de uma pretensão de validade fundamentalmente passível de crítica”¹²⁸. Sintetiza esse pensamento Bettini:

A ação comunicativa desenvolve-se dentro de um mundo da vida que fica respaldado pelos participantes da comunicação. Existe um pano-de-fundo do saber linguisticamente estruturado, trata-se de um saber implícito. O ouvinte

¹²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 187.

¹²⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações...** op. cit., p. 166 e ss.

¹²⁶ Ibidem, p. 179 e ss.

¹²⁷ Ibidem, p. 165 e ss.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, vol. 1: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 498.

deve estar familiarizado com esse pano de fundo para poder entender o significado literal dos atos de fala e atuar comunicativamente.¹²⁹

Tais pressupostos de ordem filosófica, na primorosa obra de Tomás Salvador Vives Antón, desenvolvidos para cunhar uma teoria do delito, juntamente às contribuições de Winch. Para tanto, deslinda-se que não é possível explicar a ação dentro de outro lugar que não seja a sociedade; afinal, nas palavras do teórico, é a realidade social que determina a existência ou não de cada uma das ações. Ainda que o conceito dessas esteja no bojo da sociedade, tal qual sua existência, é dentro de um processo comunicativo – em um processo de fala, em que não somente o locutor, como também o interlocutor compartilham o mesmo quadro de mundo e interpretam, entendem – que pode-se apontar a ação enquanto expressão de sentido, ou seja, algo que significa para o Direito.¹³⁰

Afasta-se, assim, a teoria do delito de uma doutrina cartesiana da mente – marcada como a concepção comum às teorias tradicionais a ação –, pela qual a ação seria considerada como um processo dual, composto por um ato de vontade e um movimento corporal¹³¹. Igualmente, rejeitam-se as bases funcionalistas por ou retornarem, a partir de uma redução empirista, à biologia para estabelecimento das bases conceituais, ou por evitarem e esconderem os problemas já suscitados em outras teorias¹³² – como na omissão imprópria, em que se dizem os problemas estarem resolvidos pela mera transferência de responsabilidade a uma posição do garantidor.

Dessa aproximação com a filosofia da linguagem e com a teoria da ação comunicativa, a consequência nítida que resta é a impossibilidade de abarcar a ação e a omissão sob um supraconceito, seja para considerá-las como ontológica e deontologicamente idênticas, seja para equipará-las somente no âmbito da deontologia. Dentro da perspectiva significativa, não são as ações e as omissões definidas como acontecimentos pré-jurídicos que dão substrato às normas – i.e., substratos de um sentido –, e sim são elas mesmas sentidos de um substrato, entendidas mediante um processo de interpretação com base em regras gramaticais¹³³, tendo em vista que os jogos de

¹²⁹ BETTINE, Marco. Um olhar sobre a construção do conceito de ação comunicativa na. **Sociologias**, [S.L.], v. 19, n. 44, jan. 2017. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-019004414>. Acesso em 15 jun. 2021, p. 355-356.

¹³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 221.

¹³¹ Ibidem, p. 165.

¹³² Ibidem, p. 200-205.

¹³³ Ibidem, p. 221.

linguagem tornam esses conceitos complexos, compreendidos em um substrato, em formas compreensíveis e interpretáveis.¹³⁴

Ao esmiuçar o assunto da omissão imprópria, especificamente, Vives sublinha que buscar a certeza a partir da fuga das imprecisões linguísticas, elaborando conceitos cada vez mais precisos desfaz-se em um mar de paradoxos, uma vez que se é a linguagem ordinária instrumento inseguro, incapaz de obedecer ao princípio da legalidade, também o são as estruturas conceituais elaboradas por entrarem em conflito consigo mesmas desde dessa afirmação.¹³⁵ Poderiam as palavras, no entanto, serem ilusórias e serem somente conceitos que não dizem nada por si mesmos, apesar de terem como referência importantes fatos ou determinadas consequências¹³⁶, ao que o jurista rebate indicando que isso nada mais seria do que uma ilusão conceitual oriunda da teorização de Agostinho a respeito da palavra, segundo a qual existem essências universais e valores objetivos expressos pelos nomes.¹³⁷

Deriva essa ilusão especialmente daquilo que pode-se chamar, segundo as teorizações de Gellner, polimorfismo externo dos conceitos – presente na língua portuguesa, por exemplo, na figura dos homônimos¹³⁸ –, consoante o qual uma mesma palavra pode ter a si atribuída mais de um significado; essa definição plural que pode existir em um mesmo conceito demonstra a impossibilidade de considerar-se a linguagem como algo hígido e homogêneo como pretendido na filosofia agostiniana. Consequentemente, é a vividez e, sobretudo, a interpretação das regras de uso de múltiplos símbolos presentes nos jogos de linguagem que constroem significados, mas não se busca – e isso é salientado por Vives Antón – uma significação incontestável, o que seria impossível diante de um tecido social em constante mudança.¹³⁹

¹³⁴ Nesse sentido, veja-se WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações...** op. cit., p. 169 e ss.; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 223 e ss.; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa...** op. cit., p. 189 e ss.

¹³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 590.

¹³⁶ É o que se exemplifica, para o autor, no trabalho de Alf Ross, denominado “tû-tû”, segundo o qual, embora a palavra careça de sentido, tem referência semântica para um determinado povo, isto é, tem sentido, significado, de modo que as pessoas sabem que a violação de uma norma social, a violação de um tabu é assim denominada; questiona-se, assim, se os conceitos jurídicos básicos são nada mais que isso, referências vazias a feitos relevantes ou algumas consequências. Veja-se mais em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 591-593.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 594-596.

¹³⁸ Na língua portuguesa, um dos maiores exemplos capazes de solidificar o argumento do catedrático espanhol é da palavra “manga”: tanto pode ela significar a fruta quanto uma parte de peças de roupa, o que significa que dependerá ela de um contexto para a compreensão de seu significado. A título de exemplo, não se pensará que ao falar “como uma manga” se está referindo à peça de roupa, bem como ao pronunciar que “a manga desta camiseta está desconfortável” o significado do termo seria equivalente à fruta.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 596-597.

Assumir a impossibilidade de conceitos certos e imutáveis não implica a inutilização da linguagem, e sim conduz a outros términos: que a indeterminação das palavras ou de expressões esteja para além da dúvida razoável. Isso porque uma certeza inarredável não é imperiosa para a vida; todavia, a certeza para além da dúvida razoável faz-se necessária em nítida observância ao princípio da legalidade, o que é cumprido por meio de práticas de usos estáveis e bem definidas, tal qual pela aplicação correta dessas práticas pelos operadores do Direito.¹⁴⁰ Ainda restaria, em teoria, o paradoxo basilar da comissão por omissão: como pode uma atitude supostamente negativa infringir uma norma proibitiva?

Relata o teórico que o elemento definidor tanto da ação quanto da omissão está situado sobre uma interpretação, uma expressão de sentido; em verdade, ambas possuem uma sustentação fática, originada de um movimento corporal ou de um não fazer (de uma espera), e um suporte normativo, cujo sentido que se extrai é a violação das regras¹⁴¹. Com tais considerações, e tendo em mente que somente pela linguagem que se pode significar algo, é possível a punição da omissão imprópria quando ela for concebida enquanto expressão de sentido do tipo de ação imputado a alguém; conseqüentemente, a comissão por omissão seria possível, além da concepção anterior, ante o preenchimento de dois fatores: a equivalência com a causação material do resultado e a infração de um dever especial de agir – ambos que serão a frente tratados para melhor esmiuçamento.¹⁴²

Sobre todas as questões supra abordadas, Zini elabora acurada síntese, na qual:

A ação é um sentido de um substrato, que pode ser extraído seja de um movimento corporal, seja da ausência dele. O sentido de uma omissão imprópria, mesmo tendo um substrato naturalmente omissivo, é o sentido de uma ação, que se subsume ao tipo de ação, mesmo que este esteja enunciado de forma comissiva.¹⁴³

As ponderações realizadas pelo jurista espanhol culminaram na reforma do art. 11 do Código Penal Espanhol¹⁴⁴, a fim de abarcar uma postura significativa da ação. Após

¹⁴⁰ Ibidem, p. 600.

¹⁴¹ O professor trabalha isso em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, M^a Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 163 e ss.

¹⁴² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 603-605

¹⁴³ ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos...** op. Cit., p. 221-222.

¹⁴⁴ “Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

desmistificar as razões pelas quais a comissão por omissão teria entendimento truncado, deixam-se de lado construções complexas e desnecessárias, e sim passam-se a adotar procedimentos interpretativos comuns à rotina de aplicação do Direito.¹⁴⁵

Devido a essa alteração e por terem sido deixadas de lado algumas considerações a respeito do instituto, não encerram-se as discussões aqui. Estabelecidas bases concretas desde as quais possa-se trabalhar, alguns requisitos mostram-se imprescindíveis à omissão imprópria, quais sejam, a produção de um resultado e a figura de um garantidor. É o que os subtópicos seguintes retratam.

3.4.1 A equivalência e o resultado

Desde a adoção da teoria significativa da ação, como já acima exposto, a comissão por omissão tem seus fundamentos de punibilidade na expressão de sentido a ela dada pela norma. Em outras palavras, a omissão adquireria, em determinados casos, expressão de sentido positiva, uma vez que correspondem ao uso linguístico dos verbos típicos – correspondentes a uma ação, porém realizados por intermédio da postura omissiva – presentes na parte especial da legislação.¹⁴⁶

Inobstante equivalentes e com substratos fáticos (movimento corporal) e sentido normativo (consistente na infração das regras)¹⁴⁷, ainda que materialmente diferentes, a problemática centrada em buscar a causalidade dos delitos comissivos por omissão esfacela-se e a tão buscada coincidência entre ação e omissão não são mais um paradoxo insanável. Como muito bem sumarizado por Busato, passa-se a buscar o sentido do substrato, possibilitando, assim, compreender a ação e a omissão – ontologicamente distintas – como equivalentes. Conseqüentemente, ante o caso concreto e o conjunto dos indicadores objetivos que o permeiam, pode-se subsumir a responsabilidade penal do agente por comissão por omissão quando o sentido jurídico penal expresso no tipo é coincidente com a expressão de sentido carregada na omissão do autor – o que nada mais consistiria em jogos de linguagens, acima tratados.¹⁴⁸

Tais considerações levam à conclusão insuperável de que é somente através de linguagem que pode-se significar algo, afinal, ela substitui as condutas e as transpõe para

¹⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 608.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 609.

¹⁴⁷ Cf. já acima citado, em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, M^a Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa...** op. Cit., p. 163 e ss.

¹⁴⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 226 e ss.

o universo do tangível e inteligível.¹⁴⁹ Entretanto, não basta só a coincidência das condutas através de uma expressão de sentido abstrata, como também a produção de um resultado material.

A respeito dessa dimensão específica do delito de comissão por omissão, Vives Antón destaca não bastar a produção de um resultado, ou seja, da modificação do mundo exterior, independentemente da manifestação de vontade, e sim que a conduta comissiva por omissão deve desembocar na confecção do resultado.¹⁵⁰ Critica-se, assim, a responsabilização penal generalizada pela mera postura de garantidor, devendo esta – como adiante será tratado – ser aferida casuisticamente e associar-se à evidência de um resultado material; aliás, como reforçado por Busato, este é postulado firme que remonta ao princípio da legalidade, segundo o qual impossibilita-se a punição de uma conduta sem que haja a produção de “sentido da realização de um tipo de ação”¹⁵¹.

O resultado implica assumir, pois, que há a possibilidade de responsabilização penal pela omissão imprópria, já que seria possível regressar a expressão de sentido da omissão ao tipo de ação positivo legalmente previsto; entretanto, essa atribuição de responsabilidade somente seria derivada de uma violação normativa em um resultado material, afastando-se a mera possibilidade de punição por assunção de posição de garantia. Não é esta posição de garantia, no entanto, afastada: o catedrático espanhol salienta – como anteriormente introduzido – que para a consecução da omissão por omissão não basta a equivalência com a causação material do resultado, e sim o preenchimento de requisito consistente na infração de especial dever jurídico.¹⁵²

3.4.2 A posição de garantidor

Apesar das críticas procedidas em desfavor da posição de garantidor e sua forma de tratamento – envolto em um complexo de Atlas que estaria (in)disposto a salvar as teorias de suas lacunas insuperáveis –, Vives Antón não a abandona, e sim a readéqua e ressignifica, desde uma abordagem contextualizada.

Ao falar a respeito da punição pela comissão por omissão, o professor indica que a ocorrência de um resultado e a equivalência da omissão, segundo o sentido do tipo de

¹⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 603 e ss.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 610.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 225.

¹⁵² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 612.

ação, à causação material do resultado não é, por si só, apta a ensejar a responsabilização penal por comissão por omissão, e sim deve-se infringir, por parte do autor do delito, um dever jurídico especial.¹⁵³ Trata-se, portanto, de sujeitos que possuem deveres especiais diante do bem jurídico a que se volta o contexto, compreendendo-se a posição de garantia como um momento constitutivo da equivalência – pois, não sendo o autor juridicamente responsável, impossível equivaler a conduta a uma causação ativa. Tais deveres, ainda, não obstante importantes para a ocorrência do resultado, não podem ser abarcados por um conceito geral.¹⁵⁴

Ao deslindar a impossibilidade de conceituação geral para a posição do garantidor, explica-se que atribuir múltiplos pressupostos à posição de garantidor não resultaria senão em insuficiências e imprecisões legislativas. Isso porque, ao elaborar um critério material genérico que represente a figura do garantidor, excluir-se-iam padrões para inúmeros tipos penais, afinal, os diferentes tipos de ação não possuem conceitos comuns.¹⁵⁵ Afere-se, pois, a posição de garante “concretamente em cada tipo de ação, por meio de uma análise do uso comum linguístico que lhe corresponde”¹⁵⁶.

Dessarte, não significa a impossibilidade de conceituação geral para a posição de garantidor um obstáculo à imposição de limites para a consideração ou não da responsabilidade penal. É possível que o legislador – como o fez no art. 11 do Código Penal Espanhol – estabeleça referências e limites, desde os quais pode-se realizar filtragem para, diante das circunstâncias do caso, aduzir se seria possível falar em equivalência de significado para a responsabilização em comissão por omissão.¹⁵⁷

Em suma, não basta a mera infração de um dever especial pelo garantidor, ou seja, por mero domínio de uma posição de garantia com relação ao bem jurídico, e sim é imprescindível, para afigurar-se a responsabilidade penal do agente, a cumulação entre uma vulneração fática do bem jurídico – da qual se pode extrair o dever especial que origina a posição de garantidor, em um caso concreto – e uma omissão, incapaz de evitar o resultado quando lhe era possível fazer, assumindo expressão de sentido de um tipo de ação positivo – isto é, de uma ação.¹⁵⁸ É justo por esse conjunto de fatores que se entrelaçam que não é possível formular critério material genérico, pois diversos os

¹⁵³ Ibidem, idem.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 614.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 614-615.

¹⁵⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 215.

¹⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 615-616.

¹⁵⁸ Ibidem, idem

deveres especiais que podem se assumir de núcleos verbais distintos. Trata-se, enfim, somar à figura do garantidor pressupostos que permitam o preenchimento dos requisitos ditados pelo princípio da legalidade, impondo a necessária equivalência da omissão com o tipo de ação positivo legalmente descrito.

Pode-se alegar, nessa toada, que o grau de imprecisão, de indeterminação conceitual, seria, em verdade, uma grave ofensa ao princípio da legalidade, originando lacuna tamanha de impossível superação. Pespicaizmente, porém, a teoria significativa da ação traz resposta a tais questionamentos: justamente por residir nas práticas sociais e nos usos estáveis, oriundos das relações sociais, a linguagem estabelece regras que solidificam-se e perpetuam-se, de forma que são abrigadas na hora de identificar condutas. Como consequência, não é possível tratar de indeterminação radical da linguagem; aliás, o Direito nada pode fazer além de utilizar desse instrumento e das práticas que lhe são comuns para poder significar condutas e identificar, conseqüentemente, aqueles deveres especiais que podem levar à responsabilização de um indivíduo por comissão por omissão.

3.4.3 A causalidade hipotética

De todas as anotações acima feitas sobre a obra de Vives Antón, citou-se, ainda que de forma breve, o abandono à causalidade hipotética empreendido pelo jurista. Em breve apanhado acerca das teorias explicadas nos tópicos anteriores, concebe-se a teoria da omissão imprópria como estritamente vinculada a uma posição de garantidor, seja formal, seja material – vinculação feita por Kaufmann e Schünemann. Apesar das divergências quanto à maneira de se atingir o motivo pelo qual há a responsabilização por comissão por omissão, um fio (não tão) invisível perpassa as justificativas: a causalidade hipotética. Esse elemento presente nos diferentes estratos teóricos tem como origem a tentativa aflita de abarcar a omissão em um supraconceito, conjuntamente à ação, a fim de compreender a conduta omissiva nos mesmos termos da ação, enquanto movimento modificador do meio externo cuja causa é uma conduta humana.

Para refutar essas teorias que buscam a todo custo gerar a responsabilização penal com base em critérios genéricos cuja pretensão de validade dá-se em mera causalidade hipotética – ou seja, dos deveres especiais como originadores de uma

causalidade dificilmente aferível e sustentável na omissão –, Vives Antón retorna ao trabalho de Beling.¹⁵⁹ Consoante Busato,

o autor alemão já defendia que para a aferição da responsabilidade em comissão por omissão, se deve prescindir do problema da causalidade (que, ademais, na omissão é hipotética e dificilmente sustentável), para acudir se o verbo nuclear do tipo se conjuga adequadamente frente ao caso concreto.¹⁶⁰

Sem os instrumentos refinados da filosofia da linguagem, contudo, Beling não conseguira sustentar seu posicionamento. Por isso, reitera-se, aqui, a lição do catedrático espanhol: não mais busca-se o substrato de apoio das atitudes omissivas ou comissivas, e sim o sentido desse substrato, equivalente na forma comissiva por omissão, o que se busca por meio da conjugação adequada do verbo à conduta imputada, linguisticamente identificada em uma expressão de sentido.¹⁶¹

Assenta-se, dessa maneira, a teoria de Vives Antón sobre uma concepção significativa da ação, abandonando a causalidade hipotética sobre a qual debruçou-se uma parcela considerável da doutrina por uma monta de tempo considerável. Dessarte, compreende-se a comissão por omissão como equivalente semanticamente com um tipo de ação positivo a partir dos jogos de linguagem realizados, que conduzem a uma formação de sentido coincidente entre o omitir e o agir. Sublinhe-se, no entanto, que para sua perfectibilização dois pressupostos são insuperáveis: a infração de deveres especiais (que, no contexto, geram a equivalência da posição de garantidor com o autor do delito) e a equivalência da omissão com a causação do resultado material (a partir de contextualização semântica).

¹⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, M^a Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa...** op. Cit., p. 103 e ss.

¹⁶⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p. 223

¹⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema...** op. cit., p. 605.

4 RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS PELA DELEGAÇÃO DE FUNÇÕES E NÃO EVITAÇÃO DE RESULTADOS

Do acima disposto, percebe-se que a responsabilização dos dirigentes de Sociedades Anônimas não só é possível, como também esperada em certas funções que são a eles atribuídas; frise-se, porém, que não se trata de considerar que somente em razão dos deveres especiais que lhe são atribuídos que é possível tal responsabilização: a fim de que possa um administrador ser penalmente imputado, é imprescindível que sua conduta omissiva possua equivalência significativa com uma atuação. No que tange à responsabilidade por delegação de funções, entretanto, há uma complexificação da resposta, em que não é possível, de plano, atribuir a existência ou não deveres específicos.

Consoante Demetrio Crespo, a discussão não se centra – e jamais pode-se centrar – em uma afirmação generalizada de que há responsabilidade penal comissiva por omissão dos empresários por atos de seus empregados; atravessar essa barreira seria sustentar a tese de que seria possível uma responsabilidade omissiva por garantia¹⁶², o que afronta diretamente o princípio da legalidade.¹⁶³ Sérgio Rebouças, por sua vez, ao tratar da temática, ressalta que duas grandes problemáticas cercam o assunto de delegação de deveres em sede da companhia, quais sejam o compartilhamento de riscos entre o superior que delega os deveres e o empregado que os desempenha e se há exoneração – seja ela total ou parcial – da responsabilidade do delegante.¹⁶⁴

Para compreender de que maneira configura-se a responsabilidade diante da delegação de funções, pode-se subdividir a abordagem em três eixos distintos: (a) os deveres especiais atribuídos aos diretores em razão da delegação lícita de competências; (b) os deveres especiais oriundos da extralimitação de competências – isto é, face à impossibilidade de delegação ou diante de riscos não permitidos; e (c) deveres especiais vinculados ao estabelecimento e às ações da empresa contra terceiros. A fim de trabalhar

¹⁶² Isto é, que a mera posição de garante estaria apta a gerar a responsabilidade por omissão, delegando, portanto, aos dirigentes de uma empresa a necessidade irrestrita de vigiar, salvar e controlar a tudo que os seus empregados fazem, mesmo que não esteja dentro de seus deveres específicos e que não se possa, *in casu*, verificar a equivalência significativa entre a omissão do administrador e a comissão do empregado. É o que defende Paredes Castañon; veja-se PAREDES CASTAÑON, José Manuel. La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (org.); LARA GONZÁLEZ, Rafael (coord.). **Derecho penal de la empresa**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002, p. 403 e ss.

¹⁶³ Assim manifesta-se DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. cit., p. 78-79.

¹⁶⁴ Veja-se em REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revisa Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, n. 26, mai. 2018, p. 47.

cada um dos referidos pontos de forma detida, será esse capítulo separado em três abordagens: os novos garantes nas sociedades anônimas, o dever remanescente de vigilância e a responsabilidade dos administradores e a possibilidade de responsabilização dos administradores por delitos cometidos pelas pessoas jurídicas; os dois primeiros destinam-se à abordagem dos eixos a e b – repartindo delegantes e delegados com as consequências em cada um dos cenários – ao passo em que o eixo c será abordado individualmente

4.1 DELEGAÇÃO DE DEVERES E NOVOS GARANTES NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Inicialmente a questão perpassa uma confusão terminológica: a distinção entre a delegação de funções e deveres e a determinação de execução de tarefas; isso porque tomam-se as situações como conceitualmente idênticas, ao passo em que seus reflexos são diametralmente opostos. Delegar uma função a um sujeito implica, *stricto sensu*, a transferência de competências e funções para o delegado, assumindo este essas transferências de maneira integral; para que isso ocorra, deve o delegante ser competente para tanto, o que geralmente encontra-se nos mais altos níveis hierárquicos das empresas. Essa delegação, apesar de transferir completamente uma responsabilidade, não pressupõe a exoneração completa por parte do delegante, uma vez que existem determinados deveres residuais que devem ser observados; assim, haverá um sujeito que terá deveres especiais por assunção – o delegado – e um sujeito com deveres especiais residuais.¹⁶⁵

Já determinar a execução de uma tarefa – comumente tratado como delegação de tarefas – não significa a assunção global da função, mas sim submeter-se à autoridade de outra função dentro da delegação de tarefas. Nesses casos, trata-se de encarregar uma função a outrem para o cumprimento em uma situação específica, o que não implica a assunção dos deveres daquele encargo por parte do delegado terminantemente, isto é, não há a distribuição e assunção da competência de maneira dada; assim,

Evidente que se o encarregado, sujeito autorresponsável, executa mal seu trabalho também poderá responder. Por isso, o encargo da execução de uma função não é fundamento de uma espécie de responsabilidade objetiva do

¹⁶⁵ Nesse sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, anual. 2015, p. 744-745.

delegante, e muito menos é um escudo diante da responsabilidade penal do delegado¹⁶⁶

Nos casos de delegação, como indicado por Estellita, é ela lícita e constitui novos garantidores, segundo o previsto no artigo 13, §2º, alínea b do Código Penal. Nesses casos, a delegação perfectibiliza-se somente quando é ela repassada a um terceiro e este passa a desempenhar o feixe de atribuições que lhe foram delegados, junto com todos os deveres que são ínsitos à atividade.¹⁶⁷

Quanto à delegação lícita, ao delegar funções a um inferior hierárquico, há o que se denomina por grande parte da doutrina de criação de novas posições de garante; consoante a colocação de Silva Sánchez, a “eficácia da delegação de funções ou competências consiste na transformação das esferas de responsabilidade dos sujeitos nela implicados”¹⁶⁸. A consequência é que surge, disso, um novo garantidor principal: o delegado converte-se em responsável principal da função que é a ele cedida, devendo cuidar e vigiar o bem jurídico que lhe foi conferido; assim, passa ele a ter deveres específicos dentro da estrutura hierárquica, aos quais não poderá negligenciar.¹⁶⁹

Essa delegação lícita perfectibiliza-se “por meio de contrato ou outro ato formalizado e pode, ainda, constar de documentos de gestão da empresa, como um organograma”¹⁷⁰ e, por mais que seja lícita, somente pode ser realizada quando não houver expressa proibição legal – casos de funções indelegáveis como o previsto no artigo 161, §7º, da Lei 6.404/76¹⁷¹ – e quando o sujeito for competente, como frisado por Silva Sánchez acima.

Estellita ressalta que a delegação de atividades de cunho econômico ou administrativo somente ensejarão, porém, a responsabilidade do delegado por atos de

¹⁶⁶ Tradução livre do excerto: “Es evidente que si el encargado, sujeto autorresponsable, ejecuta mal su trabajo también podrá responder. Por ello, el encargo de la ejecución de una función ni es fundamento de una especie de responsabilidad objetiva del encargante, ni tampoco es un escudo frente a la responsabilidad penal del encargado.”. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El criminal compliance desde...* op. Cit., p. 746.

¹⁶⁷ Nesse sentido, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 148.

¹⁶⁸ Tradução livre do excerto: “Em términos generales, se entiende que la eficacia de la delegación de funciones o competencias consiste en la transformación de las esferas de responsabilidad de los sujetos en ella implicados (...)”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2ª ed. Madrid: Editorial IBdeF, 2016, p. 95.

¹⁶⁹ Assim manifestam-se ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 147 e ss.; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante...* op. cit., p. 72.

¹⁷⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 148.

¹⁷¹ “Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícos sociais em que for instalado a pedido de acionistas. (...) §7º A função de membro do conselho fiscal é indelegável.”. In: BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1976.

terceiro se este redistribuir tarefas e funções por meio de novas delegações. Essa situação criaria uma cadeia cada vez mais distante do sujeito originário dos deveres especiais – o dirigente –, deixando a este deveres reativos remanescentes e ao delegado desses deveres, que delegou tarefas, o dever de vigilância e de informação ao superior.¹⁷²

Já no que concerne aos casos em que a delegação de competências não se realiza de maneira lícita, altera-se o tom da resposta. Aqui, trata-se de delegação de uma função ou de uma competência para uma pessoa que, como coloca Demetrio Crespo, não reúne a capacitação e as condições requeridas para administrar aquilo que é colocado sob sua tutela¹⁷³, ou de delegação proibida por lei ou proibida em razão do caráter pessoal da função.

Nesses casos, não é possível falar em uma delegação eficaz e sequer válida. Isso porque, conforme Estellita, a ilegalidade da delegação a tornará inválida, o que atingirá o delegado e permitirá que sua responsabilidade seja parcialmente exonerada, dentro do âmbito daquilo que for sua responsabilidade.¹⁷⁴ Quiçá, nesses casos, seria possível falar de responsabilidade, podendo existir, em alguns deles, a incidência de permissões fracas do ordenamento jurídico.¹⁷⁵

Todavia, caso seja a delegação manifestamente ilegal – ou seja, não se revestindo ao menos de aparente legalidade –, impossível falar em exoneração da responsabilidade, já que, nesse caso, seria possível considerar uma aderência do delegado às funções que lhe foram cedidas, uma anuência à atuação ilegal de seu superior hierárquico, ressalvadas as situações de erro.

¹⁷² Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 160.

¹⁷³ Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. cit., p. 71.

¹⁷⁴ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 161.

¹⁷⁵ Caberiam, aqui, por exemplo, situações de permissões fracas relacionadas à inexigibilidade de conduta diversa; a respeito do tema, o caso do cavalo bravo é elucidativo: “O estudo da exigibilidade de outra conduta tem origem na casuística do Tribunal do Império Alemão (*Reichgericht*), mais concretamente no conhecido caso *Leinenfänger*, julgado em 23 de março de 1897. Consta que o dono de uma empresa de coches determinou que seu empregado atrelasse a um de seus coches um cavalo que era conhecido por enroscar-se nas rédeas, dificultando a condução. Uma vez pondo em marcha o coche com o referido cavalo, na via pública, efetivamente o animal arrancou as rédeas das mãos do condutor com o reboque, e disparou fora de controle, sem que o cocheiro conseguisse recuperar as rédeas, provocando o atropelamento e fratura na perna de um ferreiro que passava pela rua. O Tribunal entendeu necessária a absolvição do cocheiro, por conta de que não seria razoável obrigá-lo a uma conduta diversa da que teve, pois se ele se opusesse às ordens do patrão, seria mandado embora, e não era exigível dele que sacrificasse seu emprego em defesa de possíveis resultados danosos.”. In: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...** op. cit., p.

4.2 DEVER REMANESCENTE DE VIGILÂNCIA E RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES

Após considerar a possibilidade de novos sujeitos, dentro da esfera empresarial, assumirem deveres específicos, conferidos pelos dirigentes, resta saber se há, para esses dirigentes, dever remanescente oriundo da delegação de deveres a seus subordinados. Existem, porém, diferentes formas de delegação, quais sejam, a delegação da execução de tarefas relacionadas à empresa e a delegação de atividades de controle e vigilância sobre fontes de perigo¹⁷⁶, o que torna necessário assegurar algumas distinções iniciais.

Consoante Estellita, tanto a nível horizontal quanto a nível vertical, há a distribuição de tarefas, respectivamente abarcadas pela divisão de funções e pela delegação de funções. Inobstante exista a possibilidade de transferir a outrem função precipuamente sob sua tutela, existem casos legais e fáticos nos quais impossível a delegação; por isso, há aqui, também, a divisão entre a delegação lícita de funções para terceiros inferiores hierarquicamente e a delegação ilícita de funções.

Demetrio Crespo, ao tratar da responsabilidade dos dirigentes em razão de fatos cometidos por seus empregados ressalta, inicialmente, que somente se pode falar em um dever de vigilância relevante penalmente para o dirigente de determinada empresa aquele que diga respeito a objeto perigoso pertencente à empresa; assim, não escapa ao empresário impedir que certos resultados delitivos realizem-se por membros da empresa, quando estiverem eles sob sua vigilância e sob suas funções diretivas.¹⁷⁷ Nesses casos, há um dever de vigilância que deve ser mantido pelo dirigente sobre seus subordinados, uma vez que está isso atrelado a suas funções.

No que diz respeito à delegação de competências, esse dever remanesce: a delegação não impede que, com a transferência de parte dos deveres primários, o dirigente se abstenha de vigiar e evitar, dentro de sua possibilidade, que danos eventualmente acabem se derivando da atividade desempenhada. Para Demetrio Crespo, dois são os deveres que emergem da delegação: a obrigação de vigiar os riscos que possam surgir,

¹⁷⁶ Exemplos dessas atividades, respectivamente, são a contratação de pessoas, a prestação de serviços etc., geralmente ligadas a uma atividade administrativa, e o controle sobre determinado momento da cadeia de produção; nesse sentido, leia-se ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 147.

¹⁷⁷ Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. cit., p. 71.

evitando danos a terceiros; e a vigilância ante os perigos produzidos no momento da delegação da atividade.¹⁷⁸

Iván Meini destaca, todavia, que ao serem delegadas funções de controle ou vigilância, e não a de execução de atos, os deveres do dirigente são completamente delegados, salvo casos em que haja defeito na delegação, diferentemente das situações em que há a delegação de atos concretos, nas quais há a responsabilidade penal do delegante *in vigilando* ou *in eligendo* em comissão por omissão.¹⁷⁹ Dessa posição diverge Estellita: a autora considera que a delegação de funções de vigilância ou controle não exonera totalmente ao dirigente que delegou a tarefa, mesmo diante da delegação total de funções, visto que há a necessidade de vigilância e de atuação ante casos em que o risco extrapola os limites permitidos.¹⁸⁰

Parece acertada a posição adotada por Estellita, pois a atividade de delegação, mesmo que seja de vigilância, ainda assim faz com que remanesça com o dirigente um dever de vigilância. Afinal, sua própria função exige, enquanto controlador das atividades econômicas e de organização da empresa, no mais alto nível da atividade empresarial, cuidar e vigiar sobre aquilo que está sendo produzido e realizado. Claro, não é exigível essa forma de dever daqueles que não são incumbidos de certos setores; como observado por Marcelo Meireles Lobão:

De regra, o sócio administrador responsável apenas pela área comercial não tem ingerência sobre o pagamento de tributos. O gestor financeiro, por sua vez, não interfere nos assuntos ligados à prestação de serviços ou fabricação de produtos. Sendo assim, não se pode afirmar, em casos em que isso fica evidenciado, que um teria se omitido quanto a danos produzidos em área afeta a outro. Omissão é definida como “a espera de algo que normalmente haveria de ocorrer”. Não é comum esperar que administradores ou empregados atuem em áreas distintas daquelas em que exercem funções no âmbito da empresa, sobretudo as de maior porte e com estrutura departamentalizada.¹⁸¹

Dessarte, estão limitadas as hipóteses de responsabilização penal dos dirigentes de Sociedades Anônimas; inicialmente, está a imputação condicionada pela conjunção com o princípio da legalidade e das funções que exerce o sujeito na empresa – isto é, dependendo da função, não derivam deveres especiais aptos a ensejar a equivalência

¹⁷⁸ Ibidem, p. 72.

¹⁷⁹ MEINI, Iván. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 369 APUD DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante... op. cit., p. 73.

¹⁸⁰ Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 151.

¹⁸¹ LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade penal do empresário por omissão**. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2020, p. 70.

significativa entre a omissão e a ação. Por outro lado, a responsabilidade penal derivará, sim, de deveres remanescentes de vigilância e controle do dirigente, em razão da posição de controle e administração da empresa como um todo, do qual não pode escapar – visto que indelegável. Nesses casos, deve o dirigente atuar, diante da constatação de risco iminente ou perigo para além dos limites permitidos, para impedir a concreção do risco ou fazer com que o perigo retorne aos patamares prévios.

Essa atuação, frise-se, deve estar dentro da possibilidade de atuação do próprio dirigente; não é cabível esperar que o dirigente, especializado nas funções administrativas, saiba consertar uma máquina. A atuação pode ser considerada enquanto comunicação a alguém competente ou, até mesmo, diante da ineficiência do delegado no desempenho das funções, de sua substituição.

A delegação realizada de modo ilícito, por outro lado, porta-se de maneira distinta. Como considerado por Estellita, a delegação de tarefas que não poderiam ser objeto da delegação não é admissível, surtindo efeitos tanto para o delegado (abordado anteriormente) quanto para o delegante. Enquanto para o delegado será a delegação inválida, o delegante terá para si o efeito da ineficácia da delegação, “retendo o garantidor todos os deveres inerentes ao seu âmbito de competência”¹⁸². Assim, diante da delegação ilícita o que se extrai é que remanescem os deveres especiais originais ao delegante, devendo ele cumprir e responder pelo eventual descumprimento de todos eles.

4.3 A RESPONSABILIDADE POR CRIMES DA PESSOA JURÍDICA

O último ponto a ser trabalhado é a responsabilidade dos dirigentes de Sociedades Anônimas pelos delitos cometidos pela pessoa jurídica; trata-se de tema espinhoso, que divide a doutrina entre fortes opiniões, tendo em vista que o assunto invade a esfera de estudos acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No panorama pátrio, responsabilizam-se os dirigentes de empresas por delitos cometidos pela própria empresa, em especial nos casos relacionados a delitos contra o meio ambiente; todavia, a responsabilização dos dirigentes por ser a empresa fonte de risco por si própria, inclusive respondendo pelos delitos dela, parece extrapolar o âmbito da responsabilidade individual. Demetrio Crespo aponta que

¹⁸² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...** op. cit., p. 74 PDF

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, contudo, apresenta-se na teoria que proponho como problema secante, que converge com o da responsabilidade penal do superior na empresa. Essa convergência, contudo, não atua no sentido de reforçar a responsabilidade penal do gestor, e sim no sentido de evitar um excesso ou a superexploração das estruturas de imputação da responsabilidade penal individual.¹⁸³

A ponderação e consideração da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica penalmente, por outro lado, é defendida e alimentada também por uma gama de juristas nacional e internacionalmente reconhecidos; sobretudo, identificam-se dois modelos de atribuição da responsabilidade penal às pessoas jurídicas: ou por meio de autorresponsabilidade ou através da heterorresponsabilidade.

No modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica – também denominado responsabilidade por atribuição –, criado com base em uma responsabilidade vicarial dos modelos anglo-saxões, transferir-se-ia a responsabilidade pelo fato delitivo de uma pessoa física à pessoa jurídica, considerando a relação funcional existente entre eles. Segundo Busato, o modelo entende que ao ter a pessoa natural, representante da empresa, praticado um delito, a própria empresa também o estaria cometendo, desde uma relação de identificação entre o coletivo e o individual.¹⁸⁴ Por seu turno, o modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica tem como pressuposto estruturante o fato de que as pessoas jurídicas seriam capazes, por si sós, de serem imputadas e cometerem delitos, sem que recorra-se a terceiro para justificar a responsabilidade penal.¹⁸⁵

No cenário pátrio adota-se majoritariamente o instituto da heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, de modo que os dirigentes das empresas são responsabilizados conjuntamente à empresa e, por vezes, respondem a delitos que não conseguiriam responder, originalmente. Nesses casos, permite-se que a culpabilidade da pessoa jurídica seja a ela imputada mediante fato de terceiro, o que está completamente vedado pelo princípio da culpabilidade e que, *per se*, mostra-se como suficiente para

¹⁸³ Tradução livre do excerto: “La responsabilidad penal de la persona jurídica, sin embargo, se presenta en la teoría que propongo como un problema secante, que converge con el de la responsabilidad penal del superior en la empresa. Esta convergencia, sin embargo, no actúa en ella en el sentido de reforzar la responsabilidad penal del directivo, sino en el sentido de evitar una extralimitación o sobreexplotación de las estructuras de imputación de la responsabilidad penal individual.”. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del... op. cit., p. 65.

¹⁸⁴ Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 83-85

¹⁸⁵ Cf. . SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 29, nº 86-87, 2008, p. 136 e ss

impossibilita a responsabilização dentro de um sistema vicarial.¹⁸⁶ Entretanto, sua adoção e a responsabilização irrestrita dos dirigentes de empresas, sem que o delito estivesse, de fato, dentro de seus deveres funcionais ou dentro de sua esfera de atuação, ocorre constantemente e é reforçada por mera conveniência de sustentação de sistemas falidos de consideração da ação somente enquanto uma conduta humana.

Há, aqui, uma impossibilidade de vinculação das pessoas jurídicas às pessoas naturais (e vice-versa) por mera conveniência de sustentar teorias insustentáveis. Enquanto a heterorresponsabilidade permanece, promovendo inúmeras atrocidades contra o Direito penal, cada vez mais prova-se, por outro lado, a imprescindibilidade de atender à autorresponsabilidade das pessoas jurídicas, a qual está inclusive de acordo com a principiologia firmada no plano constitucional.¹⁸⁷ Dentro da teoria significativa, a compreensão não só da culpabilidade, como da capacidade de ação da pessoa jurídica fazem-se presentes de maneira ávida: ao deixar de lado a ação como amparada em elementos volitivos inalcançáveis acrescidos de movimentos corporais, e sim compreendida como um significado, dentro de um código normativo e a partir de jogos de linguagem,¹⁸⁸ é possível extrair expressão de sentido comum linguisticamente e conforme as normas do ordenamento jurídico a ação de uma pessoa jurídica. A respeito do tema, Athayde ressalta que

(...) o núcleo da culpabilidade da pessoa jurídica em um plano constitucional residiria na infração de obrigações emanadas de normas-dever de forma que, como sujeitos que operam nas dimensões jurídico-econômicas, estão submetidos ao Direito, e deste emanam obrigações legais concretas cujo descumprimento fundamenta uma responsabilidade societária. Se trata de uma formulação da culpabilidade que requer um juízo normativo, tanto em sentido técnico, de capacidade, como de exigibilidade. Através destes dois juízos, dever-se-á comprovar a infração de um dever juridicamente exigível nas circunstâncias em que se cometeu o ato ilícito.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Assim trata CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: GARCÍA, Álvarez; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (coord.). **Comentarios a la reforma penal de 2010**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 71 e ss.

¹⁸⁷ Leia-se, assim, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. El plano constitucional en la responsabilidad de las personas jurídicas. In: MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coords.). **Represión penal y Estado de Derecho**: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018, p. 575 e ss.

¹⁸⁸ Cf. BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito Penal Empresarial. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, jan./jun. 2017, p. 223-224.

¹⁸⁹ ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa**: um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 113 f., 2021, p. 23-24.

Diante do acima descrito, parece que o caminho é muito menos a responsabilização dos dirigentes por aquilo que a empresa faz por omissão imprópria e sim muito mais compreender como a empresa pode ser responsabilizada nessas situações, considerando sua capacidade de ação e a permissão – ou melhor, a imposição – dada pelo ordenamento jurídico. Afinal, “não é razoável que as pessoas jurídicas gozem do privilégio de não se submeterem às mesmas regras de controle social que limitam os comportamentos das pessoas físicas”¹⁹⁰, assim como não é razoável que pessoas físicas respondam irrestritamente por situações que não estariam sequer previstas como seus deveres.

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In.: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís (coord.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Vol. 1. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 61.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender de que maneira – e se seria possível – a responsabilização dos dirigentes de sociedades anônimas por comissão por omissão a partir da delegação de funções a inferiores hierárquicos pela não evitação de resultados delitivos por eles cometidos. Para tanto, partiu-se da concepção significativa da ação, cunhada e desenvolvida por Tomás Salvador Vives Antón, a fim de compreender o instituto da comissão por omissão.

Inicialmente, parte-se do estudo dos administradores, dentro das Sociedades Anônimas, e as funções a eles distribuídas. Ali, fica evidente o recorte realizado: não trabalham-se com todas as figuras que compõe o quadro de uma Sociedade Anônima, e sim com os diretores societários, isto é, aqueles administradores eleitos para a realização de funções do mais alto calão hierárquico da companhia. Trata-se, portanto, de uma seleção das figuras que gerem a atividade empresarial e tratam da organização da empresa. Nessa análise, quatro deveres especiais na esfera penal podem ser, segundo a maior parte da doutrina, atribuídos a esses diretores: (a) controle de riscos; (b) cuidado, proteção e vigilância; (c) controle da ação da empresa (considerada fonte de risco); e (d) delegação de funções.

Concluiu-se que cada um desses deveres – com exceção da letra c, devido a desdobramentos posteriormente explicados – passa pelo filtro legal do artigo 13, §2º, do Código Penal, enquadrando-se nas hipóteses ali dispostas. Todavia, são os deveres que emergem da delegação de funções que ficaram por último e foram analisados detidamente: a uma porque a delegação faz com que dois sujeitos com deveres especiais existam dentro da empresa; a duas porque o tema não se resume à responsabilidade por deveres, e sim por uma equivalência significativa.

Assim, no capítulo que seguiu-se, para alcançar o marco teórico desta monografia, perpassaram-se as principais teorias do delito, compreendendo como a comissão por omissão verificar-se-ia em cada uma delas para, enfim, chegar a Vives. Com ele, enxergou-se a responsabilidade comissiva por omissão não mais pautada em uma posição de garantidor, em deveres assumidos por uma pessoa que culminariam em uma necessidade de ação não realizada, e sim que, tendo esses deveres, a omissão do sujeito equivalha significativamente à ação que é a ele conjugada, cumprindo, com isso, o princípio da legalidade.

Alcançadas as bases de sustentação da omissão imprópria, foi a delegação de funções analisada em três frentes: a delegação de funções lícitas, a delegação de funções ilícitas e a responsabilização por delitos cometidos pela própria Sociedade Anônima. Inicialmente, discorreu-se sobre a delegação de deveres e a origem de novos garantistas dentro da sociedade, ou seja, quais seriam os deveres especiais delegados aos inferiores hierarquicamente. Infere-se que essas figuras dos hierarquicamente inferiores, ao receberem funções dentro da sociedade, pode culminar em duas distintas possibilidades: (a) caso sejam as delegações realizadas pelo dirigente lícitas, o delegado assumirá os deveres indicados de forma integral, a eles respondendo pelo controle e pela vigilância; (b) caso as funções não sejam lícitamente delegadas, o delegado deve controlar e vigiar os deveres, porém sendo parcialmente exonerado no caso de derivarem danos dessa atividade – ou até mesmo sendo completamente exonerado, na forma da inexigibilidade de conduta diversa.

Por sua vez, os dirigentes das sociedades, ao delegarem deveres, não se eximem de responsabilidade penal, e sim remanesce a eles o dever de vigilância sobre a atividade do funcionário e de atuação, caso extrapole a atividade os limites de risco permitido pelo ordenamento. Sublinhe-se que não é essa atuação desmedida, mas sim dentro das possibilidades de atuação que seu cargo lhe confere – isto é, destituir o funcionário, contratar alguém para o reparo de uma máquina etc. Por outro lado, caso o dirigente atribua ilicitamente a funcionário uma função – seja por condição legal ou por ser a função pessoal –, ficará ele com todos os deveres especiais que teriam sido delegados; em outras palavras, é ele quem deverá desempenhar a função que repassou incorretamente.

Enfim, tratou-se de uma grande problemática que diz respeito à responsabilização dos dirigentes junto à pessoa jurídica, ferindo o princípio da culpabilidade ao responsabilizá-los por atos de terceiros (a pessoa jurídica).

De tudo que traz esse trabalho, percebe-se que a responsabilidade penal dos administradores de Sociedades Anônimas pela delegação de deveres e evitação de resultados dá-se diante do dever de vigilância e atuação diante da iminência de risco. Para que a imputação penal seja efetiva, contudo, imprescindível que haja uma equivalência significativa entre a omissão do dirigente e o tipo penal analisado, condição esta inarredável para o cumprimento do princípio da legalidade. Especialmente no que tange à responsabilização dos administradores ou não pelos atos da empresa, necessário estudo mais aprofundado a ser feito em investigações futuras, assim como os fundamentos e os casos em que há a responsabilização.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APONTE CARDONA, Alejandro. Superior jerárquico, omisión impropia y posiciones de garantía: tensiones actuales entre dogmática y jurisprudencia. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 287-319, jan./fev., 2013.

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 45-67.

ATHAYDE, Pedro Franco. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa**: um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 113 f., 2021.

BETTINE, Marco. Um olhar sobre a construção do conceito de ação comunicativa na. **Sociologias**, [S.L.], v. 19, n. 44, p. 334-359, jan. 2017. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-019004414>. Acesso em 15 jun. 2021.

BINDING, Karl. **Compendio di Diritto Penale**. Trad. Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927.

BOTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 171, n. 28, p. 131-151, set. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da ingerência**. Tese de livre docência, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Setembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito Penal Empresarial. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**: Uma Análise da Função Negativa do Conceito de Ação em Direito Penal a Partir da Filosofia da Linguagem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís (coord.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. Vol. 1. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARVALHO, Edward Rocha de. **Estudo sistemático dos crimes omissivos**.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissivos impróprios**: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad Penal por omisión del empresario**. Iustel: Portal Derecho, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón (org.). **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Madrid: Colex, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania**. Traducción al castellano de la 14 ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, v. 9, 1999.

GARCÍA, Álvarez; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (coord.). **Comentarios a la reforma penal de 2010**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, vol. 1. Racionalidade da ação e racionalização social. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, vol. 2. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. 2ª ed. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade penal do empresário por omissão**. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2020.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. **Revista Libertas**, nº 6, p. 145-272, jul. 2017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: Parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007.

MEINI, Iván. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, anual. 2015.

MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coords.). **Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**, vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (org.); LARA GONZÁLEZ, Rafael (coord.). **Derecho penal de la empresa**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.

PREDA DEL PUERTO, Ricardo (coord.). **Apuntes de Derecho Penal Económico**, vol. 3. Assunção: ICED, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 143, n. 26, p. 45-86, mai. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. y notas 2ª ed. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. **Derecho Penal y Criminología**, Navarra, v. 25, n° 75, p. 13-26, jan./dez. 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação: Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2ª ed. Madrid: Editorial IBdeF, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. València: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, Mª Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. por Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: Parte General**. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.