



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANTONIO ZACARIAS DE OLIVEIRA FILHO

**AS CONTENÇÕES DO TIPO OBJETIVO À OMISSÃO IMPRÓPRIA:
RESPONSABILIDADE PENAL NO CASO SAMARCO**

BRASÍLIA

2021

ANTONIO ZACARIAS DE OLIVEIRA FILHO

**AS CONTENÇÕES DO TIPO OBJETIVO À OMISSÃO IMPRÓPRIA:
RESPONSABILIDADE PENAL NO CASO SAMARCO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
– FD-UnB

Orientador: Prof. Ms. Guilherme Gomes Vieira

BRASÍLIA

2021

ANTONIO ZACARIAS DE OLIVEIRA FILHO

**AS CONTENÇÕES DO TIPO OBJETIVO À OMISSÃO IMPRÓPRIA:
RESPONSABILIDADE PENAL NO CASO SAMARCO**

Apresentação da monografia em 20 de Maio de 2021

BANCA EXAMINADORA

Ms. Guilherme Gomes Vieira
Orientador

Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Examinador

Dr. Ney de Barros Bello Filho
Examinador

AGRADECIMENTOS

Gosto de pensar que agradecer é um ato de integrar vivências à nossa própria existência. Nesse sentido, quantos caminhos inter cruzados foram os mesmos trilhos a me permitirem chegar até aqui. O primeiro dele, por óbvio, é o amor primeiro que me permitiu hoje escrever este trabalho.

Obrigado mãe, dona Rozangela, por ser a fonte da minha essência, por mesmo quando tudo foi tão difícil, ter sido a esperança contente de que o caminho me seria permitido, não sem esforço ou obstáculos, mas com o apoio de quem se fez vida e me fez prosseguir.

Obrigado Maria, por ser a minha maior admiração, não apenas como irmã, mas como ser humano que me faz enxergar o mundo com mais alegria, que me move em meu caminho com o mais puro afeto e carinho.

Mariana, obrigado a você por ser o meu porto seguro, ponto de partida e eterno retorno, minha luz guia e melhor amiga. Você sabe que é a definição de felicidade em minha vida.

À dona Olinda, por ser um exemplo de vida e a minha maior motivação para fazer o curso de Direito.

Às amigas que me incentivaram junto a essa inimaginável rota do Direito Penal, Déborah e Lauriane, obrigado por serem amparo, obrigado por serem apoio e obrigado por todo o tempo despendido em horas de conversa de pura aflição até concluir essa jornada, mas que valeu a pena cada segundo onde o medo do futuro era tão apenas a vontade de vivê-lo.

Aos amigos da faculdade e minha verdadeira família na Capital do país, Amanda, Joyce, Taquary, Thayane, Henrique, Larissa, Fernandes e Gabi, como pensar na Faculdade de Direito sem imaginar o rosto de vocês? Obrigado por terem sido, e serem, o significado de companheirismo e amizade por todos esses anos.

Aos amigos de toda uma vida, Beatriz, Gabriel e Maria Rita, obrigado por me apoiarem mesmo quando eu apenas sabia me preocupar com o que ainda aconteceria. Obrigado ainda por sempre me mostrarem que, onde é possível sorrir, é onde guardamos o nosso melhor eu.

Ao meu pai, obrigado por todo o carinho e amor que sempre teve comigo, obrigado também por toda atenção com os meus objetivos.

Ao vovô Mozart e à vovó Floripes, obrigado por serem a pedra basilar da minha história, e aos meus tios, Valter, Aparecida, Magno e Elaine, e aos meus primos, obrigado por serem a alegria e o amparo de sempre. Em especial à minha tia Magna, obrigado por todos os livros,

todas mensagens, todo apoio e ajuda nos momentos de maiores dificuldades nesses anos longe de casa.

Ao professor Ms. Guilherme Gomes Vieira, por ter sido não apenas um orientador, mas um verdadeiro divisor de águas na minha graduação. Sei que o apressar do semestre remoto não proporcionou maiores momentos, mas a oportunidade de poder partilhar essa etapa com alguém de extrema dedicação, atenção e carinho, é uma das verdadeiras marcas da graduação nessa minha jornada. Pela confiança e toda compreensão, muito obrigado, professor!

Aos professores Dr. Marcelo Navarro e Dr. Ney Bello, o meu muito obrigado por dividirem a experiência, compreensão, tempo e atenção dos senhores com a minha formação enquanto estudante e ser humano.

À Dra. Miriam Marsiglia, por ter sido minha grande inspiração de profissional e de vida, por acreditar tanto em mim e me motivar a desafios e possibilidades ímpares em minha graduação. O 12º Ofício Superior Criminal da Categoria Especial da DPU vai ser sempre uma das minhas mais afetivas recordações dessa caminhada.

À Faculdade de Direito e à Universidade de Brasília, minha eterna gratidão pelos dias mais intensos, desafiadores e apaixonantes da minha vida. O orgulho de carregar o saber, o carinho e o respeito por essas instituições será marca eterna em meu ser.

E como o mais importante se guarda para a atenção final, que nesse caso, se fez sempre primeira, obrigado a Deus, à Nossa Senhora do Carmo e à Santa Rita de Cássia por me permitirem os meios de trilhar essa jornada, por colocarem toda fé e força de vontade em minha vida, para nunca deixarem que eu me esquecesse que cada passo dado era a construção do caminho para alcançar e realizar os meus sonhos.

A todos que me possibilitaram trilhar por esse caminho e seguir acreditando que sonhar é mover nossa existência para um futuro de esperança, o meu mais sincero e cordial obrigado!

“No Man ought to be looked upon as guilty, before he has received his judicial Sentence; nor can the Laws deprive him of their Protection, before it is proved that he has forfeited all Right to it. What Right therefore can Power give to any to inflict Punishment upon a Citizen at a Time, when it is yet dubious, whether he is Innocent or guilty?”

(Catarina, A Grande, Rússia, 1767)

RESUMO

Apresenta-se a omissão como um dos âmbitos de maior desafio para imputação da conduta punível. Nesse contexto, a omissão que se equipara a um fazer ativo exige alinhamentos da estrutura do tipo penal para ser tutelada em equiparação ao delito comissivo expressamente previsto. Se no cotidiano social, as omissões impróprias se amoldam com assertivas dificuldades, na seara empresarial, em face da condução de sociedades empresárias, analisar a responsabilidade penal de seus dirigentes por não fazeres que se vinculam, de certo modo, a resultados lesivos, é atitude homérica em face da compreensão delitiva. Para tanto, compreender a configuração da omissão de um dirigente como conduta punível, exige a necessidade de se entender esta demanda frente à especial vinculação desse agente com o bem jurídico tutelado, isto é, sua posição de garante que o exigirá um cumprimento ativo de um dever de agir a fim de que o resultado seja evitado. Descumprido o dever, a relação de sua omissão com o resultado efetivará a possibilidade da sanção penal. Em face da ocorrência de recente desastre ambiental que desafia a aplicação das balizas próprias do Direito Penal, a análise do caso SAMARCO perante a responsabilidade penal de seus conselheiros trava necessário debate acerca do sustento dogmático-jurisprudencial para firmar-lhes a imputação ao tipo objetivo da omissão imprópria.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Tipo objetivo. SAMARCO. Dever de agir. Posição de garante.

ABSTRACT

The omission presents itself as one of the most challenging scopes for the imputation of a punishable conduct. In this context, the omission that equates to an active doing requires alignments of the penal type structure to be protected in the same way as the commissive crime expressly provided for. If, in the social daily life, improper omissions conform by assertive difficulties, in the business field, due to the conduct of business societies, analyzing the criminal responsibility of its leaders' failures to act that are linked, in a certain way, to harmful results, is a homeric attitude towards criminal understanding. Therefore, understanding the configuration of a manager's failure to act as a punishable conduct requires the need to understand this demand regarding of the special link between that agent and the protected juridical asset, *videlicet*, his position as guarantor that will require him to actively comply duty to act so that the result is avoided. Breached the duty to act, the omission's relationship with the result will effect the possibility of criminal sanctions. Given the occurrence of a recent environmental disaster that challenges the application of the own guidelines of Criminal Law, the analysis of the SAMARCO case towards the criminal responsibility of its counselors raises the necessary debate about the dogmatic-jurisprudential support to establish the imputation to the objective type of improper omission.

Keywords: Improper omission. Objective type. SAMARCO. Duty to act. Position of guarantor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CC – Código Civil
- CF – Constituição Federal
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- COPAM – Conselho Estadual de Política Ambiental da SEMAD
- CNRH – Conselho Nacional de Recursos Hídricos
- DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral
- EIA – Estudo de Impacto Ambiental
- ITRB – Independent Tailings Review Board
- HC – *Habeas Corpus*
- LSA – Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76)
- MP – Ministério Público
- MPF – Ministério Público Federal
- PCMG – Polícia Civil de Minas Gerais
- PF – Polícia Federal
- PNSB – Política Nacional de Segurança de Barragens
- P3P – Projeto Terceira Pelotização
- REsp – Recurso Especial
- RHC – Recurso em *Habeas Corpus*
- SEMAD – Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais
- SRF – Sistema de Rejeitos de Fundão
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região
- ZAS – Zona de Autossalvamento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1) REFERENCIAL TEÓRICO	14
1.1) Omissão enquanto conduta punível e equiparação à ação	15
1.2) Omissão própria e omissão imprópria	23
1.3) O tipo objetivo da omissão imprópria: a posição de garante	25
1.4) O tipo objetivo da omissão imprópria: a situação típica (de perigo).....	38
1.5) O tipo objetivo da omissão imprópria: o dever de agir	40
1.6) O tipo objetivo da omissão imprópria: a relação entre omissão e resultado (o nexos de “causalidade”)	42
2) A ABORDAGEM DOS ELEMENTOS COGNITIVOS PARA COMPREENSÃO DA CONTRVÉRSIA NO CASO SAMARCO	51
2.1) Dos elementos configuradores da imputação omissiva imprópria trazidos na denúncia pelo MPF	52
2.2) Da compreensão jurídica da controvérsia pelo TRF1 e os elementos que fundamentaram o trancamento da Ação Penal.....	59
2.3) Da chegada da controvérsia no Superior Tribunal de Justiça: os elementos constantes nos Recursos Especiais a requererem a tramitação da Ação Penal	61
3) O DIÁLOGO DOGMÁTICO-JURISPRUDENCIAL NA PONDERAÇÃO DO CASO SAMARCO	64
3.1) Análise da responsabilidade penal por omissão imprópria na seara empresarial: preceitos do tipo objetivo nas condutas omissivas dos dirigentes de Sociedades Anônimas	64
3.2) A compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tipo objetivo da omissão imprópria	78
3.3) O caso Samarco: Ponderações a respeito da responsabilidade penal dos conselheiros Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark Zweig e Margaret MC Mahon Beck	95
3.3.1) Possibilidade de figurarem os conselheiros enquanto garantidores. Garantia de vigilância e garantia de proteção	96
3.3.2) Do dever de agir dos conselheiros e da relação de sua omissão com os resultados observados (nexo de “causalidade”)	109
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

“A tragédia humana retratada na denúncia é deveras dolorosa e lamentável, dada a perda trágica da vida de pessoas inocentes e indefesas, num trauma indelével para as suas famílias, que abalou a nação e o mundo, e que não pode ser remediada”¹. Assim se inaugura a análise dos *Habeas Corpus* impetrados no TRF1 em face do rompimento da barragem de Fundão, no subdistrito de Bento Rodrigues, no Município de Mariana/MG, aos 05 de novembro de 2015. Entretanto, não se pautando o Direito a julgar emoções subjetivas, reconhece a decisão que “não são esses aspectos que estão (nem poderiam estar) em julgamento neste writ”². Evidentemente, ao Direito Penal cabe a tutela dos bens jurídicos que dele recebem dignidade protetiva, amparado ao escopo subsidiário e fragmentário da sanção penal à liberdade humana, em respeito basilar do Estado à liberdade e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, CF).

Nesse cenário, análises da criminalidade empresarial são temas que reforçam a dualidade da lógica penal, pois, conquanto demandem a tutela de um Estado-Juiz garantidor da integridade de bens jurídicos, desafiam a lógica interpretativa das normas penais para abarcar agentes que não possuem suas condutas vinculadas à imediata relação natural de causa e efeito. Entender esse cenário complexo se mostra ainda mais desafiador em um contexto onde o que se busca é a falta de conduta, a inação, que não é apenas o não fazer, mas o não fazer penalmente tutelável, isto é, aquele que, com igual potencial lesivo ao fazer ativo, que viola, igualmente, a dignidade de um bem jurídico tutelado pelo Direito positivo.

Contexto este que se insere o presente trabalho. Enquanto estudo de caso, busca compreender a lógica dos fatos e eventos que inserem situações ímpares do cotidiano social – o rompimento de uma barragem de rejeitos – perante a égide sancionadora do Direito Penal. Em sua face acadêmica, entretanto, a lente pela qual se enxerga essa dinâmica de fatos é a de compreender, dentro da conduta punível, o não agir enquanto hábil a correlacionar-se com o evento concreto, as capacidades necessárias do agente para aplicar-lhe, a este vínculo, uma responsabilidade penal. É compreender se, desse elo dogmático, há espaço para valoração frente ao tipo objetivo da então conduta delitiva.

¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.º 1029985-02.2018.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

² *Ibidem*

De modo que, o que se busca, evidentemente, não é a própria justificativa do resultado natural, mas, evidentemente, se dentro do Direito positivo, há âmbito de abrangência para conformar-lhe normativamente, isto é, da estrutura objetiva do tipo penal, há parâmetros para tornar o evento avaliado – o rompimento da barragem – em uma conduta típica, sancionada pelo Direito Penal.

Para tanto, o presente trabalho se propõe a avaliar a estrutura da omissão enquanto conduta punível, frente aos elementos objetivos do tipo omissivo impróprio, cerne da discussão quanto ao caso concreto analisado. No primeiro capítulo deste trabalho, há de se aferir a compreensão conceitual dos elementos a empregarem à omissão (imprópria) tal caráter, analisando o não fazer em equiparação a um fazer ativo para âmbitos de imputação penal. E, disso, a especial vinculação do agente com a conduta omissiva, isto é, a forma pela qual este deterá o dever de garantir sua execução, respondendo, efetivamente pela omissão praticada. Ainda, frente a esse sujeito, a existência desse dever e sua correlação, quando não cumprido, com o resultado observado, é de especial atenção nesse primeiro momento referencial.

Em um segundo capítulo, será abordada a estruturação dos fatos e elementos delimitadores da controvérsia verificada no caso concreto, compreendendo, dentre os momentos processuais oportunos, a sedimentação dos elementos dessa estrutura objetiva do tipo omissivo impróprio face a narrativa das condutas delitivas imputadas, observando, na óptica processual, os espaços de convergência e divergência para sua configuração.

Por fim, o terceiro capítulo administrará a competência de exemplificar essa estrutura dogmática em sede própria da criminalidade empresarial, apontando, na cúpula administrativa empresarial, os requisitos e parâmetros para a modulação da conduta omissiva imprópria punível, verificando, desde a vinculação do dirigente a um patamar juridicamente especial com a proteção do bem jurídico tutelado, até os reflexos do dever de agir derivado desse vínculo de garantia, e a conformação da conduta que o omite em face do resultado lesivo observado.

Ainda nesse terceiro capítulo, servirá de dupla sustentação para a ponderação do caso concreto, os elementos dogmáticos abordados, frente a uma compreensão jurisprudencial em sede do Superior Tribunal de Justiça, espaço de convergência do caso concreto, para buscar, através de tais meios, exercitar uma ponderação lógica a respeito da efetiva responsabilidade penal dos agentes abordados no caso concreto, sem que, contudo, busque encerrar um exame futuroológico do posicionamento final no Tribunal, buscando, apenas, face à dogmática e compreensão jurisprudencial do STJ, delimitar o âmbito de convergência da norma penal.

Por fim, justifica-se a organização do presente trabalho, enquanto estudo de caso, pela análise doutrinária e aferição de decisões judiciais, em sede do Superior Tribunal de Justiça, para o exame referenciado do caso concreto frente à delimitação da incidência da imputação ao tipo objetivo como abalizadora da responsabilidade penal.

O interesse pelo caso tem como argumento a disposição da análise do recente evento ocorrido com o rompimento da barragem de Fundão, em novembro de 2015, o qual, mesmo impossível de ser superada a tragédia humana, social e ambiental, demanda superação quanto à abrangência dos fatos à esfera penal, de modo que, buscando se compreender a configuração do tipo objetivo na omissão imprópria face à seara empresarial, não se encontra a mesma multiplicidade de casos analisados no dia a dia do Poder Judiciário, razão esta que sedimenta o interesse acadêmico, para além do dogmático e jurisprudencial, pela análise do caso.

Em face dos contornos jurisdicionais, entretanto, a busca de um padrão decisório no Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte unificadora da interpretação e aplicação da legislação federal, e, pois, sendo de discussão própria do Código Penal a omissão imprópria (art. 13, §2º, CP), a razão da importância da compreensão da Corte Cidadã, pautou-se na análise de acórdãos, para um posicionamento colegiado das Turmas julgadoras de Direito Penal na Corte, que enfrentaram o âmbito de análise da compreensão da temática.

Para tanto, analisou-se as principais referências à omissão imprópria no vocabulário jurídico da pesquisa referenciada junto ao site do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON/thesaurus/>)³. Em consulta ao repositório jurisprudencial do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>), pesquisando com base nos termos delimitados pela compreensão do tema na análise doutrinária⁴, modulados pela aferição junto ao vocabulário jurídico do Tribunal, foram localizados os acórdãos analisados no capítulo terceiro, como delimitadores de um padrão decisório do STJ a respeito da omissão imprópria e seu tipo objetivo.

³ Em referência ao padrão decisório da Corte e à literatura da temática, foram entendidos os termos “Crime Omissivo Impróprio”, “Crime Comissivo por Omissão”, “Risco Proibido”, “Teoria da Imputação Objetiva”, “Causalidade” e “Nexo Causal”, como principais termos utilizados no vocabulário jurídico das decisões do STJ.

⁴ Para a pesquisa no repositório jurisprudencial foram pesquisados os termos: “omissão imprópria”, “nexo de evitação omissão”, “causalidade omissão imprópria”, “teoria da imputação objetiva”, “comissão por omissão’ causalidade”, “comissão por omissão’ evitação”, “comissão por omissão’ imputação objetiva”, “comissão por omissão’ dever de agir”, “comissivo por omissão’ poder de agir”, “comissão por omissão’ nexos causal”, “omissivo impróprio’ causalidade”, “ação devida’ probabilidade”, “omissão imprópria’ posição de garante”, “omissão imprópria’ garantidor”, “omissivo impróprio’ garante”.

1) REFERENCIAL TEÓRICO

Assim como já defendia Nietzsche, “*na elaboração dos conceitos trabalha originariamente a linguagem e depois a ciência*”⁵, crucial para a compreensão do universo de ideias e discussões a ser enfrentado no presente trabalho, necessário se mostra a resolução da explicação semântica dos conceitos e elementos que agem como suporte lógico do tema tratado.

E isto, pois, como bem já enfrentado por Tavares, a discussão acerca dos crimes omissivos enfrenta questões que beiram a impossibilidade de resolução, levando a uma exponenciação de controvérsias acerca da legitimação e validade destes, o que, de certo modo, carrega em uma verdadeira crise dos delitos omissivos.⁶ De modo que, entender os conceitos por detrás dos crimes omissivos se mostra tarefa inafastável para a devida estabilização do patamar semântico, ao qual se busca equilibrar a construção lógica que se busca no presente trabalho.

Para tanto, compreender elementos inerentes aos crimes omissivos, ainda que de modo *en passant* devido à complexa abordagem realizada na doutrina, a respeito da omissão enquanto elemento próprio da responsabilização criminal, mostra-se ponto de partida para a compreensão do substrato jurídico do estudo de caso sobre o qual se debruçará nos atos seguintes.

A princípio, importa ressaltar que não se desconhece a complexa e profunda análise da doutrina, nacional e internacional, acerca da compreensão dos crimes omissivos, seja pela busca de uma normatização da omissão frente a elementos próprios da ação na teoria do delito, seja em buscas causais da compreensão daquela enquanto injusto. Não sendo o foco do presente trabalho uma abordagem compreensiva das divergências e construções argumentativas a respeito da configuração da omissão enquanto espécie de delito, o presente capítulo não buscará erigir uma revisão bibliográfica ao redor da teoria do delito, no que diz respeito à omissão penalmente relevante.

Há de se reconhecer que múltiplas visões a respeito de um mesmo instituto impregnam os debates a respeito dos crimes omissivos, entretanto, como já exposto, não sendo este o escopo ao qual se propõe o trabalho que aqui se desenvolve, razão não há para incursões de maiores profundidades em tal dimensão do Direito Penal, cabendo aqui, quando analisados os elementos

⁵ NIETZSCHE, Friedrich W. *Verdade e Mentira no Sentido Extramoral*. Apresentação por Noéli Correia de Melo Sobrinho. Comum, Rio de Janeiro, v.6 – nº17, 2001, p. 18

⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 17-19

referentes a cada aspecto conceitual tratado, apontar a visão conceitual a qual se privilegia, fundamentando a premissa teórica da qual se partirá para a análise do caso abordado.

Esse cenário não impede fortuitas exposições divergentes ou paralelas de compreensões múltiplas a respeito de um mesmo ponto referenciado, mas evidencia que, para o âmbito de estudo do presente trabalho, sua finalidade compreende a importação de tais conceitos, privilegiados aqueles com difusão majoritária na doutrina e jurisprudência pátrias, para a compreensão e discussão do caso concreto aferido, e não cruzadas teóricas na própria compreensão de tais conceitos.

Assim, expondo-se que o presente capítulo propõe-se a apresentar, sob a tônica da objetividade e clareza, a base conceitual dos elementos, que permitirão a compreensão da discussão a respeito da imputação de crimes omissivos impróprios, como analisados no caso concreto enfrentado adiante, parte-se, em um primeiro momento, a breves considerações acerca da compreensão da própria omissão, enquanto possível de ser compreendida em um aspecto jurídico-penal e de distinção, ou equiparação, com o conceito de ação.

1.1) Omissão enquanto conduta punível e equiparação à ação

Requisito basilar para a compreensão da qual se parte é a noção de que inexistente uma omissão em si mesma.⁷ O simples ato de omitir-se, sem uma referenciação a um objeto, expectativa, ou a uma própria conduta, é um irrelevante penal. Para que a omissão ganhe relevância no estudo do Direito, necessário se mostra que o ato de omitir tenha como correlato direto a frustração de uma expectativa amparada na norma jurídica.⁸

Entretanto, de modo que seja possível mencionar uma relevância penal da omissão, necessário que a norma frustrada se revista de caráter penal, é dizer, a formação da expectativa que se implica na norma frustrada demanda uma atenção ao princípio da legalidade, pelo qual mandamentos advindos de normas penais refletiriam a relevância penal à omissão que, a princípio, se mostra juridicamente relevante.⁹

Importante que se detenha, nesse ponto, a respeito da necessidade de se distinguir o caráter mandamental (imperativo) do caráter proibitivo das normas penais, e se tal definição

⁷MUÑOZ, Francisco C.; ARÁN, Mercedes G. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch – Valencia, 2010, p. 238; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)*. 23ª Edição rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, 319; TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 69.

⁸BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 34

⁹*Ibidem*, p. 35

agrega algum valor jurídico à configuração da relevância penal dada à omissão. Bottini, seguindo o raciocínio jurídico de Armin Kaufmann, compreende um aspecto distintivo entre mandados e proibições, ao passo que estes demandariam omissões (comportamentos negativos) e aqueles, ações (comportamentos positivos).¹⁰ Assim, diferenciadas ambas pelo objeto de referência tomado, as normas mandamentais exigem uma conduta ativa, vedando-se a omissão, ao passo que as normas proibitivas exigiriam a abstenção da conduta proibida, coibindo-a. Razão esta, inclusive, que, ao exigirem a realização de uma conduta ativa (ação), as normas mandamentais teriam conteúdo mais restritivo, uma vez que a conduta exigida para impedir-se a violação da norma seria específica (ou especificável).¹¹

Mesmo reconhecendo a omissão como violação de um dever jurídico encampado em uma norma mandamental¹², e não comungando de uma visão de que a omissão, assim como a comissão, decorreria de normas proibitivas, a exemplo de Zaffaroni¹³, ou de que podem ambas, omissão e comissão, serem reguladas, na mesma medida, por normas proibitivas e normas mandamentais, a luz do pensamento de Silva Sánchez¹⁴, Tavares compreende que não há, eminentemente, um caráter proibitivo ou mandamental único à norma, mas sim uma conjugação dos dois aspectos, subsistindo, entre ambas, uma relação dialética.¹⁵

Assim, para o autor, a norma proibitiva, ao vedar uma conduta, exigiria, simultaneamente, a realização de um dever complementar, e, a *contrario sensu*, igualmente ocorreria com a norma mandamental, de sorte que, em qualquer uma das duas, resistiria um caráter simétrico, mandamental ou proibitivo, a depender da exigência primeira de vedar ou exigir uma conduta. À busca da melhor compreensão, o exemplo dado pelo autor seria de que, a norma, “*ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade de respeito à vida humana*”.¹⁶

Logo, busca-se, assim, orientar, na conjugação dos comandos proibitivos e mandamentais, a própria orientação da conduta, mantendo o sujeito alheio à abrangência do

¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 36

¹¹ *Ibidem*, p. 37

¹² TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 257

¹³ ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal: Parte General (Tomo III)*. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 448-449

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2003, p. 191, *apud* BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 36

¹⁵ TAVARES, *Op. cit.*, p. 281

¹⁶ TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 37

injusto penal pela devida comunicação da integridade dos elementos normativos¹⁷, além de efetivamente tutelar o bem jurídico.¹⁸

De todo modo, ainda que existente tal divergência, não se aponta como âmbito de absoluta incongruência, pelo qual a adoção de uma excluiria o impacto incidente da outra. Razão esta que, pela compreensão majoritária na doutrina¹⁹ de que os crimes omissivos se dão com a violação de uma norma jurídico-penal mandamental, há de se adotar, no presente trabalho, tal compreensão, ressalvando, entretanto, que essa concepção teórica não mina com as correlações possíveis à compreensão de Tavares que, mesmo se tratando de uma ação exigida (norma mandamental), restará um dever em torno da obediência à conduta que a norma, complementarmente, veda.

O que permitirá compreender, então, que será dotada de relevância jurídico-penal a omissão que viola uma norma mandamental, imbuída a inação, ainda, de consciência e voluntariedade²⁰. O aspecto consciente e voluntário advém da teoria ontológica que, em um plano ainda pré-jurídico, se abastecer de um elemento hegeliano²¹ para, expressado na manifestação da vontade, delimitar a inação contraposta à ação.²²

Sobressaindo, pois, a possibilidade de a omissão atingir relevância jurídico-penal, um ponto que envolve maiores disputas conceituais se encontra na relação que detém a omissão para com a ação, se de proximidade, buscando uma unidade pragmático-conceitual, ou até uma equiparação dos institutos, ou se seriam completamente opostas na imputação do resultado.

Para tanto, a compreensão primeira de uma relação existente entre ação e omissão pautou-se na compreensão de caracterizar a essência da omissão, isto é, a compreensão da natureza da conduta omissiva, o não agir.

¹⁷ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 281

¹⁸ TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 37

¹⁹ BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)*. 23ª Edição rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 319; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 35; CUNHA, Rogério S. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 4ª Ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 168; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte Geral (Volume I)*. 19ª Ed. – Niterói – Rio de Janeiro: Impetrus, 2017; MUÑOZ, Francisco C.; ARÁN, Mercedes G. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch – Valencia, 2010, p. 237

²⁰ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 37

²¹ Destaca-se, entretanto, que o pensamento hegeliano essencial reconhece na omissão uma verdadeira manifestação da vontade, o que a equipararia com a ação. TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 88

²² *Ibidem*, p. 27

Tavares apresenta que a busca por uma unidade entre ação e omissão buscou uma congruência ao tentar, por critérios não-normativos, normativos e organizacionais, subordinar ambos conceitos a uma unidade referencial.²³ De modo que, a unidade entre ação e omissão, visou muito mais a satisfação de um modelo de punibilidade, do que a compreensão da omissão enquanto forma de conduta.²⁴

Cingindo tal razão, que, como apresenta Tavares, demonstra a inaplicabilidade do modelo apresentado, uma vez que incapaz de sedimentar a complexidade de cada modalidade (ação e omissão) em suas peculiaridades próprias, bem como afasta a omissão da compreensão de uma forma de comportamento imputável para se tornar a consequência do próprio processo de imputação, ou seja, desconsidera-se a necessidade de uma conduta que possa ser punida para privilegiar a punição em si própria.²⁵

A superação da conceituação da omissão em um referencial unitário à ação desaguou na visão equiparativa dos institutos, de modo que, não reconhecendo a omissão como forma de ação, ao modo da pretensão unitária, reconhece-se e reforça-se a concepção de distinção entre omissão e ação, mas, em um intento legitimamente, a fim de buscar validade jurídica à punibilidade penal das condutas omissivas, buscou-se critérios que pudessem justificar tal punibilidade à luz de uma equiparação com a punibilidade da ação.²⁶

Assim, não se busca uma referenciação ontológica, pura e simples, de divergência ou congruência entre ação e omissão, mas sim a análise desta última em relação à estrutura normativa do processo de imputação que se aplica à ação. Nesse caso, elementos equiparativos foram sendo erigidos, buscando assimilar um pressuposto válido e legítimo de punibilidade à omissão.

Inicialmente, por uma inserção dentro da seara da antijuridicidade, reconhece-se a omissão como a violação à um direito subjetivo²⁷, buscando dar um critério material à equiparação de sua punibilidade correlativamente à da ação. A concepção ao redor da violação à norma, isto é, da incidência da ilicitude na conduta omissiva a traria ao aspecto punível existente na conduta comissiva.

²³TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 68

²⁴ *Ibidem*, p. 67

²⁵ *Ibidem*, p. 82

²⁶ *Ibidem*, p. 83

²⁷ *Ibidem*, p. 85

Entretanto, as próprias concepções do conceito de ação, adjetivando na doutrina discussões acerca de um âmbito pragmático ou teleológico em sua subsunção no delito, não se pautaram como estáveis a uma equiparação irretocável da conduta omissiva à conduta comissiva, de modo que um outro elemento à esta equiparação fora adotado, qual seja, o da formulação da causalidade nas condutas omissivas.

Se o próprio intento de reconhecer a omissão enquanto conduta punível já sediou divergentes concepções na elaboração de teorias a justificarem sua punibilidade, a discussão da (não) existência e da (não) configuração de uma causalidade inerente à inação objetivou discussões ainda mais profundas na concepção da conduta omissiva punível.

O ponto de maior disputa a respeito de uma equiparação da omissão à ação, pelo reconhecimento de uma causalidade naquela, em essência próxima à configuração do resultado pela conduta observada que se denota na ação, mostra-se pela inafastável dificuldade de se reconhecer um não agir como instaurador de um processo causal produtor de um resultado.

De modo que, ao examinar o tema em sua Teoria dos Crimes Omissivos, Tavares reconhece que várias teorias de justificação da causalidade na omissão, de modo a equipará-la à ação, tomaram por rumo uma conduta ativa, divergindo, entretanto, se pautavam-se no agir distinto do agir mandado pela norma, ou se a causa do delito se encontrava no agir precedente, que se mostra capaz de produzir o delito e ao qual não há uma interrupção do curso causal pelo agente, desdobrando no resultado.²⁸

Outras teorias a respeito da equiparação da omissão à ação pela causalidade foram propulsoras desse movimento equiparativo para a punição da conduta omissiva, como a teoria da causalidade subjetiva, a teoria da interferência, a teoria da causalidade adequada e a teoria da suposta causalidade natural²⁹, entretanto, como foge ao escopo do presente trabalho aprofundar-se nas especificidades dogmáticas que definiram, pelo tempo, a formulação dos conceitos aos quais se fundamentam a concepção da conduta omissiva enquanto conduta punível, há que se privilegiar apenas os campos de discussão nos quais se embatem aspectos propositivos para a construção do raciocínio a que se presta o presente trabalho.

Assim, sob um ponto de vista ontológico, percebe-se que a discussão acerca da equiparação da omissão à ação não fora capaz de privilegiar uma noção de causalidade voltada à omissão, sem que se reconhecesse, para tanto, um substrato inseparável de uma conduta

²⁸ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 93-95

²⁹ *Ibidem*, p. 95-99

comissiva, seja prévia, seja devida, seja esperada, de modo que a causalidade, tida pela condição necessária à configuração do resultado, restou eivada de lacunas objetivas na concepção dos fatos. Como apontado por Tavares, toda tentativa de se atribuir uma causalidade específica na omissão restou fadada ao insucesso, visto margear aspectos meramente simbólicos.³⁰

Nesse ambiente crítico à formulação de uma causalidade na omissão, importante se mostra a abordagem de Bottini ao analisar os argumentos de Armin Kaufmann para refutar a ideia daqueles que tentaram conceber uma causalidade própria na omissão, por uma condição negativa, na seara da interferência, mesmo que para isso fosse necessário admitir a expansão da causalidade para além da causação física.

Como apontado por Bottini, Armin Kaufmann reconhece a existência de um elo causal entre o resultado e a omissão, entretanto, tal vínculo causal inexistente entre o omitente e a omissão, de modo que inexistente uma correlação entre a condição negativa que ocasiona o resultado e o agente omitente.³¹ Uma vez suprimida a omissão, o resultado é passível de igual não configuração, já que, não existente a condição negativa que o deu origem, igualmente suprimido resta o resultado ocasionado. Entretanto, suprimido o agente omitente, em um exercício argumentativo hipotético, não se correlaciona a uma estreita supressão do resultado, visto que não afeta a omissão em si mesma. Daí, portanto, concluir o autor que “*a omissão pode contribuir com o resultado, mas não o omitente*”³².

Nesse cenário, resta questionada a necessidade precípua de se promover uma equiparação entre a omissão e a ação, visto que, seja pela concepção hegeliana de assimilar ambos a uma manifestação da vontade humana; seja pela concepção causalista de dotar na omissão uma condição correspondente a causação do resultado, principiando pela necessidade de se reconhecê-la enquanto atinente a uma conduta ativa envolvida (necessária, prévia ou devida) ou na própria sintonia da condição negativa como equânime ao agir ativo, a equiparação se dotou meramente de um ímpeto equalizador da punibilidade das condutas omissivas, isto é, de legitimar a imputação do resultado ao agir omissivo frente a estrutura punitiva estabelecida para a ação.

O que se observa, entretanto, é que a necessidade de uma equiparação entre omissão e ação não deve fundar-se em uma mera necessidade de se justificar a punibilidade da omissão,

³⁰ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 108

³¹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 70

³² *Ibidem*, p. 70

mas, como defende Tavares, a fim de que se defina a própria essência do ato omissivo, ou seja, sua natureza, e como a tal se corresponde um impacto no círculo performativo de outrem.³³ É dizer, a omissão, enquanto materialização do comportamento humano, é um fato real, mas, para fim de que seja possível (e legítima) sua valoração enquanto jurídica e penalmente relevante, deve ser concebida complexamente, do ato individual ao agir coletivo, que toma tônica no descumprimento de um dever jurídico.³⁴

Sua equiparação à ação, então, reflete a busca pela definição da omissão em um contexto social, apta a funcionar como ato comunicativo da relação entre a inação de um indivíduo, performativamente, com o âmbito organizacional de um outro. A projeção dessa inação no contexto social, de modo a confrontar um terceiro e dele provocar (e esperar) uma reação (performance) é de onde se extrai a necessidade de equiparação da omissão com a ação, com o fim, inclusive, de se objetivar e delimitar o alcance da omissão enquanto conduta, legitimando-a.³⁵

Explicação esta que, inclusive, justifica a definição de Tavares da omissão como ato perlocucionário, pelo qual a violação do dever jurídico exposto na norma mandamental pelo agente observa, nesta, o reconhecimento de um ato de comunicação, no qual entende-se o agente e projeta-se a fim de orientar a lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico³⁶.

Desse modo, possível se mostra a equiparação da omissão à ação em uma esfera delimitadora do alcance da omissão enquanto conduta, ocasião na qual possa compreendê-la dentro da estrutura normativa do delito, e, preservado o reconhecimento da omissão enquanto conduta punível, possa se proceder a diferenciá-la da ação, seja em um campo ôntico propriamente normativo, a fim de que se reconheça a realização da conduta, se por ação ou por omissão, permitindo que, reconhecida a conduta omissiva, possa se distinguir, nesta, a forma pela qual a lesão, ou perigo de lesão, do bem jurídico se vincule à estrutura da norma que ordene ou vede o agir.³⁷

Proceder à diferenciação prática entre a ação e a omissão implica em diferenciar a punibilidade da inação de uma mera configuração da conduta comissiva culposa, dada a

³³ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 152

³⁴ *Ibidem*, p. 152

³⁵ *Ibidem*, p. 152-154

³⁶ *Ibidem*, p. 257-260

³⁷ *Ibidem*, p. 280

natureza desta de omissão (descuido) a deveres de cuidado na execução da ação³⁸, e, até mesmo, da própria conduta comissiva dolosa, quando duvidosa a natureza da norma ou interferências no âmbito causal infundam, simultânea ou conjuntamente, ações ativas e inações³⁹.

Nesse sentido, entende Tavares que será possível compreender a natureza da conduta pelo emprego ou da conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade funcional, ou através da orientação pelo conteúdo axiológico conferido ao fato.⁴⁰

No primeiro caso, o critério do ponto de gravidade valora a conduta com base em sua compreensão inferida pelo ordenamento social, isto é, pela compreensão da conduta em uma expectativa do contexto social que se insere, limitado, a fim de não romper com o princípio da legalidade, pela norma jurídica (penal), de onde se extrairá os parâmetros à esta determinação. A conjugação com a revisitação do critério da causalidade, pelo seu aspecto funcional, seria concebida pela orientação deste último não apenas à vinculação da conduta para a produção exclusiva do resultado, mas sim ao sentido daquela em relação à determinação da norma jurídica, precisando, especificamente, o contexto de lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico.⁴¹

Já na valoração da conduta pela referência ao conteúdo axiológico dado ao fato, percebe-se que a configuração da omissão restará realizada em relação ao dever de agir ordenado pela norma mandamental, relevando a atuação da conduta de modo a impactar sua omissão na esfera penal como juridicamente relevante, indiferente da posição desse dever de agir enquanto um dever geral de assistência, cuidado ou de impedir o resultado. De modo que, independentemente da conduta ativa de tal dever de agir imposto pela norma, restará configurada, pois, enquanto ação (comissão).

Logo, não se deslegitimando a permanência de uma importância e validade no reconhecimento distinto entre omissão e ação para a realização e compreensão da conduta prática, reafirma-se a aplicabilidade da compreensão formulada, pela qual, a equiparação da omissão à ação, em tal preceito, delimita a abrangência da conduta omissiva enquanto conduta punível, legitimando-a. Assim, reconhece-se a legitimidade da punibilidade da inação, enquanto conduta penalmente típica, e não apenas da punição em si mesma.

³⁸ TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 60

³⁹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 269-270

⁴⁰ TAVARES, *Op. cit.*, p. 50

⁴¹ TAVARES, X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 273-274

Permite-se, assim, o reconhecimento da omissão pelo modo no qual a norma mandamental vincula a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, distinguindo-a em omissões próprias e impróprias.

1.2) Omissão própria e omissão imprópria

Novamente aqui, uma pluralidade de teorias buscou fundamentar a necessidade, ou não, de se dividir os delitos omissivos. Entretanto, a fim de manter a coesão finalística a qual se propõe o presente trabalho, a exposição da divisão da omissão enquanto própria ou imprópria limitar-se-á apenas àquelas concepções que detenham de maior suporte doutrinário e jurisprudencial, não impedindo divagações breves e pontuais a respeito de considerações pertinentes que se fizerem necessárias.

Antes de adentrar na distinção conceitual entre omissão própria e omissão imprópria é importante ressaltar, novamente, que o escopo do presente trabalho se destina a explorar a abordagem do caso trabalhado à luz de critérios dogmáticos e os pontos nos quais concorrem ou se distanciam da compreensão jurisprudencial pátria. Para tanto, compreender que o instituto da omissão, especificamente, da omissão imprópria que será trabalhada, volta-se, neste trabalho, para a análise da responsabilização criminal de dirigentes de empresas enquanto garantidores, ou não, da proteção de bens jurídicos.

Razão esta que a apresentação do raciocínio que se faz a seguir, a respeito da delimitação conceitual da omissão imprópria e dos elementos de sua tipicidade, atenderam, conseqüentemente, a linha cognitiva que sedimenta sua aplicabilidade às situações inerentes ao caso tratado adiante.

Portanto, partindo de tal premissa, expõe-se a compreensão da distinção entre os crimes omissivos próprios dos crimes omissivos impróprios através do critério normativo. Aponta Tavares que, fundamentalmente, dois critérios são desenhados, originalmente, pela doutrina, quais sejam, o critério do sujeito e o critério da previsão legal.⁴² Pelo primeiro, define-se a distinção entre crimes omissivos próprios dos impróprios, conquanto nestes o agente deva ter uma relação específica para com a proteção do bem jurídico, exigindo-se dele um particular dever de agir, configurando-se, pois, a distinção por um dever de garante⁴³ e, naqueles, não haveria essa especificação do agente, sendo atribuíveis a qualquer pessoa.

⁴² TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 63

⁴³ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 57

O segundo, da previsão legal expressa, concebido por Armin Kaufmann⁴⁴, busca traçar, no âmbito do direito positivo, a distinção da omissão própria e imprópria, não sendo esta com base no resultado da conduta, mas sim na previsão legal que tipifique a modalidade da omissão imprópria.⁴⁵ Posição esta, inclusive, a qual se aproxima Bottini ao afirmar que a “*distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios é normativa e decorre da técnica de previsão legislativa do comportamento*”⁴⁶.

A divergência que se percebe entre ambos está situada na localização do dever de garante dentro da norma penal, enquanto entenda Armin Kaufmann que o dever de garante encontra-se em um tipo penal implícito em cada tipo penal comissivo previsto, mas que com este não se confunda e será distinto com base na peculiaridade de cada tipo penal⁴⁷, Bottini entende que este dever de garante se sedimenta na construção de uma cláusula geral de equiparação, na Parte Geral do Código Penal, equiparando uma omissão não tipificada a um tipo penal comissivo expressamente tipificado, para os tipos penais nos quais não se encontrar, a omissão imprópria, implícita em sua organização elementar.⁴⁸

Já para Tavares, em quem há uma reverência, igualmente, a um critério normativo, este não se aproxima da concepção de Armin Kaufmann e Bottini, nos quais a distinção se encontraria, evidentemente, na previsão legal de tipificar a modalidade da omissão imprópria, sendo que, para o autor, o critério da previsão legal expressa não é a pedra de toque na diferenciação dos crimes omissivos impróprios dos crimes omissivos próprios, mas sim o contexto comunicativo pelo qual a norma se funda, isto é, a forma pela qual a norma orienta a conduta do agente com relação à tutela do bem jurídico, tratando-se, da omissão, enquanto ato perlocucionário.⁴⁹

Uma vez que nas omissões impróprias, revela o autor, tem-se uma “*violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental*”⁵⁰, é na natureza da norma jurídico-penal que se extrai o fundamento primordial para a conjugação, junto a especial atenção ao dever específico do agente de evitar o resultado, que sustenta uma efetiva diferenciação entre os crimes omissivos próprios e impróprios. Assim, para Tavares:

⁴⁴ TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro : Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 63

⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 54.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 61

⁴⁷ *Ibidem*, p. 79

⁴⁸ *Ibidem*, p.62

⁴⁹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 282

⁵⁰ TAVARES, *Op. cit.*, p. 73

Haverá crime omissivo próprio toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma a violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.⁵¹

De tal percorrer conceitual é possível considerar, então, (i) a configuração da omissão como conduta punível, ontologicamente distinta da ação, mas passível de uma (ii) equiparação com esta para delimitar seu campo de abrangência enquanto conduta e, legitimando-a, não apenas se permite, mas igualmente se limita, o alcance de sua punibilidade, sendo, pois, (iii) diferenciada quanto à natureza da estrutura normativa do comando penal, em relação à especial posição do agente de atuar para garantir a preservação do bem jurídico, em omissão própria e omissão imprópria.

Essa construção teórica possibilita, neste momento, apresentar a estruturação da omissão imprópria a respeito da legitimidade da mesma enquanto conduta punível.

1.3) O tipo objetivo da omissão imprópria: a posição de garante

Uma vez demonstrada a dificuldade de se observar uma causalidade própria à omissão, buscou a doutrina fundamentar a equiparação da inação ao agir positivo através de um critério normativo, concebendo-se, originalmente em Feuerbach, a sistematização da conduta omissiva frente a um dever jurídico desrespeitado pelo agente omitente.⁵² A lógica em tal compreensão se consolida na imposição de um dever formal pela norma jurídica ao agente, fazendo dele o responsável por sua observância, a fim de se exigir deste um agir ativo para evitar a lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico.

Desse modo, a equiparação da omissão à ação sobressai ao campo causal, uma vez que se reforça a impossibilidade de uma não conduta causar um resultado, tomando forma no campo da antijuridicidade, conquanto se imponha, formalmente ao agente, pela norma jurídica, um dever de agir a fim de evitar a lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico, estando, na violação desse dever, a configuração da conduta omissiva punível.

A teoria do dever formal, como fora nomeada, buscou superar as dificuldades ontológicas de equiparar-se ação e omissão e encerrar as controvérsias acerca de uma

⁵¹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 295-296

⁵² BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 71

formulação natural de causalidade na omissão, pugnando, na violação da norma, isto é, no campo da ilicitude, a equiparação da omissão à ação enquanto conduta punível. Entretanto, a ausência de um critério material a delimitar o âmbito de abrangência desse dever legal de agir implicou incisivas problemáticas à aplicação da teoria do dever formal enquanto fundamento à punibilidade da omissão.

A principal problematização a respeito da teoria dos deveres formais se mostrou quanto à incontida expansão dos deveres formais aptos a imputar a omissão, isto, pois, sensibilizado tal dever quanto à óptica da norma jurídica, a responsabilidade por um resultado lesivo poderia ser imputado a todo aquele de quem se exigia um dever formal, ainda que extrapenal, até mesmo contratual, de agir, minando, como aponta Bottini, as balizas da subsidiariedade e da fragmentariedade da legalidade da norma penal⁵³. Ainda, segue o autor, tal critério afasta da responsabilização da norma penal aquele que não detém de um dever formal de agir⁵⁴, como aquele que assume a tutela do bem jurídico, mesmo que sequer contratualmente, ou quem, com uma conduta predecessora, crie um risco de ocorrência do resultado.

Estellita traz como indispensável à legitimação da punibilidade da conduta omissiva imprópria a apresentação de uma fundamentação material da posição de garantidor, assumida, em face do direito positivo brasileiro, às exigências constitucionais da legalidade e da igualdade⁵⁵, uma vez que seria inconciliável com o princípio da legalidade a atribuição originária de uma posição de garante por normas extrapenais e, a fim de que seja legítima a equiparação da punibilidade entra a omissão imprópria e a ação, necessária a equivalência no desvalor dado a ambas condutas.

Assim, a ausência de um elemento material na teoria do dever formal afasta sua devida aplicabilidade enquanto fundamento à punibilidade da omissão. Entretanto, não se deve desprezar que a noção de um dever de agir traz consigo, ainda que não originariamente⁵⁶, a concepção de uma figura garantidora da evitação da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

E a importância de tal compreensão se mostra na medida em que, à luz de ordenamentos jurídicos como o brasileiro, a figura do garantidor da evitação do resultado se mostra como elemento basilar para configurar os crimes omissivos impróprios. Ainda que se possa levantar

⁵³ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 72

⁵⁴ *Ibidem*, p. 73

⁵⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 84

⁵⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 299

a concepção de que nos crimes omissivos próprios reste, igualmente existente, um agente garante em relação ao contexto de periculosidade⁵⁷, ou até mesmo, um agente com dever de garante especial em crimes omissivos próprios de resultado não naturalístico⁵⁸, o dever de agir vinculador de uma posição de garante, nos crimes omissivos impróprios, encerra-se quanto a uma específica vinculação protetiva do agente para com a integridade do bem jurídico.

Nesse contexto, o desvalor da omissão imprópria enquanto conduta punível é observado pela necessidade de se fundamentar, em um espectro de materialidade penal, a posição de garante, da qual se observará o dever de agir do omitente no âmbito de sua tipicidade. Para tanto, a posição de garante demanda um elemento material, sendo que, para autores como Estellita, seu fundamento é, inexoravelmente, a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico, restando às normas extrapenais a capacidade de limitar o dever advindo dessa posição e a capacidade de agir do agente que nela se enquadre, delimitando, igualmente, os contornos dessa responsabilidade.⁵⁹

O prognóstico inicial da fundamentação desse elemento material advém de Armin Kaufmann, para quem, postulando uma divisão funcional da posição de garantidor na omissão imprópria, refere-se à posição de garantidor de proteção e à posição de garantidor de vigilância⁶⁰.

Dentro do conceito de garantidor de proteção, insere-se a noção de tutela do bem jurídico por uma responsabilidade do garantidor em vigiar e conter ameaças à integridade deste, independente de uma interferência antecedente em seu campo de abrangência.⁶¹ Há, aqui, a configuração de um verdadeiro estado de sujeição do bem jurídico desamparado para com o garantidor, a qual configura uma relação de dependência⁶² pela vulnerabilidade que o bem jurídico se encontra ou se coloca, dado o amparo, ou expectativa de amparo, fiduciário recíproco para com o garantidor, excluindo, assim a responsabilidade por âmbitos tutelados na autorresponsabilidade do sujeito, isto é, de sua autonomia individual⁶³.

⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 59

⁵⁸ *Ibidem*, p. 58-59

⁵⁹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87-88

⁶⁰ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 301

⁶¹ ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 95

⁶² *Ibidem*, p. 98

⁶³ *Ibidem*, p. 98

Já a conceituação de garantidores de vigilância envolve a estabilidade da fonte de perigo ao bem jurídico em um patamar permitido. É dizer, o próprio dever de fiscalizar e controlar uma fonte de perigo. Caso sobressaia ao limite do permitido, demanda-se uma atuação do agente de forma a regressar a fonte de perigo aos níveis permitidos e/ou evitar a ocorrência do resultado desvalorado aos bens jurídicos sediados na faixa do risco.⁶⁴ Refere-se ao correlato dever de cuidado para com o âmbito de autonomia alheio daquele que utiliza a liberdade de auto organizar-se e gerir sua esfera de autonomia própria dentro do contexto social.

Dentro da posição de garantidor de vigilância, destaca-se a existência de três subgrupos referenciais: o de responsabilidade por coisas perigosas; o de responsabilidade por pessoas perigosas; e o de responsabilidade pela criação do risco pelo atuar precedente (juridicamente desaprovado), comumente chamando de ingerência.⁶⁵

Existem deveres de vigilância pelo controle de coisas que possam ameaçar lesionar bens jurídicos alheios, impondo ao agente controlador da coisa perigosa, o dever de agir a fim de evitar a materialização de tais lesões (como animais, carros, imóveis).

Refletem-se os deveres de vigilância, também, às pessoas que possam ser tidas como fontes de perigo, compreendidas, estas, entre aquelas (i) que não detêm da plena autorresponsabilidade por seus atos (filhos menores de idade em relação a seus pais, pacientes de um clínica psiquiátrica em relação aos médicos), e aquelas (ii) que, detendo da plena compreensão de sua autorresponsabilização, são colocadas sobre a responsabilidade de um garantidor pelo ordenamento jurídico (como detentos em relação ao carcereiro e diretor da penitenciária).⁶⁶

Ainda, há a correlação de deveres de vigilância em razão da responsabilidade pela criação prévia de um risco por uma conduta antijurídica. Nesse caso, o agente se constitui enquanto garantidor de vigilância e salvamento dos bens jurídicos colocados em risco pela criação de um risco originado em uma conduta juridicamente vedada do agente.

Neste último caso, há que se compreender que a menção a uma conduta antecedente antijurídica impõe uma compreensão imediata de que tal risco se cria através de uma conduta comissiva, sendo o elemento fundante a antijuridicidade da mesma. Conquanto evidente que se

⁶⁴ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 101-102; BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 95

⁶⁵ *Ibidem*, p. 100

⁶⁶ *Ibidem*, p. 101

exija uma conduta comissiva antijurídica, a fim de responder o agente enquanto garantidor de vigilância pela omissão imprópria⁶⁷, a conduta antecedente omissiva, apesar de que, evidentemente, não crie o risco⁶⁸, pode servir para transformar o risco originariamente permitido em proibido. É dizer, pode a omissão ser o elemento a desestabilizar o risco permitido de modo tal que legitimará a imputação do resultado lesivo observado a título de omissão imprópria ao agente omitente que, inauguralmente, desempenhava uma conduta juridicamente permitida.⁶⁹

Observa-se, então, que a modulação das posições de garantia em elementos materiais do Direito Penal fundou uma verdadeira mudança de paradigma na doutrina quanto à compreensão da tipicidade (objetiva) dos crimes omissivos impróprios, superando-se uma construção pautada meramente nos deveres formais atrelados à conduta. A divisão funcional de Armin Kaufmann possibilitou a tomada dessa compreensão de modo a frutificar, na doutrina, critérios definidores dos fundamentos materiais das posições de garantidor em si mesmas consideradas.

Dentre essas múltiplas correntes, observa-se em duas delas uma definição de elementos que conjuga, com maior aceitação doutrinária, uma latente robustez argumentativa.

A primeira delas, baseada no domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, encampada por Schünemann e seguida, no Brasil, por Estellita, volta-se à necessidade de equivaler a imputação de resultados advindos de uma omissão com os de uma ação, através de uma verdadeira razão de igualdade.⁷⁰ O fundamento de tal concepção se encontra na equiparação do domínio da causa ou fundamento do resultado que detém o agente na conduta comissiva, com o domínio real que igualmente detém da causa ou fundamento do resultado na conduta omissiva.

Para tanto, o conceito de domínio é compreendido, na conduta omissiva, de modo duplo, sendo o (i) domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, assumindo à posição de garantidor um papel de empregar deveres de salvamento ao bem jurídico em perigo⁷¹, ou o (ii) domínio

⁶⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 101-102; BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 166

⁶⁸ *Ibidem*, p. 29

⁶⁹ *Ibidem*, p. 118; ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 102-103

⁷⁰ ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 89

⁷¹ *Ibidem*, p; 89

sobre uma causa essencial do resultado, situação na qual a posição de garantidor implica ao agente o comando/gestão sobre a fonte de perigo que ameaça o bem jurídico.⁷²

Um segundo critério é o critério apresentado por Bottini, que fundamenta na origem do risco a posição de garantidor. Para o autor, a figura do garante na omissão imprópria pode ser diferenciada em relação a (i) riscos próprios e a (ii) riscos alheios.

Considera Bottini que, quando o perigo ao bem jurídico advém de fora do campo de organização subjetiva do agente, o risco de lesão é alheio a este, de modo que, não tutelando o tipo penal comissivo uma realização do resultado, simultânea ou alternativamente, por um fazer e/ou um não fazer, em regra, não será admitida a imputação do resultado à omissão, a menos que seja expressamente permitido pela lei, em uma equiparação prevista na Parte Geral do Código Penal.⁷³ Entretanto, pondera o autor que, quando o próprio agente omitente instaura a situação de perigo ao bem jurídico por um proceder comissivo antecedente, e se furta a agir para impedir a continuidade do curso causal até o resultado desvalorado, tal omissão se insere no próprio âmbito organizacional do omitente, alinhando-se, pois, a condução de um risco próprio.⁷⁴

Nesse último caso, ainda que não expressamente disposta uma cláusula de equiparação na Parte Geral do Código, mesmo assim tal conduta poderá ser punida com base no tipo comissivo expressamente tipificado, visto que o omitente cria o risco de ocorrência do resultado por uma conduta ativa, após a qual este se omite de impedir que se produza o resultado desvalorado.

Apresentar os critérios pelos quais se pode conjugar uma fundamentação da posição de garantidor em um elemento material inerente ao Direito Penal justifica-se pela compreensão da omissão imprópria dentro do amparo da conduta punível e, desse modo, delimitar sua abrangência ao resguardo da legalidade penal trazida pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIX, CF). Mas, não apenas, é também encontrar, sob a égide da legalidade, o elemento de legitimação da adequação típica da omissão à ação, adotado pelo Código Penal Brasileiro, em respeito às omissões impróprias.

O alinhamento a um elemento material não deve ser concebido, de toda forma, como um intento expansor da responsabilização por omissão imprópria, senão, no sentido transversalmente oposto, de conceder limites e demarcações à responsabilidade penal pela

⁷² BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 86

⁷³ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 114-115

⁷⁴ *Ibidem*, p. 116

omissão imprópria. Ressalta-se que o elemento material buscado não é o de conceber puramente como garante aquele que detém de um dever qualquer de proteção ou vigilância a um bem jurídico, mas de enxergar tal dever em simetria com o elemento formal advindo da norma penal, em consonância com a subsidiariedade e legalidade que regem o Direito Penal, delimitando, concretamente, o conteúdo da norma penal.

Como assevera Tavares, certo que o dever de agir imbuído em uma cláusula de adequação típica da omissão “*não constitui matéria exclusivamente penal, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social empreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção (sic) para com as outras*”⁷⁵. Todavia, tal compreensão não afasta o necessário alinhamento desse dever com a estrutura normativa que disciplina sua aplicação ao sujeito tido por garantidor da integridade do bem jurídico tutelado.

Dispõe o Código Penal, junto ao art. 13, §2º, as modalidades perante as quais se atribuirá a alguém o dever de agir a fim de evitar a realização do resultado desvalorado, isto é, demarca o modo de configuração da posição de garante ao sujeito em omissão imprópria. Assim, conceber a omissão dentro de um critério de domínio ou em relação à origem do risco permite não apenas delinear o alcance da responsabilização do agente omitente garantidor, mas igualmente reconhecer os mecanismos materiais desse dever de agir frente à conduta omissiva.

É dizer, é encontrar esteio à própria tipicidade objetiva-conglobante⁷⁶ da omissão imprópria dentro da teoria do delito. Além, proceder à compreensão dos mecanismos de fundamentação da posição de garante dentro de um elemento material permite alocar aquela de acordo com a previsão legal das alíneas do §2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro, em um contexto de validade e legitimação da imputação, compreendendo, dentro das previsões legais, a abrangência, profundidade e extensão de seu conteúdo.

Ainda, na concepção de Tavares da omissão enquanto ato perlocucionário⁷⁷, a estruturação dos elementos materiais da norma, dentro da própria organização normativa da conduta, permite a devida orientação da conduta, a fim de gerir-se o indivíduo dentro do

⁷⁵ TAVARES, Juarez E. X. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996, p. 70

⁷⁶ ZAFFARONI, Raúl.; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro.; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Segundo Volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica; ação e tipicidade*. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 352

⁷⁷ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 281

contexto comunicativo extraído da norma penal, para identificar-se frente à proteção, ou ameaça, à integridade do bem jurídico tutelado.

Assim, conceber a alocação das posições de garante dentro de uma divisão funcional entre garantidores de vigilância e garantidores de proteção é delimitar, com maior rigor, a modulação do dever de agir imbuído a alguém que detenha o controle da fonte de perigo ou a proteção sobre determinado bem jurídico, tempera o enquadro normativo da alocação desse dever frente uma obrigação direta da lei (art. 13, §2º, ‘a’, CP), frente sua assunção fática (art. 13, §2º, ‘b’, CP), ou frente, ainda, a ingerência que o cria (art. 13, §2º, ‘c’).

Mesmo que se pondere na doutrina críticas quanto à não demonstração expressa dos fundamentos dessas duas classes⁷⁸, é, igualmente, um elemento extra na demarcação da posição de garantia frente a um critério puramente formal e excessivamente abrangente da responsabilização penal pela omissão imprópria.⁷⁹

Soma-se, ainda, que, não agrupando barreiras à compreensão das próprias posições em si, não repele a aplicação de elementos materiais que visem sedimentar a demarcação material das posições de garantia consideradas em si mesmas, como o critério do domínio sobre o fundamento do resultado (Schünemann) ou o critério sobre a origem do risco (Bottini). Modo este que, compreender a divisão entre garantes de proteção e de vigilância, não impede reconhecer a aplicação dos critérios materiais aptos a fundamentarem as próprias posições de garante (domínio e/ou origem do risco) frente à estrutura normativa designada pelo Código Penal.

O Código Penal Brasileiro, ao disciplinar as formas pelas quais o agente omitente figurará na posição de garantidor, organizou-se da seguinte forma:

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.

⁷⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 104

⁷⁹ *Ibidem*, p. 105

Como aponta Bottini, a norma, da cabeça do art. 13 até suas alíneas, encerra elementos de imputação (de causalidade hipotética) – “*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*” (art. 13, *caput*, CP) –, limites ontológicos – “*a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*” (art. 13, §2º, CP) – e normativos – “*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*” (art. 13, §2º. ‘a’, ‘b’ e ‘c’, CP).⁸⁰

Assim, a estrutura normativa das posições de garante apresentadas pelo Código Penal Brasileiro abarcam o dever de agir imposto pela Lei (art. 13, §2º, ‘a’, CP), pela assunção (art. 13, §2º, ‘b’) e pela ingerência (art. 13, §2º, ‘c’). Tais disposições normativas necessitam ser conjugadas com um critério material, jurídico-penal, a fim de que possam ser delimitadas e moduladas em função da ausência de demarcação de seus conteúdos pelo Código Penal.

Além do mais, convém ressaltar que, atendendo não apenas ao princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIV, CF), e aos preceitos da subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade do Direito Penal, mas igualmente à contenção do poder punitivo estatal em virtude da preservação da dignidade da pessoa humana⁸¹, a abrangência material das posições de garantia deve ser sempre interpretada restritivamente.

A obrigação de cuidado, proteção ou vigilância instituída pela Lei (art. 13, §2º, ‘a’, CP) deve ser compreendida como a instituição de um dever jurídico-penal de evitar o resultado lesivo através da imposição de lei formal de caráter penal. Esta é a única apta a determinar a omissão penalmente relevante⁸², sendo que, a legislação extrapenal detém uma capacidade tão apenas de apresentar contornos à capacidade da ação tomada a evitar a ocorrência do resultado lesivo, isto é, pode limitar a responsabilização penal pela omissão imprópria e delimitar o dever de garantia⁸³, mas jamais instituí-lo.

Não obstante posições contrárias, que entendem que qualquer Lei em caráter formal possa intitular a posição de garante⁸⁴, e até mesmo qualquer ato normativo, sem a necessidade

⁸⁰ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 125-126

⁸¹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 303

⁸² BOTTINI, *Op. cit.*, p.28

⁸³ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 88

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)*. 23ª Edição rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 323-324; LUISI, 1991, p. 108, *apud* NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito*

de ser Lei em caráter formal⁸⁵, parecem alinhar-se de maior pertinência ao princípio da legalidade às posições que compreendem que apenas a Lei penal em caráter formal possa intitular tal posição de garantia⁸⁶.

Nesse contexto, cumpre ainda expor que apenas as obrigações legalmente impostas de cuidado, proteção ou vigilância atinam-se a posição de garante legalmente imposta. Entende Tavares que:

A obrigação de cuidado compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de proteção se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio.⁸⁷

Estellita, apesar de não discordar que possa a Lei penal em caráter formal intitular uma posição de garante, aponta que não é a valoração meta-jurídico-penal que crie posições de garantidor⁸⁸, mas sim a avocação concreta de uma fonte de perigo ou da efetiva tutela de um bem jurídico⁸⁹. Desse modo, acentuada a seguir a concepção de Schünemann pela fundamentação da posição de garante no critério do domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, é este domínio, evidentemente, que cria a posição de garante, servindo a regulação dada pela norma jurídico-penal a abrangência desses deveres penais de cuidado, proteção ou vigilância, cabendo à legislação extrapenal apenas a configurar e delimitar a capacidade jurídica de agir desse garantidor.

Já a posição de garantia em face da assunção (art. 13, §2º, 'b', CP) demanda, para Tavares, a assunção fática de proteção do bem jurídico, devendo o agente garantidor tão apenas demonstrar a aceitação (vontade) a assim proceder e ingressar, evidentemente, no escopo dessa

Penal – Parte Geral. 14. Ed. - [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 180; TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 305

⁸⁵ LUISI, 1991, p. 108, *apud* NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 14. Ed. - [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 180

⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 38; SANTOS, Juarez C. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 203

⁸⁷ TAVARES, 2012, 306

⁸⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87

⁸⁹ *Ibidem*, p. 88

proteção.⁹⁰ Igualmente se alinha Estellita, para quem, a posição de garantia pela assunção demanda que a tutela do bem jurídico no âmbito de responsabilidade do agente garante seja fática e real⁹¹. Entretanto, para a autora, podem ser assumidos, igualmente, deveres de proteção como os de vigilância, o que implica, ao comparar com a divisão funcional de Armin Kaufmann, a configuração da garantia do bem jurídico pelo agente tanto os deveres de conter e vigiar as ameaças externas, que podem lesionar o bem jurídico, quanto os deveres de conter e vigiar as fontes de perigo que podem colocá-lo em risco.

Por fim, quanto à posição de garante do agente que “*com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*” (art. 13, §2º, ‘c’, CP), comumente adotado na doutrina chamar tal posição de garante por ingerência, há que se analisar a criação do risco de ocorrência do resultado por uma conduta antecedente do agente, percorrendo o caráter, a natureza e as implicações desse risco, bem como a compreensão da própria conduta antecedente que menciona o dispositivo.

De antemão, importa destacar que, mesmo reconhecendo a importância do critério do domínio sobre o fundamento do resultado de Schünemann, para delimitar em um elemento material o substrato das posições de garante, não se adota neste trabalho a crítica do autor quanto a desnecessidade de um conceito de ingerência para a omissão imprópria. Na visão de Schünemann, haverá a equiparação da omissão com a ação quando o agente omitente dominar a causa essencial do resultado ou o desamparo do bem jurídico, de modo que, ou o omitente será detentor do domínio atual da fonte de perigo ou do desamparo do bem jurídico, ou não o será, sendo completamente irrelevante ter sido criado um risco ao bem jurídico por uma conduta prévia do agente⁹², não havendo espaço para se falar em ingerência.

Tal posicionamento não privilegia o reconhecimento que a própria Lei dá à especial relação entre o agente que, com sua conduta predecessora cria o risco de ocorrência do resultado desvalorado, e o próprio curso causal desenvolvido até a ocorrência do resultado. De modo que é essa qualificação do agente omitente que cria o risco de ocorrência do resultado por uma conduta sua predecessora, que legitima a equiparação da omissão com o agir comissivo.⁹³ Razão pela qual nos vemos distanciados de, ao exemplo de Estellita, que, mesmo seguindo o critério

⁹⁰ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 313

⁹¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 103

⁹² BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 150

⁹³ *Ibidem*, p. 154

do domínio, reconhece a intitulação da posição de garantia pela ingerência⁹⁴, alinharmos-nos a essa negação da ingerência proposta por Schünneeman.

Nesse sentido, o trabalho desenvolvido por Bottini, ao tratar especificamente da ingerência, enquanto substrato material da posição de garantidor jurídico-penal, apresenta uma robusta compreensão da temática.

Para Bottini, a ingerência intitula a posição de garante na omissão imprópria, pois, nesse caso, o agente omitente promove seu espaço de organização autônomo de modo a colidir com o âmbito de direitos de um terceiro, lesionando-os.⁹⁵ Entretanto, do próprio comando legal se observa que essa inserção do agente omitente na esfera de direitos alheia se dá por uma conduta positiva daquele, o que reflete, então, que, na ingerência, a omissão se coloca perante riscos próprios.⁹⁶

Nesse âmbito, o primeiro elemento trazido para caracterizar a omissão imprópria por ingerência é o da criação comissiva do risco, devendo se entender, neste, a qualidade da omissão que se segue. Ora, de certo que a omissão não cria um risco⁹⁷, como já mencionado anteriormente, pode, entretanto, alterar a natureza do mesmo. Logo, havendo uma unidade causal e normativa do resultado com a conduta comissiva precedente, a omissão após a criação do risco não refletirá efeitos sobre a valoração da conduta.

Entretanto, quando é pela omissão que se altera a qualidade do risco, isto é, quando um risco inicialmente permitido é desestabilizado pela conduta omissiva do agente, a fim de se tornar um risco juridicamente proibido, a omissão passa a ser a questão essencial do delito⁹⁸, agindo de igual forma quando ocorre uma alteração substancial no elemento subjetivo da conduta no momento da omissão, passando o agente a agir dolosamente ao praticar a inação, mesmo não o tendo iniciado a criação comissiva do risco com dolo.⁹⁹

Constatada a criação do risco proibido por uma conduta prévia comissiva, ou a desestabilização do risco permitido pela omissão, há que se entender a natureza do risco enquanto permitido e não permitido.

⁹⁴ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 121-122

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 162

⁹⁶ *Ibidem*, p. 163

⁹⁷ *Ibidem*, p. 29

⁹⁸ *Ibidem*, p. 164

⁹⁹ *Ibidem*, p. 164

Por risco permitido, entende-se comportamentos e condutas perigosas toleradas e incentivadas pela dinâmica social, desde que respeitadas normas de cuidado que visem a garantir a preservação de tais perigos sob limites admissíveis pela sociedade.¹⁰⁰ Já o risco não permitido pode ser conceituado como a “*conduta arriscada que viola normas de cuidado vigentes (em) determinada ordem jurídica*”¹⁰¹.

Conhecida a natureza do risco, a sua criação implica ao agente que o cria a observância a deveres de controle e/ou de salvamento, a depender da natureza do risco criado. Nos deveres de controle, o agente criador do risco ainda o mantém sobre seu domínio, estando plenamente gerido pelo criador e devendo este agir de modo a mantê-lo estabilizado dentro dos padrões autorizados, respeitando normas de cuidado, as quais podem ser proibitivas ou mandamentais.¹⁰²

Dentro dos deveres de controle não há diferenciação pragmática quanto à natureza do risco, se permitido ou proibido, uma vez que em ambas situações pondera sobre o agente criador do risco o dever de cuidado, a fim de controlar o risco em um patamar autorizado, responsabilizando-se, no caso de omissão a esse dever, pelo resultado lesivo advindo. Aqui, apenas a conduta comissiva cria o risco, conquanto se trate de uma criação propriamente dita, a qual não pode ser concebida por uma inação.

Os deveres de salvamento, por outro lado, situam-se quando o risco inicialmente criado extrapola para fora da zona de controle do agente criador, ou quando o risco provoca um curso causal independente, perante o qual o controle sobre o risco inicial se mostra insignificante para impedir a ocorrência do resultado. Nesse caso, surge para o agente criador um dever de agir de modo a salvar o bem jurídico.¹⁰³

Nos deveres de salvamento, o risco antecedente tem que ser necessariamente antijurídico, isto é, não permitido, de modo que se possa exigir do agente criador a conduta de salvar o bem jurídico. E tal exigência, pois, o risco permitido não implica qualquer responsabilidade ao salvamento do bem jurídico, conquanto, a princípio, este não se encontre ameaçado. E ainda, considerar um dever de salvar apenas quando houver a violação de uma norma de cuidado em uma conduta predecessora, que cria o risco proibido, alinha-se em referência normativa à conduta desvalorada.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 171

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 180

¹⁰² *Ibidem*, p. 175

¹⁰³ *Ibidem*, p. 193

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 196

Delimitados, pois, os aspectos materiais que preenchem e delimitam as estruturas das posições de garante trazidas pelo Código Penal Brasileiro, alinhando tais com a própria estrutura normativa da omissão imprópria, cumpre, ainda, delimitá-la quanto aos demais elementos de sua tipicidade objetiva, cerne do presente trabalho.

De certo que a estrutura da tipicidade objetiva dos crimes omissivos impróprios comporta, usualmente, a análise da posição de garante após os demais elementos do tipo objetivo, entretanto, pelo escopo a que se pautou a confecção de um referencial teórico à compreensão sintático-semântica dos conceitos abordados, iniciar-se pela abordagem da posição de garante, logo após a análise da omissão enquanto conduta punível e sua divisão em omissão própria e imprópria, alcançava maior simetria com a finalidade aqui buscada.

Modo este que, compreendidos tais parâmetros, há que se abordar, como elementos do tipo objetivo da omissão imprópria, a (i) situação típica, o (ii) dever de agir e a (iii) (não) causalidade na omissão.

1.4) O tipo objetivo da omissão imprópria: a situação típica (de perigo)

Em um sistema jurídico-penal pautado na lógica de proteção de bens jurídicos¹⁰⁵, há que se pautar como despertadoras do interesse punitivo estatal as condutas que se voltem a ameaçar e lesar aqueles, de modo que, no caso da omissão, a inação detém de um caráter transgressor da norma de comando¹⁰⁶, a qual, ao fim e ao cabo, visa tutelar um bem jurídico específico.

Aliada tal concepção à disposição do Código Penal Brasileiro de que o “*resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa*”, sendo que, por causa, igualmente se entende o Código como a “*ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*” (art. 13, *caput*, CP), e, no caso da omissão (imprópria), esta se mostre “*penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*” (art. 13, §2º, CP), permite-se, como válida e pertinente, a concepção de que o resultado mencionado

¹⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 42; GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.30; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61

¹⁰⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 336

pelo Código não se afeiçoa meramente à causação fenomênica no mundo dos fatos, mas sim a uma violação, ou intento de violar, o bem jurídico tutelado.¹⁰⁷

Nesse espectro, considerando resultado como a lesão direcionada, ou intentada, ao bem jurídico, em face do elemento ontológico¹⁰⁸ encerrado no §2º do art. 13 do Código Penal Brasileiro, pode se considerar que o dever de agir na omissão imprópria se volte a uma exigência legal, ao agente garante, de evitar que uma situação de perigo se encaminhe a uma lesão do bem jurídico tutelado (isto é, no tipo comissivo expressamente tipificado na Parte Especial ao qual se adéque a conduta omissiva pela norma jurídico-penal que os equipare).

Razão esta que, preliminar à aferição de um dever de agir pelo agente garante, necessário que se adentre na compreensão da própria situação de perigo ao bem jurídico, ou, como ventilado na doutrina, a situação típica¹⁰⁹. A situação típica é o conjunto de elementos, em regra, implicitamente previsto no tipo em concreto¹¹⁰, que evidenciam uma potencialidade lesiva ao bem jurídico. De acordo com Tavares, tais elementos se dispõem “*como expressão do conflito social que o direito quer regular através da determinação de condutas*”.¹¹¹

É a situação típica, enquanto instauradora do perigo que aflige o bem jurídico, que delimita o estágio no qual o resultado (lesão ao bem jurídico) se mostra perceptível, mas ainda remediável por meio de uma conduta ativa devida.¹¹² E é desse perigo de ocorrência do resultado¹¹³ que se aciona a conduta ativa necessária para evitar a ocorrência do resultado desvalorado.

Aqui, um ponto de apoio para parte expressiva e significativa da doutrina, é que o dever de agir é acionado a partir do momento no qual a conduta omissiva passa a ser punida, ao menos, a título de tentativa¹¹⁴, entendida esta, como o momento a partir do qual há um risco de

¹⁰⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 238

¹⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 126

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Tomo II)*. Tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 814; TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 340

¹¹⁰ SANTOS, Juarez C. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 198

¹¹¹ TAVARES, *Op. cit.*, p. 340

¹¹² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, p. 240

¹¹³ ROXIN, *Op. cit.*, p. 814

¹¹⁴ ESTELLITA, *Op. cit.*, 2017, p. 242; ROXIN, *Op. cit.*, 2014, p. 814

lesão concreto à integridade do bem jurídico¹¹⁵, sendo exigível, então, a partir desse momento, o dever de agir do agente garante a fim de se evitar a ocorrência do resultado.

1.5) O tipo objetivo da omissão imprópria: o dever de agir

Superada, pois, a delimitação de uma situação típica omissiva, fundamenta-se como um outro elemento do tipo objetivo da omissão própria o dever de agir. A conduta exigida do agente garante, a fim de se evitar a realização do resultado, precisa encontrar amparo na capacidade do agente de cumprir para com a expectativa que a norma mandamental o exija.¹¹⁶

Nesse sentido, a possibilidade da ação trava questões acerca do (i) poder concreto de agir e da (ii) capacidade jurídica para desempenhar a ação. Em relação à primeira questão, do (i) poder concreto de agir, como expõe Bottini, “*trata-se de um limite derivado da natureza das coisas*”¹¹⁷, conquanto não se mostra razoável, ou sequer plausível, exigir-se uma conduta de quem esteja, ou seja, fisicamente impossibilitado de realizá-la. E tal impossibilidade física, como bem ressalta Roxin, não é apenas em relação a competências motoras, mas, igualmente, à falta de meios, habilidades e conhecimentos técnicos.¹¹⁸

Entretanto, o poder concreto de agir, entendido enquanto elemento ontológico e subjetivo do agente omitente, não dispensa um contexto normativo¹¹⁹, de modo que, pautado o dever de agir em face de uma ação mandada, esta encerra, ainda, uma (ii) capacidade jurídica no desempenho da ação, que será extraída pelo tipo penal em concreto.

Em momentos anteriores neste trabalho expressou-se que, conquanto a compreensão meta-jurídico-penal não crie, por si, a posição de garante, a mesma sirva como denominadora dos limites jurídico-penais do dever de agir imposto ao garantidor da evitação do resultado.¹²⁰ Assim, com base no tipo penal em concreto, que orientará a conduta afim de se evitar a realização do resultado desvalorado, cabe ainda a compreensão do conteúdo concreto desse dever por meio das normas de cuidado que o delimitam na legislação, inclusive na lei extrapenal.

¹¹⁵ ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 242

¹¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 126

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 43

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Tomo II)*. Tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 756

¹¹⁹ BOTTINI, *Op. cit.*, p; 43

¹²⁰ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.87

É nesse sentido que entende Estellita que, sendo a omissão a “ausência de uma ação determinada e juridicamente esperada do garantidor”¹²¹, a individualização dessa ação, enquanto o dever que se exige, através da norma mandamental, do garantidor, depende da convergência entre o escopo protetivo do bem jurídico estabelecido objetivamente pelo tipo penal em concreto com as normas extrapenais que delimitem o dever de cuidado exigível do agente garante, em atenção à subsidiariedade do Direito Penal.¹²²

Ainda, o dever de agir exige do agente garante o conhecimento, ainda que em potencial ou na potencialidade de o ter, do contexto fático em razão do qual se é exigida a conduta ativa salvadora.¹²³ Isto é, exige-se do agente garantidor que seja capaz de se enxergar dentro do contexto fenomênico diante do qual a norma mandamental exige dele um dever de atuar a fim de salvar o bem jurídico em perigo, comportando-se conforme a exigência da norma de cuidado.

Para Bottini, o conhecimento desse contexto fático precisa ser meramente possível ao agente garantidor, a fim de que seja possível à imputação da omissão imprópria.¹²⁴ Entretanto, a aferição desse conhecimento pelo agente demanda uma prognose objetiva posterior, pela qual, através dessa prognose, observada por um terceiro portador dos conhecimentos técnicos e rotineiros de que detinha o agente, fosse possível extrair que era ao menos possível ao agente garante deter da compreensão do contexto fático no qual a norma lhe exigia a ação salvadora, ou dos meios de salvação disponíveis para preservar o bem jurídico, possível se mostra a imputação do resultado a título de omissão imprópria.¹²⁵

Nesse contexto, apresenta Roxin a robusta crítica de que a ausência de conhecimento da situação típica não rompe com a existência da omissão, conquanto possa erigir questionamentos acerca do dolo, não enfraquece a tipicidade objetiva da omissão, podendo, inclusive, vir o agente a responder a título de culpa, pela negligência ou imprudência.¹²⁶ E isto, pois, mencionar um desconhecimento do contexto de perigo, ou dos meios possíveis para salvar o bem jurídico, em nada inflige impossibilidades à possibilidade de se desenvolver a conduta, isto é, do dever, e da capacidade, concretos de agir. Não deter da força, da habilidade, do conhecimento ou dos

¹²¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 253

¹²² *Ibidem*, p. 251

¹²³ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 46

¹²⁴ *Ibidem*, p. 46

¹²⁵ *Ibidem*, p. 47-49

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Tomo II)*. Tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 757

meios para executar a ação é diferente de não os compreender, ou não os conhecer, no caso concreto, quando evidente que possível se mostrava tal conhecimento.

1.6) O tipo objetivo da omissão imprópria: a relação entre omissão e resultado (o nexo de “causalidade”)

Por fim, como último critério do tipo objetivo da omissão imprópria, e talvez o que detenha de maior complexidade conceitual, destaca-se a causalidade da conduta omissiva. Falar em causalidade da omissão aparenta, em um primeiro momento, como um contrassenso ao já afirmado neste trabalho de que a omissão não teria o condão de criar um risco¹²⁷, quanto mais de desempenhar-se como criadora de uma condição causal a um efeito naturalista.

Entretanto, a compreensão da omissão enquanto causa demanda não apenas uma concepção fenomênica dos fatos, mas a própria importância dada à relação de causalidade pelo legislador brasileiro, ao disciplinar, na cabeça do art. 13 do Código Penal que “*o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Percebe-se que é uma exigência de o próprio legislador identificar uma relação de causalidade da conduta omissiva em função do resultado típico aferido.¹²⁸

Mas, para tanto, há que se conceber os limites pertinentes a essa relação entre a inação e o resultado que o legislador exige, dentro de uma ótica que possa enxergar uma espécie de causalidade no agir omissivo. Para tanto, enxergar a delimitação desse campo causal impera no reconhecimento que se dá da relação da conduta omissiva em referência ao resultado lesivo observado, se de causa natural de sua realização, ou apenas correspondência normativa à compreensão de sua materialização.

Nesse ponto, uma breve divagação acerca da compreensão de uma causalidade inerente na omissão e sua demarcação frente à própria imputação do resultado lesivo faz-se pertinente.

Dentre aqueles que buscam reconhecer uma causalidade na conduta omissiva, como condicionamento lógico do resultado, por uma condição negativa de sua ocorrência, encontra-se Greco¹²⁹, para quem, admitida a existência de condições negativas, “*não há porquê não considerar que também a omissão pode causar algo*”¹³⁰.

¹²⁷ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 29

¹²⁸ *Ibidem*, p. 217

¹²⁹ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 18

¹³⁰ *Ibidem*, p. 19

Nesse sentido, ao analisar a pertinência da teoria da diminuição do risco como critério para a análise normativa da relação entre inatividade e resultado, questão essa que será abordada adiante, quando analisada em que situação pretende o legislador afirmar a omissão enquanto causa, apresenta Greco que o grande problema para se definir a teoria da diminuição do risco como critério devido para a análise normativa dessa relação entre omissão e resultado estaria centrado na “*dificuldade de se distinguir causalidade e imputação no delito omissivo de resultado*”¹³¹.

Ao expor tal problemática, aponta Greco que a principal crítica ao emprego da teoria da diminuição do risco seria que esta se confundiria, primordialmente, como uma pretensa substituta da própria causalidade, o que violaria a proibição de analogia *in malam partem* no Direito Penal brasileiro.¹³² Para o autor, tal premissa seria infundada, conquanto nos crimes omissivos, possível se mostra a distinção entre causalidade e imputação, sendo que a teoria da diminuição do risco estaria alinhada à resolução da imputação da conduta omissiva, sem acarretar qualquer modificação no conceito de causalidade.¹³³

Para tanto, propõe o autor que a delimitação da conduta omissiva em referência ao momento e à quantidade/intensidade do resultado permitiria a compreensão de que a omissão teria causado o resultado, concretamente analisado, e isto não significaria “*nenhum prejulgamento com relação ao problema da imputação*”¹³⁴. Para apresentar seu argumento, assevera como substrato retórico a alusão à causalidade psíquica, exemplificando que

É inquestionável que quem diz a outrem: “não desfira um só soco, e sim cinco”, provocando cinco hematomas no corpo da vítima, é causa de um resultado (provavelmente, de quatro socos e quatro hematomas), ou que quem diz a outrem: “não desfira apenas um tapa, e sim um soco”, causa a lesão que ao final se produz.¹³⁵

Entretanto, permitindo-me nesse espaço uma breve interpretação acerca dos elementos trazidos para aferir a causalidade e separá-la da imputação (momento exato da ocorrência do resultado e determinação da quantidade/intensidade do resultado), tal argumento parece encontrar óbices na própria distinção a qual se propôs.

Em um primeiro momento, aparenta trazer certa luz, ao menos, sobre os casos de ingerência, onde se localiza uma conduta ativa prévia criadora do risco de lesão ao bem jurídico.

¹³¹ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 33

¹³² *Ibidem*, p. 34

¹³³ *Ibidem*, p. 40

¹³⁴ *Ibidem*, p.39

¹³⁵ *Ibidem*, p. 39

Entretanto, analisando detidamente o paralelismo com a causalidade psíquica, impossível não ponderar que, ainda que a indução psicológica leve à afetação do bem jurídico, em uma ocorrência material mais intensa (resultado fenomênico observado), a situação de ameaça ao bem jurídico é posta em prática a partir do momento que o então agente induzido já se direcionava a lesionar o bem jurídico.

De modo que não aparenta existir uma causalidade efetiva entre a mera indução e o resultado, considerado enquanto violação à integridade do bem jurídico. Mesmo considerando tão somente o resultado naturalístico, a relação de causa e efeito se dá entre o agente que defere os socos e as lesões no corpo da vítima. Considerar causalidade como efeito psicológico a induzir a conduta em outrem, que realiza o resultado, seria ter que desconsiderar o âmbito de autorresponsabilidade do próprio agente que realiza ativamente a conduta.

Ainda que induzido, este agente que defere os socos assim procede, pois se identifica perante sua própria razão frente à lesão ao bem jurídico. É dizer, em curtos termos, o fez porque assim o quis. Indiferente de ser induzido quanto a dar 1 ou 5 socos. No muito, em face do agente indutor, sua conduta estaria sedimentada no aspecto subjetivo do tipo (pelo dolo empregado), o que não atrai, todavia, uma relação causal entre a conduta de induzir e o resultado, normativa ou naturalisticamente considerado, pois, assim, seria desconsiderar a autonomia da própria conduta que efetivamente lesionou o bem jurídico.

Razão pela qual, no âmbito da conduta omissiva, ainda que buscada sua relação de intensidade para com o resultado alcançado, isto não será sinônimo de dizer que esta o causou, enquanto não seja de se desprezar que a essência do resultado é o ato ativo de ignição da situação de perigo, e efetiva lesão, ao bem jurídico tutelado. Ainda que considerada como condição negativa do resultado, a omissão não é o comando que coloca em marcha a ocorrência do resultado, mesmo não o evitando. Evitar, em um Direito Penal limitado pela realidade dos fatos, não pode ser tomada como sinônimo de dar causa.

A intensidade com que o bem jurídico é lesionado não pode ser tida como evidenciadora de uma causalidade entre a omissão e o resultado. Ainda que a inação leve a um aumento na intensidade com a qual o bem jurídico será lesionado, não será a causa da própria lesão. Nesse sentido, retornando ao exemplo de desferir 1 ou 5 socos, estes podem levar a ocorrência de 1 ou 5 hematomas na vítima, mas não modificam o fato de que, com 1 ou 5 socos, a lesão ao bem jurídico (integridade física da vítima), ao fim e ao cabo, fora realizada pela própria conduta ativa de desferir o(s) soco(s).

É dizer, a lesão ocorreu não por causa de quem mencionou com quem já iria dar 1 soco que desse 5, mas pela conduta ativa de quem, efetivamente, desfere socos à integridade física de outrem. Nesse caso, não haveriam 5 lesões corporais distintas, enquanto resultado típico, mas uma única lesão corporal, podendo ser graduada quanto à intensidade da lesão, mas não desconsiderada que esta ocorreu pela conduta de quem bate, e não por quem diz “dê 5 socos”.

Transladando tal raciocínio, novamente, para a omissão, percebe-se que a lesão ocorre, de fato, pela conduta que cria o seu efetivo risco de ocorrência, e não pela omissão em evitá-lo. Esta, conquanto pudesse impedir a completude do curso causal, não será, em si mesma, sua criadora, ou seja, a causa produtora da lesão ao bem jurídico. Impedir a ocorrência do resultado é, efetivamente, fato ligado ao dever-ser da proibição, mas não ao verbo ser que a conduz. Liga-se, portanto, à imputação do resultado, mas não a sua causalidade com a conduta omissiva.

Nesse âmbito, que se percebe que a distinção de causalidade e imputação, retomando à conceituação de Kelsen, da primeira, enquanto relação de causa e efeito naturalístico¹³⁶, e, da segunda, da relação normativa que orienta o dever-ser¹³⁷, não se afere de uma compreensão objetiva da omissão enquanto condição materialmente negativa do resultado, visto que, evidentemente, não se desapega, de tal compreensão, reflexos de imputação inafastáveis.

Desse modo, concluído tal excursão elucidativo, parece mais acertado o reconhecimento da omissão enquanto imprópria a configurar cursos causais por si própria, uma vez “*a simples omissão é um nada, empírica e juridicamente*”¹³⁸, não podendo ser causadora de algo (*ex nihilo nihil fit*).

Superar tal contradição aparente com o âmbito de incidência da cabeça do art. 13 do Código Penal Brasileiro implica, assim, voltar-se a parâmetros que visem delimitar a compreensão causal, para uma regência normativa do critério do risco não permitido, tal como disposto pela teoria da imputação objetiva¹³⁹, a fim de se convencionar uma demarcação da relação entre a conduta omissiva e o resultado. Para tanto, um conciso apanhado dos elementos definidores da teoria da imputação objetiva se faz necessário.

Essencialmente, a teoria da imputação objetiva, que em verdade visa limitar a incidência da imputação do resultado típico em uma prevalência à conformação normativa do tipo penal,

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado, 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 54

¹³⁷ *Ibidem*, p. 64

¹³⁸ Juárez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 132. Sobre a impossibilidade da omissão constituir uma causa, TAVARES, *Op. cit.*, p. 352

¹³⁹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 219

sendo por isso tida por uma teoria da não-imputação¹⁴⁰, debate a respeito de três critérios norteadores: (i) a criação de um risco não permitido; (ii) o desdobramento do risco não permitido no resultado; e (iii) o fim de proteção da norma de cuidado.

Em relação à criação de um risco não permitido, como define Roxin, a imputação voltada ao tipo objetivo demanda a criação de um perigo, pelo agente, não amparado por um risco permitido inserido no âmbito do tipo em concreto.¹⁴¹ O que nos leva a compreender, retomando a discussão acerca da natureza dos riscos anteriormente tratada, que, sendo a imputação feita com base em um risco não permitido, aquele que não o seja, isto é, o risco permitido, excluirá a imputação ao tipo objetivo.¹⁴²

E, de igual modo à noção anterior trazida por Bottini, o substrato para a compreensão do caráter permitido do risco é sua afeição ao estabelecimento de regras de cuidado¹⁴³, sendo estas, o espaço de demarcação do concreto dever de agir exigido ao agente garantidor, na omissão imprópria, delimitando, igualmente, a capacidade jurídica de agir deste.¹⁴⁴

Criado um risco não permitido pelo agente, necessário ainda, para que possa sê-lo imputado o resultado ao tipo objetivo, que seja observado o desdobramento do risco não permitido criado no próprio resultado, isto é, no resultado há que ter sido realizado o risco proibido criado pelo autor, de modo que, ainda que criado o risco, se o resultado venha a ser alcançado por um curso causal autônomo, ou apenas em conexão com a criação do perigo¹⁴⁵, não haverá imputação ao tipo objetivo.

Por fim, necessário ainda o alinhamento do resultado criado, sob a égide do risco proibido, com a finalidade de proteção da norma de cuidado, ao que conduzirá à atipicidade do fato quando a finalidade protetiva da norma de cuidado não tutelar o risco criado pelo agente, não se inserindo no escopo da norma de cuidado evitar as lesões ao bem jurídico daí observadas.¹⁴⁶

¹⁴⁰ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 181

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997, p. 364

¹⁴² *Ibidem*, p. 371

¹⁴³ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 180; ROXIN, *Op. cit.*, p. 372

¹⁴⁴ Sobre a delimitação do dever de agir do agente garantidor e sua capacidade jurídica de ação, ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 84-88; 250-253

¹⁴⁵ ROXIN, *Op. cit.*, p. 373

¹⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88

Nesse ponto em específico, importa apresentar a distinção trazida por Roxin, em relação ao alcance do tipo penal em concreto e o fim de proteção da norma de cuidado. Delimita o autor que, no espaço do risco não permitido, trata-se sempre do fim de proteção da norma de cuidado, o qual, como mencionado, delimita o alcance do dever de agir, de sua capacidade jurídica, para preservar a integridade do bem jurídico, e não do fim de proteção do tipo penal em concreto, onde a exclusão da imputação se dará pelo fato do tipo penal não alcançar determinadas condutas e resultados.¹⁴⁷

Do que se pode concluir que, trazidas para o âmbito de incidência dos crimes omissivos impróprios, as balizas que aplica Bottini são devidamente cabíveis para concebê-las neste intento de aferir a relação da omissão com o resultado. Assim, (i) a criação de um risco não permitido será relevante na omissão quando esta for a tônica que desequilibra um risco permitido, tornando-o em proibido, ou quando mantiver a estabilidade de um risco não permitido previamente criado.¹⁴⁸

O (ii) desdobramento do risco não permitido no resultado, na omissão será observado pela lógica de que o agente garantidor tem o especial dever de impedir o resultado, de modo que, constatada que a conduta não realizada tinha a capacidade de evitar o resultado concreto, este será imputável ao agente garante.¹⁴⁹ Ainda, no alinhamento do risco não permitido mantido pela omissão, ou recebido esse desvalor por ela, com o (iii) âmbito de abrangência da norma de cuidado violada, esta delimitará, de igual modo, o alcance dos deveres de agir do agente garante a fim de impedir a realização do resultado desvalorado.¹⁵⁰

O que se observa, então, à luz da teoria da imputação objetiva, é que o legislador ordinário, ao mencionar a omissão enquanto causa do resultado, dispõe-na, em um plano normativo, em equivalência com a causação, isto é, uma condição negativa do resultado pode, normativamente, equiparar-se com a causação dele, desde que, nessa análise normativa, suprimida esta condição negativa, hipoteticamente, nesse mesmo plano seja possível conceber a supressão da lesão ao bem jurídico, presentes os demais elementos do tipo trazidos no §2º do art. 13.¹⁵¹

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997, p. 378

¹⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 138

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 139

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 140

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 220

Então, em verdade, esse juízo hipotético propõe-se a verificar se, afastada a condição negativa do resultado, ou, em outros termos, inserida mentalmente a conduta devida e esperada pela norma, igualmente se afastaria o resultado desvalorado observado. Tal aferição, feita em concreto, em uma perspectiva *ex post* do resultado, com o conhecimento de todo quadro de ocorrência deste, demanda, ainda, um denominador que possa alinhar a perspectiva trazida na norma penal (art. 13, *caput*, CP) com a possibilidade da imputação.

Alinhou-se a doutrina, majoritariamente, à concepção do critério da probabilidade próxima da certeza¹⁵², pela qual “o resultado somente será imputado à omissão se o acréscimo mental da conduta esperada pela norma evitasse o resultado com uma probabilidade próxima da certeza”¹⁵³, levando em consideração o cenário *ex post* do resultado realizado, de modo a se compreender se a conduta exigida afastaria, ou não, a realização do resultado alcançado.

É dizer, apenas com uma probabilidade próxima da certeza de que a execução da ação mandada evitaria a ocorrência da lesão ao bem jurídico, analisada no contexto concreto em que, alcançado o resultado, por uma perspectiva *ex post*, se poderá imputar ao agente omitente (garantidor) a responsabilidade pelo resultado desvalorado. É compreender se o resultado pode ser imputado ou não ao agente omitente, por um critério que, seguramente, não dialoga apenas em termos ontológicos e estatísticos, mas, inclusive, sob a égide normativa.

E isto, pois, a imputação, considerando a inserção hipotética do resultado devido (esperado), precisa se alinhar a realização do resultado através da criação do risco proibido¹⁵⁴, de modo que, estando a condição de evitação do resultado advinda de uma parcela permitida do risco, não haverá que se falar em imputação, conquanto atento o agente omitente, nesse cenário, aos deveres de cuidado exigidos pela norma.

A adoção do critério da probabilidade próxima da certeza, e não do critério da diminuição do risco, pelo qual será imputável o resultado ao omitente quando a inserção mental da conduta devida provoque uma chance de salvamento ao bem jurídico¹⁵⁵, resta,

¹⁵² BOTTINI, Pierpaolo C. Crimes de Omissão Imprópria. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 221; ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 275-276; Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 365-379

¹⁵³ BOTTINI, *Op. cit.*, p. 221

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 235

¹⁵⁵ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 23

evidentemente, mais alinhada ao próprio intento legiferante observado na cabeça do art. 13 do Código Penal Brasileiro.

De certo, o comando legal assevera que a omissão será relevante quando, sendo esta ausente, “*o resultado não teria ocorrido*” (art. 13, *caput*, CP). Observa-se, pois, que o próprio Código Penal, “*não admite a ideia de diminuição do risco*”¹⁵⁶, o que levaria a compreender, caso buscada guarita na teoria da diminuição do risco, que a relação entre a inação e o resultado, buscada pelo Código, ficaria relegada a um plano sem maiores importâncias, equiparando-se os crimes omissivos impróprios, assim, tão somente aos crimes de perigo abstrato, pero mero desvalor da conduta em si.¹⁵⁷

Pesa ainda, contra a teoria da diminuição do risco, a crítica doutrinária a qual coloca naquela a responsabilidade por minar o instituto do *in dubio pro reo*, conquanto a mera constatação do risco seria capaz de imputar ao agente o resultado, ainda que irrelevante a omissão para o alcance deste.¹⁵⁸ Por fim, assevera-se que, como enfrentado acima, há, em verdade, na concepção da diminuição do risco, uma manutenção de elementos próprios da imputação no intento de causalidade buscado, de forma que não parece encontrar amparo na consecução da conduta omissiva enquanto efetiva condição negativa do resultado.

Situação a qual, compreendido o alinhamento da teoria da probabilidade próxima da certeza com a hermenêutica do Código Penal Brasileiro, dialoga, inclusive, e evidentemente, com o âmbito de abrangência da norma violada. Como já mencionado, o alcance do resultado originado de um risco não permitido, ainda, depende da conformação em relação ao âmbito normativo de abrangência da norma de cuidado.

E isto, pois, no espectro teleológico da norma de cuidado, não se visa compreender uma imputação desmedida, para além do seu alcance normativo, ainda que o resultado se origine de um risco proibido e que, com probabilidade próxima de certeza, seja possível dizer que a realização da ação mandada evitaria a ocorrência do resultado. Como afirma Bottini, visa se evitar uma “*escravidão causal*”¹⁵⁹ do garantidor, para qualquer resultado típico que possa advir, ainda que alheio ao escopo protetivo da norma de cuidado.

Pois, conforme explica o autor, é da norma de cuidado que se gera o âmbito de controle e/ou salvamento do bem jurídico¹⁶⁰, de modo que incoerente responsabilizar o agente omitente

¹⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. Crimes de Omissão Imprópria. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 224

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 224

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 224

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 241

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 245

(garantidor), quando nem ao menos a norma de cuidado o exigia uma conduta a fim de resguardar o bem jurídico, ou quando a conduta esperada esteja situada à espreita da abrangência protetiva da norma de cuidado.

Concluída, assim, a análise do referencial teórico a respeito dos conceitos que servirão como sedimento inafastável da discussão a respeito da problemática apresentada no estudo de caso adiante abordado. Como o escopo do presente estudo cinge-se a respeito da omissão imprópria na seara empresarial, em face da configuração do tipo objetivo, fugia ao escopo deste capítulo abordar questões pertinentes ao tipo subjetivo, ou à culpabilidade e ilicitude da omissão imprópria.

Essas questões demandam, para uma devida compreensão, infusões dogmáticas e conceituais de densidade devidamente profundas e detidas, às quais não teria como este trabalho comportar, inclusive, pela delimitação do tema. O que não se despreza, entretanto, da abertura da temática sobressalente para trabalhos monográficos vindouros, que precisamente poderão abordar a complexidade e magnitude dessas questões.

Igualmente, por não delimitar uma conceituação a título referencial de elementos gerais da estrutura do tipo objetivo, as questões atinentes aos fundamentos tratados neste capítulo que se correlacionem com o âmbito próprio da responsabilidade por omissão imprópria na esfera empresarial será enfrentada, quando do confronto de ideias entre os conceitos que aqui já foram delimitados, a título de margem e alicerce do entendimento lato que se projetará às especificidades do caso concreto a seguir enfrentado.

2) A ABORDAGEM DOS ELEMENTOS COGNITIVOS PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA NO CASO SAMARCO

O escopo do presente trabalho, enquanto um estudo de caso a respeito da responsabilidade penal dos conselheiros do Conselho de Administração da SAMARCO, pelo rompimento da barragem de Fundão, em omissão imprópria, visa abordar os aspectos dogmático-jurisprudenciais do tipo objetivo da omissão imprópria, para, então, ser possível uma ponderação quanto à imputação ao tipo objetivo no caso observado.

Delimitado um amparo de base conceitual aos elementos da omissão imprópria, antes que se proceda à efetiva aferição da implicação das condutas dos conselheiros frente à resposta penal, importante que se exponha, ainda que por uma abordagem mais dinâmica e objetiva, a fronteira fático-jurídica que se amparou a compreensão do caso em análise.

Como previamente justificado, a escolha do caso se deu, em específico, pelos atuais e desafiadores reflexos, no âmbito do Direito Penal, de condutas empresariais enquanto violadoras da integridade de bens jurídicos tutelados pelo Direito e a aplicação da norma penal a elas, abalizada em respeito aos aspectos da legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade próprios de um Direito Penal constitucionalizado (art. 5º, XXXIX, CF).

A modulação da abrangência do caso, entretanto, fora motivada pela possibilidade de se analisar a controvérsia em sede da compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática, pelo aporte desta em face dos Recursos Especiais interpostos que demandam amparo da cognição da Corte Cidadã para aferir a possibilidade da persecução penal em face dos conselheiros da SAMARCO que tiveram decisões favoráveis ao trancamento da Ação Penal, em segundo grau de jurisdição (TRF1).

Assim, pautada pela relevância da omissão que busca caracterizar a responsabilidade penal dos conselheiros denunciados pelo Ministério Público Federal, a compreensão acerca da configuração destes, enquanto garantidores jurídico-penais, imbuídos de deveres de ação exigíveis a fim de impedir a ocorrência do resultado desvalorado¹⁶¹, importante que se compreenda os elementos de interesse jurídico, em face dos fatos narrados, que possibilitem a discussão quanto à possibilidade da responsabilização de tais conselheiros na esfera penal.

Em se tratando da insurgência recursal que possibilitou a chegada da controvérsia junto ao Superior Tribunal de Justiça, três foram os Recursos Especiais interpostos pelo MPF (REsp

¹⁶¹ BITENCOURT. Cezar R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)*. 23ª Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 321

n.º 1.887.850/MG, REsp n.º 1.887.833/MG e REsp n.º 1.888.021/MG). Por se tratarem da imputação, em omissão imprópria, dos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, a três pessoas ocupantes da mesma posição empresarial (conselheiros de administração da SAMARCO) percebe-se que os três principais atos processuais analisados (denúncia, acórdãos do TRF1 que trancaram a ação penal e Recursos Especiais) franqueiam embasamentos de extrema similaridade, razão pela qual, em face da objetividade da cognição, a análise deles será feita conjuntamente para os três conselheiros, apresentando onde houver uma expansão ou sobreposição de argumentos, tais peculiaridades.

2.1) Dos elementos configuradores da imputação omissiva imprópria trazidos na denúncia pelo MPF

Comum aos três processos analisados, a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal e que embasou a Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG, desmembrada, pela multiplicidade de denunciados, na Ação Penal 0001189-95.2018.4.01.3822/MG, buscou apontar a responsabilidade penal dos sujeitos passivos denunciados como responsáveis pela ocorrência do rompimento da barragem de Fundão, no subdistrito de Bento Rodrigues, localizado no Município de Mariana/MG, pelas lesões aos bens jurídicos identificadas pelo órgão ministerial na vestibular acusatória.

Estruturada em capítulos, apresentou a denúncia a descrição “*Dos Fatos Criminosos e suas Circunstâncias*”; “*Da Autoria*”, apontando, este, a criação e incremento do mencionado risco não permitido para ocorrência do resultado desvalorado; da “*Caracterização da Omissão Penalmente Relevante e da Posição de Garantia*”, apresentando os elementos pelos quais, na óptica do MPF, restariam os denunciados em posição de garantidores da evitação dos resultados lesivos observados, e da “*Imputação e Individualização das Condutas, Justa Causa e Classificação Jurídica*”, delimitando, a cada um dos denunciados, os tipos penais incidentes em face dos fatos narrados.

De início, a denúncia trata da dinâmica dos eventos lesivos, buscando assenhorar a narrativa jurídica que trará pela abordagem primeira da compreensão espaço-temporal dos fatos ocorridos. Em breve elucidação da abordagem feita, traz a ocorrência do rompimento da barragem Fundão, no subdistrito de Bento Rodrigues localizado no Município de Mariana/MG, na data de 05 de novembro de 2015, rompendo-se a estrutura da construção às 15:30 daquele dia.

O colapso da barragem de Fundão, no Complexo Industrial de Germano, de propriedade e gestão da SAMARCO MINERAÇÃO S.A., despejou, imediatamente, cerca de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro, atingindo o dique da barragem de Santarém, localizada à jusante de Fundão, incorporando, à onda de rejeitos dispersa, volume de água e demais rejeitos não estimados, seguindo rota pelos córregos de Fundão e Santarém até soterrar a imensa maioria do subdistrito de Bento Rodrigues (localizado a cerca de 6 km das estruturas rompidas), causando a morte de 19 pessoas no distrito. Seguiu a onda de lama, por mais de 660km, eliminando edificações, meio ambiente e qualquer forma de vida em seu caminho (animais terrestres e aquáticos, além da vegetação), impactando diretamente 39 municipalidades entre os estados de Minas Gerais e Espírito Santo, até desaguar na costa do Oceano Atlântico, pelo distrito de Regência, no Município de Linhares/ES.

Após situar os fatos em uma compreensão espaço-temporal, tratou o MPF de apresentar os tipos penais configurados pela sucessão de eventos lesivos, desde a concepção da obra da barragem de Fundão até a chegada da lama no Oceano Atlântico. Aos denunciados, foram imputados os tipos penais previstos na legislação ambiental (Lei n.º 9.605/98) e no Código Penal, sendo, em face da legislação ambiental, imputados o (i) *Crime de Poluição Qualificado* (art. 54, §2º, I, III, IV, e V, c/c art. 58, I, todos da Lei n.º 9.605/98); os (ii) *Crimes contra a Fauna* (art. 29, *caput* e §1º, I e II c/c art. 29, §4º, I, III, V e VI; e art. 33, *caput*, todos da Lei n.º 9.605, 98); os (iii) *Crimes contra a Flora* (art. 38, *caput*, c/c art. 53, I e II, ‘c’, ‘d’ e ‘e’; art. 38-A, *caput*, c/c art. 53, I e II, ‘c’, ‘d’, e ‘e’; art. 40, *caput*, c/c art. 40, §2º e art. 53, I e II, ‘c’, ‘d’, e ‘e’; art. 49, *caput*, c/c art. 53, I e II, ‘c’, ‘d’ e ‘e’; e art. 50 c/c art. 53, I e II, ‘c’, ‘d’ e ‘e’, todos da Lei n.º 9.605/98); o (iv) *Crime contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural pela Destruição, Inutilização ou Deteriorização de bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial* (art. 62, I, Lei n.º 9.605/98); e os (v) *Crimes Contra Administração Ambiental* (art. 69-A c/c art. 69-A, §2º; art. 68, *caput*; art. 69; e art. 69-A, *caput*, todos da Lei n.º 9.605/98).

Já no âmbito dos crimes previstos no Código Penal Brasileiro, a denúncia descreve configurados os crimes de (i) *inundação* (art. 254, CP); de (ii) *desabamento/desmoronamento* (art. 256, CP); de (iii) *homicídio qualificado* (art. 121, §2º, I, III e IV, CP, por 19 vezes); e de (iv) *lesão corporal* (art. 129, §1º, I e III c/c art. 129, §7º, por duas vezes; art. 129, §1º, I e III; e art. 129, *caput*, todos do CP).

Para objetivar tais imputações, buscou o MPF demonstrar a responsabilidade penal em face da posição de garantidor assumida pelos denunciados, implicando, enquanto garantidores,

tanto as pessoas jurídicas (SAMARCO, VALE, BHP e VOGBR), quanto às pessoas naturais envolvidas (conselheiros, diretores, gerentes, representantes de governança e engenheiros). A posição de garantia configurar-se-ia, como mencionado pela denúncia, em face do art. 13, §2º, ‘a’ do Código Penal, e dos arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.605/1998.

Pelo delinear acusatório, a responsabilidade enquanto garantidores se efetivou pela configuração de um risco proibido propulsor da ocorrência do resultado. Narrou o MPF, que a SAMARCO (pessoa jurídica), através das pessoas físicas que a representam, “*com o simples comportamento de decidirem construir e pôr em operação a barragem de rejeitos do Fundão criaram uma situação típica de risco*”¹⁶².

A apresentação do risco proibido foi tangenciada pelo órgão ministerial através de 30 situações que caracterizaram sua criação e/ou incremento, sendo estas, desde o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), necessário à obtenção da licença prévia para a construção e operação da barragem de Fundão, até a política econômica adotada pela SAMARCO.

Algumas dessas situações foram apontadas pelo MPF como definidoras do curso causal à ocorrência do resultado observado (rompimento da barragem). Iniciado pela construção da barragem de Fundão, apontou a denúncia que esta surgiu como necessidade operacional da SAMARCO em ampliar sua capacidade produtiva, o que a fez implantar o Projeto Terceira Pelotização (P3P), demandando, para seu funcionamento, a estruturação do Sistema de Rejeitos de Fundão (SRF).

Na concepção do projeto e sua posterior construção, apontou o MPF fatores incrementadores do risco (na óptica ministerial, antijurídico) de ocorrência do resultado, uma vez que, desde a concepção do EIA, para concessão da licença ambiental prévia, a barragem de Fundão fora classificada em risco de nível III, o mais alto dentre as classificações instituídas por órgãos de fiscalização e controle (SEMAD, COPAM-SEMAD, DNPM e CNRH), propulsionando o fator de risco o descumprimento de deveres de cuidado, como a escolha locacional, o método construtivo (alçamento à montante) e o não acompanhamento de características geológicas e geotécnicas para o empreendimento.

Ainda, a incrementar o risco, apurou o MPF que, após a elaboração do Manual de Operações do SRF, elemento condicionante pela SEMAD para emissão da licença de instalação da barragem, no qual se previam premissas básicas para a segurança do SRF, como a (i)

¹⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG

disposição separada de lama e rejeito arenoso, (ii) a execução criteriosa do sistema de drenagem e (iii) a avaliação periódica das condições de segurança da estrutura, que premissas básicas do Manual não foram respeitadas pela SAMARCO, desde a construção até o efetivo rompimento da barragem.

Apontou-se que, logo após o início das operações do SRF em dezembro de 2008, a SAMARCO identificou “*sérias evidências responsáveis pelo mal funcionamento dos principais dispositivos de drenagem interna do principal dique do sistema*”¹⁶³, constatando, através da equipe de gestão de barragens da VALE nomeada para trabalhar em seu nome, (entupimento) dos drenos, advinda de uma falha construtiva na estrutura do SRF.

Sequencialmente ao retorno considerado seguro, pela SAMARCO, das atividades no SRF, em dezembro de 2009, narra o MPF uma sucessão de eventos tidos por incrementadores de um risco proibido à ocorrência do resultado lesivo (rompimento da barragem), em novembro de 2015. Dentre elas, em relação à estrutura e segurança operacional da barragem, apontou (i) a construção dos diques 1 e 1A, em virtude da expansão produtiva da SAMARCO, para aumentar a capacidade do SRF; (ii) recuos indevidos na estrutura da barragem, contrariando especificações técnicas; (iii) interferências na drenagem do sistema, ocasionadas por atividades minerárias da VALE; (iv) surgências e trincas nas ombreiras esquerda e direita da barragem de Fundão; (v) a contaminação do rejeito arenoso por lama; (vi) um início de movimento de escorregamento do maciço do recuo do eixo da barragem, em agosto de 2014, apresentando sinais de pré-ruptura; (vii) o desrespeito ao limite seguro de praias mínimas entre a deposição do rejeito arenoso e a retenção de água; (viii) o ritmo de alteamentos para elevação da capacidade de contenção de rejeitos da barragem; e (ix) a deposição de rejeitos de operações da VALE na barragem de Fundão, sem informação aos órgãos competentes, e correspondendo a cerca de 1/3 da lama depositada na barragem de Fundão.

Já em relação à organização técnica e gestão da barragem de Fundão, apresentou o MPF a (i) não atualização do Manual de Operações da Barragem, dada as alterações da configuração original da estrutura do empreendimento pelas obras de reparo realizadas para solucionar as surgências, trinca e não conformidades observadas; (ii) problemas de instrumentação e monitoramento de dados relativos à segurança da barragem; (iii) a ausência de realocação das comunidades à jusante da barragem; (iv) a complexidade da hierarquia operacional dos

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG

responsáveis da SAMARCO pela gestão da barragem; (v) a política econômica de redução de custos da SAMARCO; e (vi) a não desativação/descomissionamento da barragem de Fundão.

Ressaltou a denúncia que a SAMARCO, enquanto pessoa jurídica responsável pelo empreendimento, e por meio das pessoas físicas que a administravam, realizou todas as condutas tidas como potencializadoras do risco antijurídico, por ela inicialmente criado (decisão de construir a barragem), ciente da situação de risco e possibilidade de ocorrência do resultado lesivo. Ainda que amparada por órgão de consultoria técnico, externo e independente, o ITRB (Independent Tailings Review Board)¹⁶⁴, a gestão da SAMARCO, tida por omissiva, tomou, na óptica acusatória, posicionamentos contrários a deveres de cuidado inerentes à condução do risco em patamares juridicamente aceitáveis.

De modo que, ainda que assessorada e recebendo avaliações técnicas de consultores independentes, os quais, mesmo não recomendando uma evidente ausência de segurança operacional no funcionamento do SRF, pontuavam não conformidades na operação do SRF, como as surgências, trincas, falhas na manutenção, incisiva saturação dos diques e pressão hidráulica constante pela drenagem insuficiente.

E, mesmo tomando medidas para conter ou remediar as situações de não conformidades evidenciadas, asseverou o MPF que a atuação da SAMARCO fora ineficiente, conquanto, *“até o rompimento da barragem nenhuma obra relacionada a esses eventos críticos e recomendações estava concluída”*¹⁶⁵. De acordo com a acusação, as não conformidades, e as soluções tidas por ineficazes para resolvê-las, reforçaram uma contrariedade aos próprios preceitos do Manual de Operação do SRF, não atualizado para comportar previsões a respeito da nova conformação do sistema após modificações estruturais em sua concepção original, o que, para além de não dispor a respeito das modificações e mecanismos de gestão das novas composições, ressaltava a situação de risco proibido ampliada pela gestão da barragem de Fundão no SRF. Problemas como a contaminação do rejeito arenoso pela lama, inadmitidos, especificamente, no Manual e na EIA, não contaram com pronta resolução (eficaz) por parte da SAMARCO, e acarretaram em um processo de liquefação estática da estrutura, uma das principais causas para seu rompimento, como narra a denúncia.

Do que conclui, em face dos riscos narrados, que imperativo se mostrava, dentro da gestão do SRF pela SAMARCO, a desativação/descomissionamento da barragem de Fundão,

¹⁶⁴ Tradução livre: Conselho de Revisão Independente de Rejeitos

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG

sendo que, a ausência de tomada de decisões em tal sentido, alicerçou a situação de risco proibido criado/incrementado pela SAMARCO a fim de ocasionar o resultado lesivo (rompimento da barragem de Fundão) e as violações aos bens jurídicos observadas.

Superando a delimitação do risco antijurídico criado e incrementado pelos denunciados, a análise da denúncia se integra na exposição da posição de garante destes, asseverando o órgão acusatorial o dever jurídico e o poder concreto de agir que detinham para evitar a ocorrência do resultado lesivo. Começa a denúncia a demonstrar a posição de garante às pessoas jurídicas responsáveis pelo empreendimento (SAMARCO, VALE e BHP), entendendo que, sendo estas as detentoras da atividade econômica organizada exercida, detinham posição de privilégio na salvaguarda da integridade dos bens jurídicos atingidos.

Apontou o MPF que, em face destas, a posição de garantidor derivava do comando constitucional do art. 170, VI, da Carta Magna, pelo qual assevera ser princípio fundante da ordem econômica a *“defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”*¹⁶⁶.

Assim, sendo o equilíbrio ecológico do meio ambiente direito de todos (art. 225, *caput*, CF), preconizando o texto maior, no §3º do art. 225, que *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*¹⁶⁷, compreendeu o MPF a afeição de uma obrigação legal (constitucional) de garantir a preservação do meio ambiente, acautelando o risco observado na conduta desenvolvida, a SAMARCO, VALE e BHP.

Sendo esta a razão que permitiria a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ainda mais conquanto alinhada ao ordenamento constitucional, as disposições da Lei n.º 6.938/81 e da Lei n.º 9.605/98 que estabelecem as diretrizes para a responsabilidade do agente poluidor, pessoa física ou jurídica (art. 3º, IV, Lei n.º 6.938/81), a normatização da necessidade de reparação integral do dano ambiental (art. 14, Lei n.º 6.938/81), e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que violam os tipos penais que visam tutelar o meio ambiente em busca de finalidades privadas (art. 3º, Lei n.º 9.605/98).

¹⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acessado em 25 mar 2021

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Em referência à óptica da própria legislação criminal ambiental, extrai-se da denúncia a configuração normativa da posição de garante a SAMARCO, VALE e BHP, uma vez que, pelos arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.605/98, há uma vinculação do causador do dano ambiental à responsabilização deste por conexão meramente fenomênica na relação de causalidade do dano.

A denúncia busca trazer, por um apanhado de normas de caráter cível e até administrativo (público), o dever de garantidora que se imputava a SAMARCO, mas também à VALE e à BHP, uma vez que aquela se mostra enquanto *joint venture* de propriedade destas, dividindo ambas 50% do capital social da SAMARCO, trazendo noções do direito de propriedade em face de sua função social (art. 1.228, §1º, Código Civil), da função social da empresa (art. 116, parágrafo único, Lei n.º 6.404/76), da responsabilidade civil e do direito de reparação pelo exercício descuidado do direito de propriedade (art. 937, Código Civil), e, inclusive, analogicamente, o dever de garantia da atividade empresarial pela pessoa jurídica em sua produção por equiparação às relações de consumo (art. 12 c/c art. 17; art. 6º, I e VI, todos do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda na óptica normativa, as pessoas jurídicas se vincularam enquanto garantidoras da evitação do resultado desvalorado, pela compreensão do MPF, uma vez que, de acordo com a redação à época do inciso III do art. 4º da Lei n.º 12.334/2010, a qual estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), enquanto fundamento da PNSB, “o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la”¹⁶⁸.

E, apesar de vincular a posição de garante em face de obrigações legais de cuidado, proteção e vigilância (art. 13, §2º, ‘a’, CP), a denúncia busca a substanciar a própria criação de um risco responsável pela ocorrência do resultado, ao entender que a decisão da SAMARCO de construir a barragem de Fundão criou “o risco da ocorrência do resultado lesivo materializado em 05/11/2015”¹⁶⁹, situação que, mesmo não capitulada, ensejaria uma posição de garantidor, às pessoas jurídicas (visto que a SAMARCO é uma *joint venture* controlada pela VALE e BHP, tendo representantes destas em sua administração societária), por ingerência,

¹⁶⁸ BRASIL. *Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112334.htm acesso em 25 mar 2021

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG

asseverando, para tanto, que “*detinham não só o DEVER, mas, igualmente, o PODER DE AGIR*”¹⁷⁰.

De modo que, em se configurando a posição de garantidor pelas pessoas jurídicas, entendeu a denúncia que a garantia refletiria diretamente a seus administradores, em específico aos membros do Conselho de Administração e da Diretoria da SAMARCO. Assim, correlaciona as responsabilidades e obrigações dos administradores, disposta na legislação societária (Lei n.º 6.404/76 e Código Civil), como elementos extensivos dos deveres de cuidado e diligência societários para o âmbito de obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância da norma penal (art. 13, §2º, ‘a’, CP).

Logo, em face do Conselho de Administração, âmbito de atenção deste trabalho, as prerrogativas de fiscalização, coordenação, condução e gerência da vida funcional da sociedade empresarial, apontou seus membros enquanto responsáveis “*pela definição da temerária política empresarial de assunção consciente de riscos relacionados à implementação e à operação da barragem de Fundão*”¹⁷¹, situação que, com base no art. 2º da Lei n.º 9.605/1998 e no art. 13, §2º, ‘a’, do Código Penal, os instituiria enquanto garantidores jurídico-penais, detendo o dever e o poder de agir para evitar a realização dos eventos observados.

Imputando, então, igualmente a todos os conselheiros, as condutas previstas nos:

[...] artigos 121, §2º, I, III e IV (dezenove vezes), art. 129 (uma vez na forma do caput; c/c §1º, incisos I e III, por três vezes, sendo duas c/c §7º), art. 254 e art. 256, todos do Código Penal, e nos artigos 29, *caput*, §1º, incisos I e II, §4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, *caput*, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54 c/c §2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98.¹⁷²

2.2) Da compreensão jurídica da controvérsia pelo TRF1 e os elementos que fundamentaram o trancamento da Ação Penal

O ponto central para a compreensão da controvérsia em sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região se mostrou a “*a possibilidade técnica de responsabilização penal do paciente pelos eventos, em termos de nexo de causalidade (física) e de imputação (jurídica)*”¹⁷³, buscando se reconhecer a efetiva figuração dos pacientes (Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

Zweig e Margareth MC Mahon Beck) enquanto garantidores de dignidade penal (art. 13, §2º, CP), e, em sendo, se houve um vínculo normativo (causal) entre o dever de agir (omitido) e o resultado observado (rompimento da barragem).

Um dos pontos basilares dos acórdãos, que, frise-se, como analisa situações fático-jurídicas de extrema similaridade, apresentam fundamentações igualmente aproximadas e, pois, a razão da análise conjunta aos três conselheiros, é o reconhecimento de que os crimes omissivos impróprios prescindem de uma causalidade puramente material, mas demandam um elo jurídico-normativo entre a conduta omitida (devida) e o resultado efetivo, o que, ao entender do TRF1, não se verifica com uma simples menção a terem os conselheiros assumido “*o risco da produção do resultado, posto que tinha[m] o dever de agir “para evitar o rompimento da barragem de Fundão”*”¹⁷⁴.

Esta a decisão que a posição de garante, jamais destinada ao órgão despersonalizado ou à pessoa jurídica, demanda um elemento material que fundamente o dever de agir, “*na premissa de que o garantidor teria o poder de controle direto da situação de risco, em ordem a evitar o resultado típico*”¹⁷⁵, o que não se verificou no caso concreto, uma vez que os conselheiros não assumiram a execução organizativa das atividades da sociedade empresarial, responsabilidade esta da Diretoria e seus membros. Além disso, não competiria aos conselheiros a simples postura de desativar a barragem de Fundão, uma vez que, dentro de suas atribuições legais e estatutárias, detinham da prerrogativa de “*de apenas propor ao Conselho aquilo que lhe parecesse necessário na linha das suas concepções, ainda assim, sem possibilidade de saber, por antecipação, se o seu eventual voto prevaleceria no colegiado*”¹⁷⁶, visto que o exercício das funções do Conselho de Administração se pautou em uma seara de licitude frente ao ordenamento jurídico.

Para os acórdãos, a não demonstração, pela denúncia, do marco temporal de antecedência imediata do resultado que importaria aos conselheiros a ação devida enquanto garantidores que pudesse efetivamente evitar o resultado observado, reforça a impossibilidade da responsabilidade penal, vez que não apresenta o real poder de agir frente ao dever jurídico esperado.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Na óptica decisória do TRF1, se pautando em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se presenciando o elo de causalidade jurídico necessário à imputação da omissão imprópria, não há que se falar em responsabilização criminal dos conselheiros, ainda quando não aponte a cronologia de cada problema narrado como incrementador do risco (antijurídico) de ocorrência do resultado, permitindo, assim, que se “estabelecesse uma (eventual) correlação entre a constatação do problema, a ação esperada do Conselho e o seu possível resultado, no tempo e espaço”¹⁷⁷, o que impede a constatação da exigência do dever em face do perigo narrado, dado que impossível mensurar, em níveis de conduta, sequer a configuração da tentativa.

Ainda, em face da conselheira Margareth MC Mahon Beck, entendeu o TRF1 que, por ter ela figurado em posição de suplente na grande maioria das reuniões do Conselho que participou, não tendo, pois, direito a voto, menos crível ainda se mostrou para o Tribunal o poder concreto de ação esperado dela, dada sua ausência efetiva de gestão, o que, ademais, apenas reforçaria o não controle do risco enquanto fundamento material da posição de garante.

Razão pela qual conclui os acórdãos do TRF1 por entenderem pelo trancamento da Ação Penal em face dos referidos conselheiros, uma vez que “a denúncia não indicou a causalidade de natureza jurídico-normativa, contentando-se com uma suposta causalidade puramente material”¹⁷⁸ a qual seria impassível de aplicação em sede do Direito Penal.

2.3) Da chegada da controvérsia no Superior Tribunal de Justiça: os elementos constantes nos Recursos Especiais a requererem a tramitação da Ação Penal

Frente o trancamento da Ação Penal pelo TRF1, interpôs o MPF os Recursos Especiais contra cada um dos acórdãos, por entender que, face aos evidentes indícios de figurarem os conselheiros enquanto garantidores da evitação do resultado (rompimento da barragem), seria impositiva a regular tramitação da Ação Penal.

Não sendo mérito do presente trabalho a análise quanto às particularidades processuais da capacidade do *Habeas Corpus* para analisar questões probatórias, a aferição meritória encampada pelo TRF1 em bojo dos Recursos Especiais interpostos merece atenção quanto à constatação da configuração do tipo objetivo da omissão imprópria.

¹⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

¹⁷⁸ *Ibidem*

Para o MPF, nas razões recursais, o ponto de análise para a necessidade de seguimento da Ação Penal se mostrou na evidência concreta de uma situação típica de perigo ao resultado observado, consistente “*nos danos às pessoas, ao meio ambiente e ao patrimônio decorrentes da omissão dos acusados*”¹⁷⁹, entendendo igualmente configurado um poder de agir pelos conselheiros em virtude do cargo de comando que detinham na sociedade empresária, inclusive, advindo as posições de garantidores pelas normas legais e estatutárias de disposições societárias.

Portanto, observa-se que a tônica da argumentação recursal do MPF se pautou na definição de uma posição de garante independente de um elemento material objetivo ao controle da fonte de perigo pelos conselheiros, mas, em face, evidentemente, da figuração funcional do cargo de conselheiro, em face dos deveres societários de diligência instituídos pela LSA (arts. 153 e 154).

Tanto que a equivalência responsiva desses deveres, implicando responsabilidade penal, evidencia-se pela norma societária que dispõe a responsabilidade dos administradores por atos ilícitos na sociedade empresarial, “*se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática*” (art. 158, §1º, LSA).

Razão pela qual, inclusive, a condição de suplente da conselheira Margaret MC Mahon Beck não a afasta da responsabilidade penal pelo resultado, uma vez que, na óptica ministerial, tal distinção não é operada pela norma societária.

Busca apontar uma consecutividade causal entre as deliberações do conselho e o efetivo rompimento da barragem, ao passo que apresenta que mesmo não figurando no órgão administrativo ao momento do evento (situação dos conselheiros Hélio Cabral Moreira e Jeffery Mark Zweig, que, quando do rompimento, já não mais integravam o Conselho de Administração), possível se mostra a responsabilização penal “*quando a adoção de medidas de contenção ou mesmo de interrupção das atividades da empresa teriam sido eficientes para evitar o resultado criminoso*”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especiais n.ºs 1.888.021/MG (2020/0196645-6), 1.887.833/MG (2020/0196556-0) e 1.888.021/MG (2020/0196645-6). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF.

¹⁸⁰ *Ibidem*

Para endossar tal argumento, busca-se amparo cognitivo na norma disposta no art. 2º da Lei n.º 9.605/1998, uma vez que, pela compreensão do MPF, a ausência de evitação do resultado implicaria, aos dirigentes, a responsabilidade criminal.

Apresentou-se, na fundamentação recursal, que por mais que a exposição de um risco juridicamente proibido seja de encargo avaliativo da marcha processual em primeiro grau de jurisdição, não é possível desprezar os indícios de antijuridicidade do risco, conquanto se pautar na criminalidade ambiental uma responsabilidade independentemente de culpa (art. 14, §1º, Lei n.º 9.605/1998), a qual abrange, inclusive, por solidariedade, todos aqueles que de alguma forma assumem ou contribuem com o risco de danificar o meio ambiente.

Caminha à conclusão no sentido de que não é o caráter colegiado dos órgãos administrativos que os vedam posições de garantia, o que seria impossibilitar qualquer responsabilidade a eles dirigida, mas, em face das atribuições estatutárias, colocado sobre os conselheiros deveres de diligência societários, *“sua inércia diante de graves riscos a eles reportados pode, sim, configurar uma conduta penalmente relevante e passível de imputação criminal”*¹⁸¹.

O que, respaldado ainda pelos elementos processuais defendidos, leva o MPF a sustentar a necessidade de se determinar o devido prosseguimento da Ação Penal para analisar, concretamente, a responsabilidade penal dos conselheiros denunciados.

¹⁸¹ RASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especiais n.ºs 1.888.021/MG (2020/0196645-6), 1.887.833/MG (2020/0196556-0) e 1.888.021/MG (2020/0196645-6). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF.

3) O DIÁLOGO DOGMÁTICO-JURISPRUDENCIAL NA PONDERAÇÃO DO CASO SAMARCO

3.1) Análise da responsabilidade penal por omissão imprópria na seara empresarial: preceitos do tipo objetivo nas condutas omissivas dos dirigentes de Sociedades Anônimas

Delimitados o referencial teórico e a abordagem do caso a ser analisado, importante que se passe, preliminarmente, à conjugação dos elementos fundantes da decisão do TRF1 com o padrão decisório sedimentado no entendimento do STJ, a um arremate conceitual que tangencie os contornos da imputação omissiva imprópria especificamente ao âmbito da seara empresarial, de modo que se possa, inclusive, analisar, pela lente da dogmática, a compreensão da posição jurisprudencial tomada no feito.

Para tanto, importante que se entenda a vinculação da atividade empresarial ao âmbito de tutela do Direito Penal, o que demanda, necessariamente, compreender o alcance da norma penal ao ambiente empresarial. Nesse sentido, passo primeiro é delimitar o conceito de empresa.

O Código Civil Brasileiro, ao incorporar o Direito de Empresa a uma disposição conjunta dos atos da vida privada, caracteriza apenas aquele que exerce a atividade empresária, sendo empresário *“quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”* (art. 966, caput, CC).

De modo que, não delimitando a norma civil o conceito legal de empresa, mas apenas o de empresário, cabe, a partir da hermenêutica da norma que define este último, extrair a noção de que, *“se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços”*¹⁸², o que implica, assim, que entender empresa enquanto a atividade econômica organizada a distingue do sujeito que exerce a atividade (empresário), do local onde a atividade é estabelecida (estabelecimento empresarial) e da união organizada de sujeitos para desenvolvimento da atividade econômica organizada (sociedade empresarial)¹⁸³.

Entendido, então, o conceito de empresa, igualmente necessário se faz a compreensão das características desta que demandam maior atenção no âmbito da criminalidade. Em primeiro lugar, certo que o desenvolvimento dessa atividade econômica organizada desempenhará o envolvimento de uma certa coletividade, em algum momento da cadeia

¹⁸² COELHO, Fábio U. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p.30-31

¹⁸³ *Ibidem*, p. 31

operacional dessa atividade. Nesse horizonte, um envolvimento coletivo de indivíduos concorrendo para a realização de práticas econômicas implica um desafio a mais para a compreensão penal, conquanto esta trabalhe, em essência, com a responsabilidade individual.

A pluralidade de agentes na atividade econômica demanda esforços maiores que uma mera constatação de concurso de pessoas para a prática delitiva (art. 29, CP), uma vez que, dados os instrumentos organizacionais da empresa, à prática delitiva não se mostre passível de definir, de plano, uma ação ou omissão individualizada que a causou, se não da interferência recíproca de ações e omissões oriundas da natureza coletiva dos comportamentos dos agentes empresariais, os quais, observados individualmente, em nada trariam a um agente específico a cognoscibilidade da feição antijurídica da conduta realizada.¹⁸⁴

De onde surgem reflexos, diretamente, no alcance penal da conduta dos dirigentes empresariais, dado que, desses instrumentos organizacionais da empresa, dentre os quais, a divisão e delegação de funções e a filtragem da informação, um liame entre a direção/administração dessa atividade econômica organizada e a realização de um tipo penal pode não se evidenciar em translúcida percepção.

Observa-se, então, a necessidade de se abordar a criminalidade empresarial em uma perspectiva que insira a atuação dos dirigentes da empresa dentro da lógica penal, sem que, contudo, tenha que se abrir mão do elemento individual da responsabilidade penal. Para tanto, aponta-se com maior robustez dogmática, adequando-se ao princípio da legalidade da persecução penal (art. 5º, XXXIX, CF), a localização do agente imediato, que detém de um contato direto com o resultado lesivo, seguindo-se, pelos elos da rede de condutas que se ligam ao agente imediato, à investigação dos demais agentes que aportam significância causal para a realização do resultado, em níveis mesmos ou superiores de hierarquia.¹⁸⁵

Esse modelo de percepção da responsabilidade penal em ambientes empresariais, que parte do agente de proximidade imediata ao fato para os agentes superiores que vinculem mediamente à realização deste, isto é, uma aceção *bottom-up* da responsabilidade penal, tem, de acordo com Estellita, três razões fundantes para sedimentar-se com estratégia juridicamente mais afeita à legalidade da persecução penal.

¹⁸⁴ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 40

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 52

A primeira, pois, a própria configuração do ordenamento jurídico brasileiro importa no reconhecimento das condutas individuais que se relacionam ao resultado lesivo (art. 13, *caput* e art. 29, *caput*, CP), necessário que se entenda, com certa delimitação independente, a direção de cada conduta a violar a integridade de um bem jurídico. A segunda, pois, uma abordagem inversa, partindo-se da cúpula diretiva para os agentes imediatos (lógica *top-down*), tenderia a uma responsabilidade pena objetiva, conquanto se importe meramente com a posição ocupada por um indivíduo na direção empresarial. E a terceira, por fim, de caráter metodológico, é que a busca pragmática da responsabilidade dos dirigentes se mostra muito mais assertiva quando entendida sua ligação de garantidor com o agente imediato, partindo-se deste para localizar que, sobre ele, detinha gestão/controle do agir desempenhado.¹⁸⁶

Responsabilizar, pois, os dirigentes empresariais por uma conduta ou resultado lesivos na atuação empresarial demanda a compreensão do elemento vinculativo entre a conduta típica, ou resultado lesivo, observada e a própria situação do dirigente no âmbito empresarial em responsabilidade à mesma. Se tal elemento vinculativo implica maiores óbices nas condutas comissivas, dado o lapso entre o dirigente e o fato e a dificuldade de paralelismos entre um agir comissivo do dirigente e o resultado lesivo praticado no âmbito da atividade econômica, em face das inações típicas, um elemento a mais parece amenizar tais dificuldades.¹⁸⁷

Isto, pois, se nas condutas comissivas, há que se perceber o vínculo entre a ação e o escopo próprio da atividade econômica, evitando-se entender como “*criminalidade de empresa*”¹⁸⁸ lesões, ou ameaças de lesões, a bens jurídicos que não correspondam ao escopo próprio do exercício da atividade econômica, nas condutas omissivas, importante que se mostre capaz de figurar o dirigente empresarial enquanto garantidor da integridade do bem jurídico tutelado (art. 13, §2º, CP) e relacionar-se, em relação a deveres de vigilância e/ou controle, à fonte de perigo produzida/gerenciada.

Assim, transportando o entendimento anteriormente exposto, que emprega ao fundamento da posição de garantidor do agente um elemento material propriamente penal, considerando Estellita que o denominador comum, dentre a divisão funcional de Armin Kaufmann pelos deveres de proteção e vigilância¹⁸⁹ e os critérios de domínio (Schünemann)¹⁹⁰

¹⁸⁶ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 60

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 61

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 34

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 95

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 88

ou em relação à origem do risco (Bottini)¹⁹¹, fundante da posição de garantidor é a “*assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico*”¹⁹², tal fundamento, para os dirigentes empresariais seria o “*controle sobre a fonte de perigo empresa*”¹⁹³.

O que importa reconhecer que, em verdade, o controle do perigo empresa se situa na capacidade e na gestão fática do dirigente controlar o risco desenvolvido, o que não assemelha, em uma simetria de valores, que a simples posição de comando hierarquicamente estabelecida não instaura a posição de garantidor do dirigente, podendo servir a fim de delimitar e evidenciar a capacidade de ação do agente que evidentemente controla a fonte de perigo empresa.¹⁹⁴

Para tanto, essa fonte de perigo necessita ser compreendida sobre duas frentes paralelas. A primeira delas, por entender que a essência do perigo advindo da atividade empresarial é de um risco permitido. E isto, pois, de fato, o desempenho de certas atividades provoca, por essência ou reflexivamente na dinâmica social, o desequilíbrio da segurança de coisas e pessoas inseridas a volta desse empreendimento. Entretanto, como bem anota Damásio de Jesus, “*o perigo de dano é inerente a toda atividade humana*”¹⁹⁵, de modo que o risco, enquanto próprio da óptica natural das coisas, será valorado pelo ordenamento jurídico, se permitido ou proibido, sendo que, naquele, não se trata necessariamente de um risco inferior a este, mas tão somente que, ainda que relevante, é permitido pelo ordenamento jurídico.¹⁹⁶

Paralelo a compreender o risco da atividade econômica organizada dentro de um aspecto juridicamente permitido, extrai-se o correlato dever de garantir que a essência desse risco não se desequilibre para um patamar não aceito pelo ordenamento jurídico, isto é, que passe a se comportar como um risco juridicamente proibido. À liberdade de conduzir um centro de perigo se impõe o dever de garantir a integridade do controle desse risco, para que dele não se atinja lesivamente a quem estiver em sua abrangência.¹⁹⁷

Entretanto, certo que a empresa não pode ser confundida com os sujeitos empresariais que a gerem, se desenvolve negócios jurídicos aptos a materializarem os efeitos da atividade

¹⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 117-121

¹⁹² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87-88

¹⁹³ *Ibidem*, p. 171

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 117

¹⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997, p. 371

¹⁹⁷ ESTELLITA, *Op. cit.*, p.118

econômica organizada, os faz pela atuação daqueles que representam os interesses da pessoa jurídica organizada para desempenhar a função empresarial.

E é sobre esses sujeitos empresariais, enquanto pessoas físicas, que restaram atrelados os atos organizacionais advindos da responsabilidade primeira da pessoa jurídica, enquanto tomadora imediata do risco da atividade econômica, pela qual amoldará os deveres de vigilância e proteção que se encubem os dirigentes.¹⁹⁸

Logo, é sobre os administradores da empresa que se recai, da derivação primeira da responsabilidade da pessoa jurídica pelos riscos da atividade econômica, a vigilância do perigo empresa, enquanto são estes que detém da capacidade organizativa do escopo social da atividade econômica desenvolvida.¹⁹⁹ Assim, atuam enquanto garantidores originários, os dirigentes que tenham uma “*relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, que tem de ser confirmada pela assunção fática dessas tarefas*”²⁰⁰, de onde se originam os deveres de vigilância próprios da função de garantidor.

Entretanto, importante destacar que, apesar da assunção fática de controle sobre o perigo empresa, aos dirigentes não será atrelado um dever indeterminável de vigilância, portando-se como garantidores de qualquer produção lesiva ou perigosa acontecida sobre o âmbito empresarial. É dizer, não se vinculam juridicamente com a garantia da segurança de todo e qualquer evento de potencial lesivo aos bens jurídicos na zona de indução da atividade econômica.

A determinação da norma penal (art. 1º, CP) demanda uma correlação cognoscível entre a delimitação do injusto e sua seara de abrangência, isto é, a possibilidade de se exigir uma conduta ou determinar-se uma inação, a fim de proteger o bem jurídico, demanda a prévia exposição de sua essência, permitindo a identificação do agente frente a norma, pelo que Tavares entende como reflexo da conduta enquanto ato perlocucionário.²⁰¹

De modo que, entre a relação juridicamente fundada, e faticamente tomada, do dirigente com a fonte de perigo empresa, apenas os delitos que se originem dessa fonte de perigo, pela

¹⁹⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 131

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 132

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 132

²⁰¹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 336

concreta execução da atividade econômica organizada, são tutelados sobre uma perspectiva de vigilância dos dirigentes enquanto garantidores deles.²⁰²

O que condiz a pensar que, exigido um elemento material próprio ao Direito Penal para fundar a posição de garante do dirigente pela vigilância de bens jurídicos inerentes ao controle efetivo da fonte de perigo empresa, delimitada a tutela destes dentro da própria delimitação penal de referência aos tipos diretamente envolvidos com a operacionalização do perigo empresa, o próprio aspecto de vigilância, de onde se extrai o dever de agir do agente garantidor para evitar o resultado lesivo, igualmente demanda uma afeição própria ao Direito Penal.

Razão esta que a interpretação do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal não pode levar a expansão da responsabilidade criminal para normas extrapenais que busquem incidir comandos de cuidado na condução da atividade econômica, mas sim de estratificar a incidência da responsabilidade penal apenas para bens jurídicos onde se mostre extremamente necessária a tutela repressiva do Estado-Juiz.

Como apresentado anteriormente neste trabalho, o caráter da legislação extrapenal assume feição delimitadora da capacidade e do conteúdo concreto do dever de agir exigido do agente garantidor, mas não implica, por si só, na instituição de uma responsabilidade de garante, para fins penais, pela integridade do bem jurídico.

A legislação extrapenal, enquanto possa referendar ou até mesmo determinar deveres organizacionais do agente garantidor, não é o fundamento próprio da posição de garante, apesar de que possam servir de elemento indiciário para demonstrar sua presença.²⁰³ A pedra de toque dos deveres de cuidados exigidos pela legislação extrapenal se encontra na delimitação do conteúdo próprio do dever de agir que se espera do agente garante, bem como na determinação da essência do risco da atividade, de onde se atrairá o amparo penal à valoração da omissão enquanto contrária ao ordenamento, desaprovando-se a inação do agente garantidor em evitar o resultado lesivo advindo.²⁰⁴

Assim, na seara empresarial, as disposições aplicáveis à administração da atividade econômica organizada, em especial, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) e o Código Civil (Livro II da Parte Especial, arts. 966 a 1.195), expõem um escopo de delimitar e

²⁰² TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 137

²⁰³ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 139

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 143

modular o conteúdo do dever de agir do sujeito garante, não instituindo a posição de garantidor por essência, mas tão somente servindo como elemento indiciário de sua existência.

A esse âmbito de determinação dos deveres de vigilância do agente garante na estrutura empresarial demandará ainda a análise quanto a expansão do dever de vigilância pela possibilidade de rearranjos da responsabilidade próprios à condução da atividade econômica, justamente por isso, organizada.

Trata-se, em essência, da organização dos agentes empresariais frente a divisão de funções e delegação de atribuições na estrutura empresarial, o que gera concretos desafios à constatação da responsabilidade penal dentro da mesma, por demandar um esforço milimetricamente preciso para compreender a existência, transferência e permanência de deveres de vigilância para a garantia da integridade do bem jurídico.

Estellita trata dessa estrutura de responsabilidade dentro de uma lógica de identidade ou divergência dos níveis hierárquicos, perante a qual a repartição de obrigações, em um nível de mesma hierarquia, compreende estruturas de responsabilidade horizontal, ao passo que, a transferência de atribuições a níveis de diferença hierárquica compreende estruturas de responsabilidade vertical.²⁰⁵

Tomando de partida as estruturas de responsabilidade vertical percebe-se o ato de delegação de tarefas e atribuições como principal expoente de sua configuração. A delegação de atribuições não se restringe a meras atividades executórias, mas igualmente, dentro do escopo autorizado pelo ordenamento jurídico, delegável se mostra a própria atividade de controle da fonte de perigo empresa, o que não corresponde, de todo modo, com a delegação da própria função de comando, destituindo o administrador enquanto tal.²⁰⁶

O escopo da delegação é conferir maior abrangência à tutela dos bens jurídicos dispostos ao risco do perigo empresa, e, quando realizada sob a égide da Lei, detém da capacidade de constituir o agente delegado enquanto garantidor derivado da proteção do bem jurídico, ato este que não exonera completamente o agente delegante, restando sempre, ao mesmo, deveres residuais de vigilância e controle. Nesse ponto, importante destacar que tanto as atividades

²⁰⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 146

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 147-148. O ordenamento jurídico brasileiro veda a delegação tida por orgânica, a qual se tem que “as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto” (art. 139, LSA).

próprias da gestão empresarial e do exercício finalístico da produção econômica, quanto a própria atribuição de vigilância e controle podem ser delegadas.²⁰⁷

Em ambas modalidades delegatórias resta ao agente delegante o dever residual de vigiar a condução da atividade delegada ao agente que as recebe. Entretanto, cria a delegação uma exoneração parcial da responsabilidade do agente delegante, conquanto se funde, pelo ato delegativo da atribuição, uma relação de confiança entre o garantidor originário e o garantidor derivado.

É dizer, para a possibilidade real de se desempenhar uma execução orgânica da atividade econômica organizada, necessário que os atos de delegação se pautem pelo princípio da confiança entre delegante e delegado, de modo a permitir uma execução dinâmica das atividades pela rede estrutural de agentes envolvidos na empresa. E, isto, pois, na execução das atividades pelas camadas organizacionais da atividade econômica, a condução da atribuição perante o caminhar da informação dependerá, indiscutivelmente, da confiança nos filtros que se colocam entre cada elemento da estrutura empresarial.

Para que seja possível a exoneração de parte dessa responsabilidade, entretanto, é necessário que a confiança seja erigida em solo estável, pelo qual se possa creditar como válido o alcance da informação e da execução da atividade delegada. É dizer, o grau de fidúcia que determinará a possibilidade dessa exoneração demanda que haja sustento mínimo para sua credibilidade, a qual, em face do agente delegante, adquire contornos com o cumprimento regular de seus deveres de seleção adequada do agente delegado, oportunizando-o os meios de execução da atividade delegada e oferecendo a devida orientação para tanto.²⁰⁸

Apenas assim, poderá o agente delegante desincumbir-se em maior grau, mas nunca totalmente, de seus deveres de vigilância.

Entretanto, ao mesmo ainda será enfrentado condições de validade, uma vez que importante para a validade do ato delegatório que o agente delegante cumpra com deveres próprios de seleção adequada, instrução, organização, supervisão e intervenção²⁰⁹, os quais modulam a permanência dos efeitos da delegação enquanto atenuantes da responsabilidade do agente delegante, mesmo que resida, reativamente, um dever de vigilância sobre o agente delegado e a atividade delegada por ele executada.

²⁰⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 150

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 153

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 156-158

É dizer, em síntese, que o fim objetivo da delegação é constituir novos agentes garantidores, conquanto não se opere uma exoneração absoluta da responsabilidade do agente delegante, mas apenas a atenuação frente a execução devida da atividade delegada pelo agente que recebe a atribuição desta, restando, assim, deveres de vigilância reativos²¹⁰ para o agente delegante.

Em face do agente delegado, a delegação consecutiva da atribuição a ele delegada, se autorizada pelo ordenamento, o trará uma atribuição de garantidor de vigilância frente ao novo agente delegado por assunção (art. 13, §2º, 'b', CP), mas isentará o delegante originário de vigiar o novo agente delegado.²¹¹ Em sendo a delegação consecutiva vedada pelo ordenamento, o delegado derivado que novamente delega atribuições tomará para si a posição de garante com base na ingerência, conquanto crie com uma conduta comissiva sua, um risco juridicamente proibido (art. 13, §2º, 'c', CP).²¹²

Já em face da distribuição de responsabilidade por estruturas horizontais, o fenômeno que se percebe é o da definição específica de funções dentro de um mesmo nível hierárquico, especializando-se a condução das atividades desenvolvidas pelos dirigentes, em um fenômeno comumente chamado de “*departamentalização*”²¹³.

A dificuldade maior se dá em perceber a delimitação da posição de garante entre agentes que ocupem um mesmo patamar de responsabilidades, perante os quais não haja uma relação de subordinação hierárquica de uns para com os outros. Assim, delimitar a configuração dessa responsabilidade em órgãos coletivos que se estrutura em uma divisão horizontal de funções demanda, em essência, a observação efetiva da organização do órgão administrativo e o nível de interdependência, se existente, entre seus fragmentos.²¹⁴

O que importaria reconhecer que, em um mesmo órgão, a comunicação da responsabilidade entre os administradores pelas atribuições divididas dependerá da possibilidade de interferência decisória entre eles, o que, na visão de Estellita, leva a quatro possibilidades.

A primeira delas, quando a departamentalização do órgão não extingue a necessidade de deliberação conjunta de seus feitos por todos os administradores que o integrem, situação na

²¹⁰ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 160

²¹¹ *Ibidem*, p. 151

²¹² *Ibidem*, p. 161

²¹³ *Ibidem*, p. 161

²¹⁴ *Ibidem*, p. 164

qual a departamentalização não excluiria o âmbito de vigilância dos administradores pelo perigo empresa como um todo, residindo, continuamente, um dever de intervenção quando reconhecidos sinais de práticas criminosas entre os membros da administração.²¹⁵

A segunda possibilidade se mostra na coordenação do órgão administrativo departamentalizado por um dirigente capaz de coordenar todos os departamentos, ainda que dirigidos, cada um, por um dirigente distinto. Residirá aqui um dever associativo do dirigente que coordena a todos em relação a vigiar e intervir em cursos causais lesivos oriundos do perigo empresa.²¹⁶

A terceira possibilidade, onde a comunicação dos departamentos do órgão administrativo se dê em função da atividade exercida, gerando uma interdependência entre alguns dos departamentos, mas não entre todos, o que, em relação à questão que os comunica, desdobrará para tais a função de garantidores originários da fonte de perigo empresa controlada, restando, para eles, deveres recíprocos de vigilância e intervenção em cursos causais lesivos.²¹⁷

Por fim, a quarta hipótese de responsabilização em uma estrutura horizontal diz respeito à definição de departamentos originários, nos quais os próprios atos constitutivos da empresa delimitem a condução dos trabalhos de modo autônomo e independente por cada departamento do órgão administrativo, situação na qual não haverá um dever de vigilância recíproco entre estes, nos quais a posição de garantidor restará delimitada ao objeto próprio do departamento onde se controla a fonte de perigo empresa por cada um dos dirigentes.²¹⁸

Importante ressaltar, todavia, que na condução societária remanescerá sempre os deveres de vigilância pelo âmbito no qual se controle diretamente a fonte de perigo empresa, de modo que, em todas as situações, restará ao dirigente figurar enquanto garante do departamento por ele ocupado, ainda que, com relação aos outros, se comunique, ou não, alguma interdependência executiva, o que também o atribuirá, ou não, uma posição de garante.

Reconhecida a figuração dos dirigentes enquanto garantidores originários, expressado o dever de agir no controle e gestão efetivos da fonte de risco do perigo empresa, importa ainda delimitar este âmbito de responsabilização quanto às estruturas empresariais previstas no ordenamento jurídico. Certo que, frente a multiplicidade de arranjos empresariais previstos pelo

²¹⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 164

²¹⁶ *Ibidem*, p. 164

²¹⁷ *Ibidem*, p. 164-165

²¹⁸ *Ibidem*, p. 165

ordenamento, dentre os quais as estruturas de atuação societária e as de atuação individual, importante contingenciar o âmbito de abrangência da referência dogmática a seguir exposta.

Isto, pois, de certo que o presente trabalho, enquanto um estudo de caso, enfrenta questões temáticas pertinentes à estrutura empresarial societária, e, dentro desta, à organização da sociedade enquanto Sociedade Anônima, razão pela qual, para a finalidade a que se propõe a análise aqui realizada, há um campo magnético de atração obrigatória entre o caso concreto abordado e a delimitação da responsabilidade penal por omissão imprópria entre os dirigentes de uma Sociedade Anônima.

Assim, em delimitando a abordagem dos conceitos, busca-se evidenciar a aplicabilidade objetiva destes ao escopo deste trabalho, de modo que a abordagem que se segue, relacionada à definição de responsabilidade penal por condutas omissivas impróprias dentro dos órgãos da administração empresarial, será tangenciada quanto à configuração de uma Sociedade Anônima, em atenção à administração compreendida pela Diretoria e pelo Conselho de Administração.

A Sociedade Anônima, enquanto uma *sociedade de capital*²¹⁹, é regulada especificamente pela Lei n.º 6.404/76 e, nos pontos omissos desta, pelas disposições do Código Civil. Enquanto sociedade empresarial (chamada também de Companhia), sua administração compete, em essência, à Diretoria, podendo o estatuto social distribuir a administração geral da Companhia entre a Diretoria e o Conselho de Administração (art. 138, *caput*, LSA).

Em não dispoendo especificamente, ou em contrário, competirá a todos os administradores da Companhia, igualmente, “*todos os atos pertinentes à gestão da sociedade*” (art. 1.015, *caput*, CC).

Nesse âmbito de gestão, conforme dispõe expressamente a LSA, a Diretoria é o âmbito de gestão por essência (art. 138, *caput*), tomando, privativamente, a representação da Companhia (art. 138, §1º). Assim, em razão da função inerente de organização e executoriedade da administração da Companhia, detendo os diretores o comando lato da gestão do perigo empresa, estes figuram como garantidores originários de vigilância por essência.²²⁰

A própria lei societária exige dos diretores, enquanto administradores primeiros da Companhia, o emprego de deveres de diligência societária, devendo adotar, na condução de

²¹⁹ COELHO, Fábio U. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211

²²⁰ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 177

suas funções, “o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (art. 153, LSA), em atenção primordial à função de garantir a preservação da integridade coletiva e o respeito à função social da empresa (art. 170, CF), exercendo as “atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154, *caput*, LSA).

No âmbito da Diretoria, ao contrário do que se observa no Conselho de Administração, é lícito aos diretores exercerem atos de gestão por atuação individual, devendo o estatuto estabelecer-lhes as atribuições e poderes individuais (art. 143, IV, LSA), certo que, no silêncio do estatuto, ou em não havendo vedação pelo Conselho de Administração, é de competência de todo e qualquer diretor representar a Companhia e praticar os atos de gestão necessários ao desenvolvimento da atividade econômica (art. 144, *caput*, LSA).

Como lhes é lícito atuarem individualmente, a delimitação da responsabilidade dos diretores enquanto garantidores de vigilância uns pelos outros e pelo âmbito gerencial exercido dependerá, efetivamente, do reconhecimento do grau de interdependência entre as competências individuais e gestão (individual ou coletiva) do foco de perigo tomado. Assim, como mencionado anteriormente no caso de departamentalização, havendo a divisão de funções entre os diretores, a zona de controle e vigilância será delimitada de acordo com a organização e competência de cada departamento, nos moldes anteriormente apresentados. Quanto maior a interdependência entre os departamentos e os diretores, maior será a exigência de controle e vigilância entre as condutas exercidas. Quanto menor essa interdependência, ou seja, quanto maior a autonomia individual de cada diretor, menor será os deveres de vigilância recíprocos.

Entretanto, não existindo departamentalização dentro da Diretoria, ocorrerá uma conjugação do comando da fonte de risco do perigo empresa, recaindo sobre todos os diretores a gestão vigilante e de supervisão uns para com os outros²²¹, devendo, a todos, ser exigido, quando existente a capacidade, o dever de intervenção para evitar a ocorrência de resultados lesivos.²²²

Em relação específica ao dever de intervenção, percebe-se que este estará delimitado em seu conteúdo pela norma de cuidado aplicável, e em face da capacidade jurídica de exercer

²²¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 177

²²² *Ibidem*, p. 179

a conduta esperada, aliada a possibilidade efetiva de a desempenhar.²²³ Nesse ponto, atenção primordial se volta à abrangência desse dever de agir pelo diretor que se depara frente a ocorrência de conduta antijurídica (penalmente), ou na iminência de sua prática, por outro diretor.

Certo que, em sede das Sociedades Anônimas, não cabe a um diretor destituir outro, atribuição essa reservada ao Conselho de Administração ou, na sua inexistência, à Assembleia Geral de Acionistas (art. 143, *caput*, LSA). Assim, em função de um dever de lealdade (art. 155, *caput*, LSA), que lhe veda omitir-se na proteção de direitos da Companhia (art. 155, II, LSA), conjugado com a incapacidade de destituir, por si só, o diretor autor da (potencial) conduta lesiva, o dever de intervir que é exigido do diretor que toma conhecimento da prática de tais atos pelo §1º do art. 158 da LSA deve ser entendido enquanto dever de comunicar tal fato, imediatamente, ao Conselho de Administração ou, na sua inexistência, à Assembleia Geral de Acionistas, órgão, a depender da situação, que terá a competência para afastar o diretor denunciado, no caso de não ser conjugado o controle da atuação organizacional entre os diretores.²²⁴

Situação um pouco mais delicada de se afirmar a posição de garantidor de vigilância se mostra em face do Conselho de Administração. Órgão de deliberação exclusivamente colegiada (art. 138, §1º, LSA), detém o Conselho de Administração a função essencial de “*instância de controle*”²²⁵, exercendo, assim, a gestão da organização geral da Companhia, afastando-se da administração estrita de atos particularizados da atividade econômica organizada. Pode o estatuto social, entretanto, conceder-lhe a prerrogativa maior de gestão, incumbindo “*manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir*” (art. 142, VI, LSA).

Todavia, enquanto órgão definidor de uma orientação geral dos negócios da Companhia (art. 142, I, LSA), o Conselho de Administração não exerce posição hierarquicamente superior ou inferior à Diretoria, mas uma verdadeira posição de complementariedade.²²⁶ Sua função eminente de controle, atribuindo-lhe a fiscalização da gestão dos diretores (art. 142, III, LSA), não o traz condição de superioridade na gestão da atividade econômica propriamente dita. Mas,

²²³ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 179

²²⁴ *Ibidem*, p. 179

²²⁵ *Ibidem*, p. 181

²²⁶ *Ibidem*, p. 181

frente as atribuições concretamente definidas ao Conselho, a organização de seus deveres e possibilidades de atuação, possível se mostra o estabelecimento, dentro de um âmbito normativo, de um dever de vigilância instituidor de uma posição de garante aos conselheiros.

Dessas capacidades, efetivamente, se percebe a competência do Conselho em exercer uma função de vigilância sobre os membros da Diretoria, examinando, a qualquer tempo “os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos” (art. 142, III, LSA), o que, por mais que não implique em uma imposição de vontades, permite o reconhecimento de uma atuação vigilante do Conselho.

Tal ato, por si só, não fundamenta uma posição de garantidor, pois, como demonstrado, o controle real da fonte de perigo empresa é o elemento fundante da vinculação jurídica do administrador enquanto garante²²⁷, mas, conciliado às demais competência do Conselho, serve de catalisador desse controle fático da fonte de perigo empresa, uma vez que se alicerça nas atribuições do CA, a sua própria gestão.

Assim, capacidades como a de deliberar pela aprovação de certos negócios (art. 142, VI, VII e VIII, LSA), da qual se percebe, a *contrario sensu*, o exercício de um poder de veto sobre certas questões empresariais; a capacidade de eleger e destituir diretores da companhia (art. 142, II, LSA) e a capacidade de fixar-lhes atribuições (art. 142, II, segunda parte, LSA), conjugam um efetivo âmbito gerencial de organizar a atividade econômica e gerir o foco do risco do perigo empresa, apontando, em essência, um vínculo efetivo com seu controle, fundamentando, assim, a posição de garantidores de vigilância dos conselheiros.²²⁸

Como bem apresenta Estellita, o caráter limitado de atuação do Conselho não serve para negar aos seus membros uma posição de garantidores de vigilância, mas apenas de delimitar esta quanto às reais possibilidade de ação, a fim de cumprirem o dever de agir legalmente imposto.²²⁹ O que igualmente correlaciona-se com as delimitações ou expansões das atribuições do Conselho pelo estatuto social da Companhia. Tais limitarão ou alargarão o foco de vigilância dos conselheiros, além de modular o conteúdo concreto do dever de agir a eles impostos.²³⁰

Do que se extrai, à conclusão do raciocínio apresentado, que, voltando-se as atribuições do Conselho de Administração a um foco do perigo empresa centrado na condução societária

²²⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 132

²²⁸ *Ibidem*, p. 193

²²⁹ *Ibidem*, p. 193

²³⁰ *Ibidem*, p. 195

pela Diretoria, a vigilância dos conselheiros, em regra, tão somente a esta se limitará, dado que, na situação observada, apenas a estes se voltarão as possibilidades jurídicas da ação esperada dos conselheiros.²³¹

Importante ressaltar, neste ponto, que fiscalizar e vigiar o foco do perigo empresa exercido pela Diretoria, entretanto, não significa desnaturalizar a atribuição individual da responsabilidade penal ao Conselho de Administração. Não obstante atue por uma vontade colegiada, aos conselheiros não serão imputados coletivamente os atos e resultados lesivos, alheios à sua própria responsabilidade individualizada. Isto é, cabe, dentro de cada aspecto gerencial do foco de risco do perigo empresa analisado, reconhecer a atribuição dos conselheiros frente a real capacidade de ação de cada um deles, constatando as condutas exercidas e/ou omitidas em busca de uma responsabilidade enquanto garantidores de vigilância.

3.2) A compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tipo objetivo da omissão imprópria

Delineadas as peculiaridades da estrutura típica da omissão imprópria em relação ao ambiente de criminalidade empresarial, cumpre, ainda, compreender os padrões cognitivos da compreensão do tipo objetivo da conduta omissiva imprópria de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, como parte da dupla sustentação que embasará a ponderação acerca da responsabilidade penal dos conselheiros de administração da Samarco pelo rompimento da barragem de Fundão, nos Recursos Especiais enfrentados, por omissão a um dever de agir enquanto supostos garantidores.

Entretanto, anteriormente à análise do padrão decisório da Corte Cidadã a respeito do tema, importa que se destaque a demarcação do entendimento jurisprudencial, não como amparo a um exercício de futurologia ao resultado que há de advir no julgamento dos Recursos Especiais interpostos pelo Ministério Público Federal contra os acórdãos que entenderam por trancar a ação penal por falta de justa causa, em sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A apreciação da estrutura das decisões tomadas pelo STJ, enquanto Corte unificadora da interpretação e aplicação da legislação federal, pauta-se em um intento de delimitar a abrangência dos elementos do tipo objetivo da omissão imprópria, dando-lhes contexto quanto à responsabilidade penal dos agentes tidos por garantidores da integridade de determinados

²³¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 196

bens jurídicos. É dizer, é demarcar o ponto de encontro da doutrina na jurisprudência e, assim, respaldar os elementos de sustento da responsabilidade, ou ausência desta, por uma conduta omissiva imprópria, frente a seu tipo objetivo.

Compreender a constituição da omissão imprópria, enquanto conduta punível, é, necessariamente, passar pela análise da capacidade da inação em atuar como causa de um resultado. Evidente que válido, e certamente o real ponto de apuração cognitivo da imputação dos delitos omissivos, é o entender doutrinário que se preocupa verdadeiramente com a relação que a inação exerce para com o resultado²³², entretanto, em face da compreensão fática das condutas humanas em um contexto social²³³, para a imposição da norma, com base no comando encampado pela cabeça do art. 13 do Código penal, há que se averiguar se efetivamente a conduta omissiva detém da capacidade de figurar, e em qual modo, enquanto causa de um resultado.

Certo que a omissão, enquanto mero não-fazer, é incapaz de causar algo, isto é, de expressar, naturalmente, a criação de um fenômeno material. E nesse sentido, expressivamente se manifestou a Corte Cidadã, ao entender que “*a omissão, sendo um não-agir, nada poderia causar, no sentido naturalístico da expressão*”²³⁴. Entretanto, percebe-se que, pelo menos desde 1998, reconhece o STJ que, em seu fundamento dogmático, a omissão não é tida por um mero não fazer (*non facere*), mas reconhece a latência da omissão enquanto um agir diverso do que se é legalmente esperado/exigido (teoria do *aliud agere*)²³⁵

Reconhecendo-se, então, a ausência de uma condição natural de causa e efeito entre a omissão e o resultado²³⁶, apontou no STJ a compreensão, alinhada ao caminhar doutrinário, de que, na omissão imprópria, a configuração da responsabilidade penal depende da constatação de um nexo de evitabilidade²³⁷, isto é, a relação entre o não agir e o resultado haveria que ser enxergada pela óptica normativa, através de uma valoração própria do Direito positivo que

²³² GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 20

²³³ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 191

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 68.871/PR (2006/0233748-1). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 05/10/2009

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 7.153/SP (98/17285-8). Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 13/10/1998

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 35.883/PE (2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – Dje 09/10/2013

²³⁷ BRASIL, HC n.º 7.153/SP, DJe 13/10/1998

permitisse a responsabilização penal do agente por sua omissão, em face do resultado concreto observado.

O reconhecimento de uma concepção normativa à relação entre a omissão e o resultado, conquanto despertem maiores dificuldades em face da distinção da causalidade para com a omissão e do próprio critério a ser utilizado para se reconhecer a existência dessa relação, reforça a análise da conduta omissiva imprópria frente um elemento indissociável de sua valoração jurídico-penal, qual seja, o dever de agir para evitar o resultado (art. 13, §2º, CP).

O dever de agir, como já demonstrado, é a exigência da norma de cuidado para tutela da garantia da integridade do bem jurídico por aquele que detenha de uma especial vinculação jurídica com este. Como exposto, no ordenamento pátrio, tal vínculo se amolda ao agente intitulado na posição de garantidor, em face de uma obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, §2º, 'c', CP); por assunção voluntária (art. 13, §2º, 'b', CP), ou por ingerência (art. 13, §2º, 'c', CP), devendo se analisar, ainda, na satisfação de uma correlação penalmente material para tal vinculação, o fato concreto do agente controlar uma fonte de perigo ou se encarregar, faticamente, da proteção de um bem jurídico.²³⁸

De modo que dúvidas não há quanto ao reconhecimento de uma posição especial do agente omitente em face do bem jurídico tutelado, reconhecendo o STJ, exaustivamente, da necessidade de se observar uma posição de garante ao agente para que este possa responder pela omissão imprópria imputada.²³⁹

Entretanto, situação peculiar é de se observar no acórdão proferido no REsp n.º 1.618.975/PR, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Apesar de reconhecer a vinculação do agente enquanto garante pelo dever de impedir a realização de um resultado lesivo (antijurídico), assevera o voto condutor que:

[...] faz-se incontroverso que o recorrente exercia, *in casu*, a posição de garante, ou seja, ocupava função pública de administrador, superintendente, cargo de chefia da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina

²³⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87-88

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 53.018/CE (2014/0277716-5). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Brasília/DF. DJe 30/06/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 68.871/PR (2006/0233748-1). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 05/10/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 94.543/RJ (2007/0269461-2). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma – DJe 13/10/2009.

(APPA), logo detinha a evidente obrigação de evitar os riscos ambientais previamente assumidos (fls. 1.835/1.852 e 1.890/1.899).²⁴⁰

O ponto a ser observado é justamente quanto à fixação da posição de garante. Não obstante ausente na exegese da omissão imprópria pelo Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento da discussão específica quanto ao efetivo critério material que postule a fixação de uma posição de garante ao agente, importante que se perceba a impropriedade em se mencionar que a mera função ocupada defina a posição de garantidor de um determinado agente.

Isto, pois, adotar o reconhecimento de que meras disposições legais e/ou contratuais (em geral, de caráter extrapenal) fundem uma posição jurídico-penal de garantidor da integridade de um bem jurídico seria adstringir a discussão dos crimes omissivos impróprios unicamente a teoria dos deveres formais, a qual, como mencionado na referência teórica inaugural deste trabalho, já foi, há muito, abandonada.²⁴¹

Evidente que o mero ocupar de um cargo ou função, por mais que insira o agente frente a deveres de cuidado em face da tutela de determinado bem jurídico, não tem, por si só, a capacidade de vincular uma posição de garante. Para além do alinhamento com a teoria dos deveres formais, tal proceder seria, de certo, compactuar com uma responsabilidade penal objetiva inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se desconhecendo que são as peculiaridades concretas do caso em questão que levarão à análise da real gestão da fonte de perigo ou tomada de proteção da integridade do bem jurídico, é de se perceber que não se pode abrir mão, em uma delimitação individual, subjetiva e concreta da responsabilidade penal, da clara compreensão de que a intitulação de deveres de cuidado, por si só, não leva ninguém à condição de garantidor, seja por normas de cunho legal ou contratual, em seara penal ou extrapenal, mas efetivamente, a tomada concreta da organização sobre a fonte de perigo.

É reforçar que a definição de normas de cuidado no ordenamento tenha caráter indiciário da posição de garantidor, com o efetivo escopo de delimitar o conteúdo concreto do dever de

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.618.975/PR (2016/0208604-2). Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 13/03/2017.

²⁴¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 82-83

agir exigido, apresentando o âmbito da capacidade jurídica do agente para exercê-lo, mas não de intitular a alguém enquanto garante²⁴².

Alinhado com a exposição firmada anteriormente a respeito dos integrantes do Conselho de Administração de uma Sociedade Anônima enquanto garantidores de vigilância da Diretoria da Companhia, evidente que não são meras implicações de fiscalização dos conselheiros que lhes denotam uma posição de garantia, mas a real gestão da fonte de risco do perigo empresa, a qual não se sujeita pelo cargo ocupado, mas pela condição concreta de vigiar e intervir para a manutenção da integridade do perigo gestado em níveis autorizados pelo Direito. Logo, não se pode conceber que a simples ocupação de cargo ou função delimite o agente enquanto garantidor, conquanto possam indiciar tal possibilidade, dependerá, efetivamente, da capacidade e possibilidade fática do agente gestar a fonte de perigo.

Mesmo não se desdobrando nos julgados da Corte Cidadã discussões maiores acerca do elemento material que efetivamente vincula uma posição jurídico-penal de garantidor ao agente, é importante avaliar uma breve compreensão no sentido de aferi-la, encampada pelo RHC n.º 80.142/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma.

No julgado, enfrenta-se a responsabilidade penal de um representante legal de um fundo de investimentos imobiliários, o qual, ao ter contratado uma determinada empreiteira para realização de certa obra, teria assumido a posição de garantidor em face de sua segurança, sendo, assim, penalmente responsável pelo desabamento desta, por desobediência aos deveres de cuidado a ele impostos.

Ao julgar o feito, entendeu a relatora, acompanhada à unanimidade pela Turma, que não se afere a posição de garantidor pela mera ocupação do cargo, ou implicação legal a um dever de cuidado, conquanto este *“deve ser endereçado aos agentes da empresa responsável pela construção, ou a outros terceiros que tenham efetivamente interferido no curso causal”*²⁴³.

Ao reforçar o ponto de que apenas aqueles que detiveram da capacidade efetiva de intervir no curso causal é possível extrair da fundamentação decisória um alinhamento ao controle efetivo, pelo agente garante, da fonte de perigo (“causadora do resultado”). Não obstante, ao passo que afirma a decisão que *“a responsabilidade penal por eventual infortúnio na consecução da obra somente pode ser imputada objetivamente [...] aos agentes da empresa*

²⁴² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 145

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017.

contratada ou a terceiros que efetivamente interferissem no curso processo causal”²⁴⁴, o ponto de inflexão se mostra na efetiva interferência do curso causal como um elemento de gestão em face de sua ocorrência, isto é, do comando objetivo apto a controlar a fonte de perigo.²⁴⁵

Por mais que se possa buscar maiores incursões acerca da menção à interferência no controle do curso causal, isto é, se teria adotado, a relatora, a teoria da interferência em sua postura subjetiva, como afirma Tavares ao expor o raciocínio elencado de Fischer pela causalidade na omissão vinculada à vontade de permitir o resultado (não o evitar) associada à capacidade própria de fazê-lo²⁴⁶, ou se apenas o faz em função da delimitação material da gestão do resultado, parece concreto afirmar que, ainda que por breve exposição, o que evidentemente se buscou foi uma limitação quanto a configuração da posição de garante, exigindo para sua instalação não a mera definição normativa ou contratual, mas a referência concreta a um elemento material de controle (possível) do resultado, ou melhor dizendo, da fonte de perigo.

De certo que, conquanto especificidades acerca da configuração da posição de garante não sejam questões de maior aporte nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, a análise do efetivo dever de agir por parte de garantidores é situação que encontra maior amparo nos julgados do Tribunal.

Enfrentando especificamente a possibilidade da conduta, compreendeu a Corte Cidadã, no HC n.º 23.362/RJ, de relatoria do Ministro Paulo Medina, da Quinta Turma, que, ao sócio gerente de uma clínica médica, o qual detinha a responsabilidade de admitir e demitir profissionais de saúde no âmbito da clínica, cabia o dever de atuar a fim de vigiar pela persecução do objetivo da sociedade, no caso, a prestação de serviços médicos, sendo responsável, por omissão imprópria, pelos maus tratos realizados por médicos nos pacientes da clínica.

Na decisão, entendeu o STJ que cabia ao sócio gerente “*evitar o resultado danoso que ocorreu em sua clínica*”²⁴⁷, uma vez que, detentor de uma posição de garante, pois efetivamente tinha o controle fático de uma fonte de perigo, atribuído lhe era deveres inerentes de cuidado com a gestão do risco assumido, através de “*normas de natureza civil que vinculam o paciente,*

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017

²⁴⁵ ²⁴⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87-88

²⁴⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 97

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 23.362/RJ (2002/0081677-6). Rel. Min. Paulo Medina. Quinta Turma. Brasília/DF. DJ 01/08/2005

como sócio-cotista [sic], perante a sociedade e terceiros”²⁴⁸. De modo que, configurado enquanto garantidor, detendo da capacidade jurídica e da possibilidade concreta de atender às normas de cuidado exigidas para gestão da fonte de perigo em padrões permitidos, a omissão quanto a estes deveres que lesiona o bem jurídico (dentro do âmbito de incidência da norma de cuidado) implica ao agente, concretamente, a responsabilidade pelo resultado lesivo em omissão imprópria.

Ainda em relação ao dever de agir, é importante perceber a compreensão do Superior Tribunal de Justiça de que a mera existência de uma conduta exigida não é suficiente à imputação omissiva imprópria, conquanto não seja possível asseverar que, existindo a conduta exigida, a ela lhe poderá atender o agente garante.

O reconhecimento da possibilidade concreta da ação aloca a compreensão da Corte Cidadã frente à compreensão do dever de agir em face dual, isto é, por demandar não apenas a capacidade jurídica do agente para agir²⁴⁹, mas igualmente a possibilidade concreta da ação²⁵⁰. Nesse cenário, decisão que teve seus efeitos expandidos no padrão decisório do STJ, em relação ao tipo objetivo da omissão imprópria, fora o julgamento do HC n.º 94.543/RJ, da Quinta Turma, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sendo relator para o acórdão o Ministro Arnaldo Esteves Limas.

Ao reforçar o entendimento doutrinário de que a conduta devida tem que ser fisicamente possível, entendeu o colegiado que, na ausência de uma possibilidade real de ação por parte do agente garante, a atipicidade da conduta seria manifesta, visto que impossível de se configurar um dever de agir, quando impossível de lhe ser exigido do agente. No contexto do caso analisado, tratava-se de imputar a responsabilidade pelo rompimento de uma barragem de rejeitos aos sócios da sociedade empresarial que fora proprietária da barragem, detendo aqueles do conhecimento da necessidade de desativá-la após determinada data.

Entretanto, alienada a sociedade empresarial detentora da barragem, e não sendo esta desativada, vindo a romper, a questão se colocou quanto à responsabilidade dos ex-dirigentes da sociedade empresarial por omissão imprópria enquanto garantidores da integridade do empreendimento, entendendo o STJ que, ausente a possibilidade real de atuarem para evitar a ocorrência do resultado desvalorado, dada a transmissão da propriedade para terceiros e a

²⁴⁸ BRASIL, HC n.º 23.362/RJ, DJ 01/08/2005

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.641.743/PE (2020/0001829-9). Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Brasília/DF – DJe 08/03/2021

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 56.154/PR (2015/0020400-9). Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Brasília/DF – DJe 06/03/2017

ausência de controle sobre sua operação, impossível de lhes ser imputada a conduta omissiva imprópria referente ao rompimento da barragem.²⁵¹

Não obstante pesarem críticas doutrinárias quanto ao desacerto da decisão, por desconsiderar questões quanto à transferência (legítima) do risco²⁵², a decisão proferida pela Quinta Turma impõe o reconhecimento do dever de agir na omissão imprópria frente uma capacidade jurídica aliada a uma possibilidade concreta de executar a ação esperada. Tal percepção possibilita, assim, demarcar a intitulação do dever concreto de ação pelo agente garante, atendendo às normas de cuidado aplicáveis, dentro do ordenado pelo Direito e frente ao que, evidentemente, se situa nas possibilidades físicas do agente garantidor, perante as quais atenderá ao dever, pelo Direito a ele determinado e, dele, esperado.²⁵³

O reconhecimento de uma exigência normativa a uma conduta salvadora, ou impeditiva da ocorrência do resultado, pauta-se, evidentemente, na compreensão, pelo STJ, de que, na omissão imprópria, como exposto, a relação entre a conduta omissiva e o resultado, qual seja, a suposta causalidade exigida pela cabeça do art. 13 do Código Penal, demanda sua compreensão frente ao chamado nexos de evitabilidade²⁵⁴, sendo certo que, essa concatenação “causal”, é ponto de volumoso aporte no enfrentamento decisório do STJ em questões de omissão imprópria.

Certo que, partindo-se do HC n.º 7.153/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, da Quinta Turma, compreende o Superior Tribunal de Justiça que a relação buscada entre a omissão e o resultado não é uma relação de causa e efeito, mas sim uma relação pautada na evitabilidade do resultado pela conduta devida (mandada) e omitida pelo agente. A um primeiro olhar, poderia se limitar a compreensão do entendimento firmado quanto à busca pura e simples por uma normatização da relação de causalidade, isto é, à compreensão do nexos causal ao simples compreender da norma jurídica.

Entretanto, a inteligibilidade da decisão permite observações mais profundas. Ao tomar a relação entre a omissão e o resultado pelo nexos de evitabilidade, isto é, pelo não emprego de uma conduta ativa devida, capaz de evitar o resultado, anui o Superior Tribunal de Justiça com

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 94.543/RJ (2007/0269461-2). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe 13/10/2009.

²⁵² BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 289

²⁵³ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 247

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 7.153/SP (98/17285-8). Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 13/10/1998.

a delimitação da omissão, enquanto condição negativa do resultado, frente a aplicação do critério da probabilidade próxima da certeza, a fim de compreender a capacidade da conduta esperada (devida) em evitar a ocorrência do resultado lesivo.

Tal compreensão mostra não se destoar do fundo hermenêutico da decisão proferida no HC n.º 7.153/SP, uma vez que, ao exigir um “*dever de agir para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico penalmente tutelado*”²⁵⁵, mostra alinhar-se com a disposição legal que entende “*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*” (art. 13, *caput*, CP) e a relevância penal dada à omissão “*quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*” (art. 13, §2º, CP), o que se percebe que, efetivamente, a conduta devida é aquela que detinha da capacidade de evitar o resultado desvalorado, operando o critério da probabilidade próxima da certeza como questão de prova²⁵⁶ da capacidade de evitabilidade da conduta exigida.

Tal compreensão encampou explicitamente o espaço argumentativo das decisões do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁷, entretanto, ponto necessário de reflexão se mostra em face da compreensão tomada no HC n.º 23.362/RJ, de relatoria do Ministro Paulo Medina, da Sexta Turma.

No aludido caso já exposto do sócio gerente de uma Clínica Médica, que se mostrou responsável, por omissão imprópria, frente os maus tratos praticados por profissional da saúde por ele não demitido, sendo que detinha do efetivo controle da fonte de perigo, além da capacidade jurídica e possibilidade concreta de agir para evitar a ocorrência do resultado lesivo, enfrentou a decisão, em seu entender, que “*porque o nexo de causalidade decorrente da omissão é jurídico, e não naturalístico, não há como descrevê-lo*”²⁵⁸.

Entretanto, há que se ressaltar a efetiva imprecisão praticada em tal entender. Conquanto se decorram maiores discussões quanto ao próprio vínculo causal²⁵⁹, e se efetivamente é este que rege a relação omissiva imprópria, mesmo sendo tido por jurídico, ou normativo, a

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 7.153/SP (98/17285-8). Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 13/10/1998

²⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 233

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 35.883/PE(2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 09/10/2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 39.627/RJ (2013/0235844-9). Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 30/04/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 120.187/SP (2019/0332370-9). Rel. Min. Laurita Vaz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 05/04/2021.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 23.362/RJ (2002/0081677-6). Rel. Min. Paulo Medina. Quinta Turma. Brasília/DF. DJ 01/08/2005

²⁵⁹ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 17

verdadeira discussão afeiçoa-se a possibilidade, ou não, de descrever o vínculo que, de alguma forma, busca relacionar a omissão (ausência da ação mandada) com o resultado lesivo observado.

Evidente que, em feições puramente naturais, encontrar o liame entre o não agir diretamente com a ocorrência do resultado é trabalho de esforço hercúleo, conquanto já sedimentado no entendimento do STJ que a omissão, em verdade, nada causa.²⁶⁰ Não parece encontrar guarita no entendimento da Corte a compreensão antagônica de que, entendendo omissão enquanto condição negativa, poderia ser tido, enquanto causa de algo, por ser “*simplesmente uma relação condicional lógica*”²⁶¹.

De todo modo, o entendimento da relação da omissão da conduta devida com a ocorrência do resultado pressupõe, evidentemente, a compreensão do modo pelo qual se impunha ao agente a responsabilidade por garantir a integridade do bem jurídico, controlando, faticamente, a fonte de perigo (posição de garante), observando, em tal posição, a disposição do ordenamento jurídico em exigir-lhe determinadas condutas para salvaguardar o bem jurídico tutelado (dever de agir/capacidade jurídica – HC n.º 46.525/MT) e, dentre estas, a real possibilidade do agente em atender às mesmas e garantir a preservação do bem jurídico (dever de agir/poder concreto – HC n.º 94.543/RJ).

Omitido o agir e realizado o resultado, a análise dos elementos inerentes ao contexto fático no qual se deu a omissão será o critério decisivo para se compreender, em uma análise *ex post*²⁶², a probabilidade da conduta exigida pela norma de cuidado aplicável em evitar a ocorrência do resultado lesivo, nos graus da proximidade à certeza, o que permite, evidentemente, em delimitar a condução do vínculo entre o (não) agir e a evitação do resultado, e, pois, descrevê-lo.

Passado esse elemento singular, percebe-se que a evitabilidade do resultado, assentindo para uma compreensão da modulação da relação entre a conduta (omissiva) e o resultado perante o critério da probabilidade próxima da certeza se mostra inerente a compreensão encampada no padrão decisório do STJ.²⁶³

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 35.883/PE (2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 09/10/2013.

²⁶¹ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 18

²⁶² BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 231

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.641.743/PE (2020/0001829-9). Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Brasília/DF – DJe 08/03/2021.

Uma exposição minoritária, e, ainda, indireta, em sentido contrário pode ser percebida no RHC n.º 46.823/MT, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma. Importante que se ressalte que tal decisão, apesar de não adotar diretamente o critério da diminuição do risco, coloca margem à sua aplicabilidade, conquanto entenda que a conduta (devida e omitida), ainda que não evitasse o resultado, seria capaz de evitar o agravamento da situação de risco ao bem jurídico.

No caso concreto, tratou-se da omissão de um médico cirurgião pediatra que, não comparecendo ao plantão de trabalho, omitiu-se de atender uma criança recém-nascida com quadro preocupante de infecção, vindo a criança a desenvolver uma situação de sepse generalizada, falecendo em razão do agravamento do quadro. Ao narrar a razão da responsabilidade penal do médico, o acórdão consignou que:

O resultado morte foi imputado ao recorrente porque este tinha, nos termos do artigo 13, § 2º, b, do Código Penal, responsabilidade de agir para evitar o resultado, por ser o único médico cirurgião pediátrico escalado para aquele dia de trabalho. Ainda que não evitasse o resultado morte, devia agir na realização dos procedimentos médicos possíveis e que seriam capazes de evitar o agravamento da situação de infecção generalizada.²⁶⁴

Ainda que mencione o acórdão, em momento posterior, a presença de justa causa da denúncia por demonstrar “*o nexo causal normativo entre a conduta omissiva do recorrente e o resultado morte da infante, imputando-lhe referido resultado material, pois, naquela condição podia e devia agir, tendo, contudo, absterido de agir para evitar a sua ocorrência*”²⁶⁵, falando em nexos de evitação para a imputação omissiva imprópria, de certo que devem ser reforçadas as menções feitas anteriormente ao distanciamento do critério da diminuição do risco enquanto elemento modulador em um plano hipotético de causalidade, uma vez que se afasta da literalidade do art. 13, §2º do Código Penal e franqueia frontal óbice à aplicação do princípio do *in dubio pro reo* ao agente omitente.²⁶⁶

Apesar desta manifestação isolada, como demonstrado, assentou-se no padrão decisório da Corte Cidadã o critério da probabilidade próxima da certeza. Igualmente restou delimitado pelo STJ que a imputação da conduta omissiva imprópria demandaria, ainda, a análise quanto aos parâmetros da limitação da relação entre conduta e resultado buscada pela teoria imputação objetiva, das delimitações pelo princípio da confiança, da abrangência do risco proibido no

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 46.823/MT (2014/0075411-6). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Brasília/DF. DJe 15/04/2016

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 224-225

resultado dentro da norma de cuidado, e da ausência de interesse penal no risco juridicamente permitido.

No HC 46.525/MT, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, da Quinta Turma, reconheceu a Corte que, de frente de uma análise de omissão imprópria, o liame entra a conduta (omissiva, sendo comissiva na criação de um risco por ingerência – art. 13, §2º, ‘c’, CP) e o resultado precisa estar amparado pela condução da situação de risco a um patamar não permitido pelo Direito, o que, à luz da teoria da imputação objetiva, não ocorrendo, afasta a tipicidade da conduta, conquanto *“a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não acobertado por um risco permitido dentro do alcance do tipo”*²⁶⁷.

Apoia ainda a mesma decisão que, junto à limitação pela teoria da imputação objetiva, ampara a não configuração da tipicidade objetiva a atuação do agente com base no princípio da confiança, acreditando advir de terceiro um comportamento conforme o Direito, frente ao qual não será percebido uma conduta lesiva à integridade de um bem jurídico tutelado. A existência da confiança mina a plena execução de seu dever de agir, por parte do agente garante, pois, conquanto tenha a capacidade e o poder de agir, é tomado pela crença assertiva de que o comportamento de terceiro será lícito e, pois, não demandará sua intervenção.

Quanto ao âmbito de incidência da norma, pronunciou-se o STJ no REsp n.º 822.517/DF, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, da Quinta Turma, que a atuação do agente que enfrenta o desenvolvimento de um risco juridicamente proibido, inserida em desrespeito máximo às normas de cuidado exigíveis, atrai, evidentemente, a configuração da tipicidade objetiva, pois há, evidentemente, um alinhamento da forma de lesão que busca a norma evitar com o resultado advindo da conduta exercida pelo agente que visa satisfazer a ocorrência dessa lesão.

Apesar de julgar um caso de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, CTB), os parâmetros delineados pela aplicação da teoria da imputação objetiva em face do risco proibido, apontando que, em face da aludida teoria, a imputação do resultado ao tipo objetivo não ocorre quando este *“decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto;*

²⁶⁷ Tradução livre para: “[...] *la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo*” ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)**. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997, p. 364

e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma”²⁶⁸, sendo certo que os contornos da teoria da imputação objetiva estendem-se ao nexó de imputação da omissão imprópria.²⁶⁹

O que se alinha, evidentemente, no fato de ter o Superior Tribunal de Justiça entendido que, derivando-se o resultado da produção de um risco juridicamente permitido, não há, assim, configuração típica para imputar uma responsabilidade penal por omissão imprópria. No entendimento da Corte, “o dano jurídico ocorrido dentro dos limites do risco permitido exclui a imputação objetiva, tornando o fato atípico”²⁷⁰.

Tal questão, do reconhecimento da proibição/permissão do risco em face da omissão imprópria demanda, como já mostrado neste trabalho, avolumadas discussões quanto à diferenciação dos âmbitos da causalidade em relação à abrangência da imputação. Situação esta que inclusive reconhece o Superior Tribunal de Justiça.²⁷¹ Novamente, os estreitos contornos que se busca em uma causalidade na omissão inferem, efetivamente, em conceber esta enquanto algo natural que, por razão de ser, não confere eficácia à inação. E reconhecer sua limitação pela teoria da imputação objetiva é, como se aduz do próprio nome, buscar elementos para a imputação do resultado à conduta, mas não os correlacionar entre causa e efeito.

Apesar de não enfrentar os argumentos concretos que buscam distinguir causalidade da imputação, entende o STJ, como exposto, pela aplicação da teoria da imputação objetiva como limitadora dos efeitos dessa causalidade normativa, ou causalidade hipotética, que se busca à omissão imprópria. Ao fim e ao cabo, busca-se compreender os elementos que imputam a responsabilidade do agente pelo resultado, através da omissão da ação mandada, mas não os elementos concretos que definam sua omissão enquanto causa do resultado, tanto que entende a Corte, desde o HC n.º 7.153/SP, que a omissão é um fazer diverso da conduta determinada (esperada), sendo que, no campo ôntico, “a omissão, sendo um não agir, nada poderia causar”²⁷².

Do apanhado que se mostra, evidente que a repercussão da imputação aos elementos do tipo objetivo, em sede da jurisprudência encampada pelas decisões do Superior Tribunal de

²⁶⁸ BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 822.517/DF (2006/0038086-0). Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 29/06/2007.

²⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N.º 68.871 - PR (2006/0233748-1). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF. DJe 05/10/2009.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 35.883/PE (2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 09/10/2013.

Justiça, mostra a dinâmica da conceituação teórica praticada pela doutrina, em face das situações concretas que evidencia na realidade cotidiana do contexto social.

Reconhecer a omissão como um não agir incapaz de ser causa não é discutir simplesmente quanto à essência ôntica da conduta omissiva, mas é compreender que, à égide judiciária, certas condutas serão desentranhadas da responsabilidade penal por efetivamente serem insusceptíveis de repercutirem em um resultado desvalorado, se singularmente consideradas. É reconhecer, ainda, que para o não agir se relacionar com uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico de dignidade penal, atraindo, assim, a órbita da sanção penal, necessário se mostra que o vínculo estabelecido seja regido por um elemento capaz de empregar-lhe subsistência normativa, amparado pela legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF), em atender a condição básica prevista pela cabeça e pelo §2º do art. 13 do Código Penal, isto é, que a omissão se procede em uma relação de permitir a ocorrência do resultado (*“considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”*, art. 13, *caput*, CP), por ser a conduta que o agente omite capaz e possível de evitar o resultado (*“a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”*, art. 13, §2º, CP).

Exigido, então, uma característica de evitabilidade do resultado pela conduta omitida (mandada), percebe-se que a menção a esse nexos de evitação dialoga, diretamente, com a necessidade de ser aferida a escala perante a qual se constatará a ocorrência dessa evitação, ensejando, pois, um alinhamento com o critério da probabilidade próxima de certeza, desprezando atenção penal às condutas omissivas que, conquanto tenham sido originadas em face de uma posição de garantia, em nada empregariam a evitabilidade, com um grau de extrema probabilidade, ao resultado lesivo ocorrido.

Quando a Corte Cidadã afirma que *“só se tem por constituída a relação de causalidade se, baseado em elementos empíricos, puder se demonstrar, com certo grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria caso a ação devida fosse efetivamente realizada”*²⁷³, está a concordar que a avaliação do resultado, após sua efetiva realização e de posse de todos os elementos que tangenciaram sua ocorrência, não correlaciona “causalidade” com a omissão da conduta devida. Encerra, pois, uma pretensão quanto à conduta devida e sua chance de evitar, com assertiva probabilidade, o resultado lesivo.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 35.883/PE (2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 09/10/2013.

Mas igualmente traz atenção quanto à condução da própria conduta, ou melhor, quanto a sua exigibilidade, pois, a partir do momento que se entende que uma conduta é devida e detém da alta probabilidade de evitar um resultado lesivo, é preciso que igualmente exigível pelo Direito se mostre a prática dessa conduta. Se afere, então, se à capacidade jurídica que dispõe a norma de cuidado ao agente garante é correlacionada uma possibilidade real de lhe ser por ele atendida, uma vez que “*não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo, [...] essa exigência incondicional é totalmente absurda e deve ser considerada como inexistente ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica*”²⁷⁴.

Ainda, do dever de agir (capacidade jurídica e poder concreto), conforme fixado no padrão decisório da Corte, pode se extrair que a responsabilidade pelo resultado lesivo, mesmo quando a conduta exigida tivesse o potencial, com probabilidade próxima da certeza, de evitar o resultado, apenas será imputada ao agente garante, em omissão imprópria, se constatado que “*a condição do resultado decorrer de parcela não permitida do risco criado pelo agente/omitente*”²⁷⁵, entendendo também, para além de criado, do risco gerido.

E, isto pois, a exigência da situação do risco proibido, na própria compreensão decisória do STJ²⁷⁶, é elemento indissociável para a imputação ao tipo objetivo da omissão imprópria, conquanto ao agente que crie (ou controle) um risco permitido, não caberá atuar a fim de evitar um resultado lesivo desencadeado pelo risco juridicamente permitido, uma vez que, retomando a exposição de Bottini a respeito dos deveres de salvamento, não se pode exigir do agente garante que vise a controlar resultados lesivos, em um contexto de salvamento do bem jurídico tutelado, quando estes advêm de uma gestão de um risco permitido, conquanto neste, há a própria previsão normativa da possibilidade do risco, sendo justamente por isso, permitido pelo ordenamento jurídico.²⁷⁷

Há aqui que se destacar, como base para a razão de ser desta compreensão jurisprudencial, a comunicabilidade dos pressupostos decisórios com o âmbito de abrangência da omissão imprópria na seara empresarial. O perigo empresa, elemento central da gestão da fonte de perigo caracterizadora da posição de garante²⁷⁸, demanda uma efetiva contenção dentro

²⁷⁴ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 337

²⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 235

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 46.525/MT (2005/0127785-1). Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 10/04/2006.

²⁷⁷ BOTTINI, 2018, p. 194

²⁷⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 128

dos parâmetros da permissibilidade pelo Direito, isto é, para que a organização da atividade econômica se mantenha dentro de uma estabilidade permitida, a fim de ser resguardada, no âmbito previsto pelo ordenamento, os riscos previstos para sua execução.

Implica em reconhecer, assim, que quando entende a Corte Cidadã que a conduta omissiva amparada na égide de um risco permitido afasta a responsabilidade penal por omissão imprópria, importa-se ao âmbito organizacional empresarial que não se imputará um resultado lesivo, aos dirigentes da empresa, sem que este tenha sido produzido em desrespeito ao âmbito de cuidado das normas que determinam a persecução do perigo empresa nos limites permitidos pelo Direito.

É dizer, a tutela penal não abarcará meras condutas em face da função ou cargo exercido pelo dirigente empresarial, como demonstrado no HC n.º 80.142/SP, mas sim em face de evidentemente deter o agente o controle concreto da fonte de perigo, ou, nas palavras do julgado, sem que o agente tenha “*efetivamente interferido no curso causal*”²⁷⁹, ressaltando as peculiaridades dogmáticas do enfrentamento teórico a respeito da noção de interferência, como anteriormente destacado.

Ainda, não há como se entender que se afasta do âmbito gerencial a delimitação jurídica em sede do STJ quanto à imputação ao tipo objetivo na omissão imprópria, pois, igualmente na seara da criminalidade empresarial, a imputação de uma conduta lesiva, em omissão imprópria, demandará o atrelado da conduta devida com a real possibilidade do agente em atendê-la, tanto é que, em face das possibilidades concretas, dispôs a Corte que, à falta do poder agir, “*falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta*”²⁸⁰. Se no âmbito empresarial, a capacidade de agir dos dirigentes se mostra em face do efetivo controle do foco do perigo empresa gerido, atribuindo deveres de vigilância e proteção ao agente garantidor, afastado de uma possibilidade concreta de agir, impossível será imputá-lo o crime omissivo impróprio, ao passo que, não detentor do controle do foco de perigo, ainda que concretamente lhe mostre possível a conduta salvadora, ainda assim não terá imputado o resultado, a título omissivo impróprio, caso este ocorra, visto que “*uma capacidade físico-real de agir sem posição de garantidor não constitui a responsabilidade omissiva imprópria*”²⁸¹.

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 94.543/RJ (2007/0269461-2). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe 13/10/2009.

²⁸¹ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 249

E mesmo nos âmbitos gerenciais de sociedades empresariais a imputação do resultado igualmente demandará a análise, *ex post* à ocorrência do resultado, se a conduta devida e omitida pelo agente garante seria capaz, com probabilidade próxima de certeza, de evitar a ocorrência do resultado. Ainda que nos espaços administrativos de empresas se pautem uma conjugação de vontade, dado o caráter, em regra, nas sociedades empresariais, colegiado dos órgãos administrativos, a imputação da conduta punível à omissão do dirigente dependerá da aferição probatória de que, dentro do que lhe era ordenado pelo Direito e exigível em face de seu poder concreto em o atender, caso agisse, o resultado fosse, com alto grau de probabilidade, eficientemente evitado.

Reforça-se que o entendimento do STJ, perante o que a relação entre a conduta omitida e o resultado “*só se tem por constituída [...] se, baseado em elementos empíricos, puder concluir-se - insista-se, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida (o atendimento imediato) fosse efetivamente realizada*”²⁸², não se distancia das condutas omissivas impróprias praticadas em face da criminalidade empresarial, dado que, apesar das peculiaridades quanto à possibilidade de omissões simultâneas e sucessivas²⁸³, caberá a aferição, ainda, de acordo com os comandos da cabeça e do §2º do art. 13 do Código Penal, isto é, da capacidade da conduta devida em evitar a ocorrência do resultado.

Ampara-se, assim, a pertinência da exposição jurisprudencial, fundada pela conformação de um padrão decisório em sede do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte de competência uniformizadora do entendimento e aplicação da legislação federal, como um dos pilares da dupla sustentação que dará estrutura à ponderação da responsabilidade penal dos conselheiros do Conselho de Administração da Samarco, em face dos quais foram interpostos os Recursos Especiais contra o trancamento da ação penal por ausência de justa causa (TRF1).

Os pontos de apoio do entendimento dogmático na conformação decisória do STJ compreenderão um efetivo arcabouço metodológico para a exploração observatória a seguir, escopo primordial do presente trabalho. De modo que, alinhamentos mais específicos da compreensão jurisprudencial com as peculiaridades do caso, e da própria omissão imprópria no âmbito empresarial, restarão compreendidos no próximo passo deste trabalho.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 39.627/RJ (2013/0235844-9). Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 30/04/2014.

²⁸³ ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 259. Para uma abordagem mais profunda da temática, com posicionamento por uma existência própria de causalidade na omissão que coadunaria a aplicabilidade da teoria da diminuição do risco: GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha –1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018

3.3) O caso Samarco: Ponderações a respeito da responsabilidade penal dos conselheiros Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark Zweig e Margaret MC Mahon Beck

O ponto de convergência entre a delimitação dogmática e a referenciação da hermenêutica jurisprudencial a respeito do âmbito cognitivo da omissão imprópria, em face de sua estruturação frente aos elementos buscados do tipo objetivo, se mostra neste momento, no presente trabalho, ao se buscar compreender, pela estrutura comum dessa dupla sustentação metodológica, os limites e moldes que se observam na análise da responsabilidade penal imputada, ou pretendida, aos ex conselheiros do Conselho de Administração da SAMARCO, Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark Zweig e Margaret MC Mahon Beck.

Como já justificado, esta investigação em face do caso SAMARCO, limitada na análise dos autos dos Recursos Especiais interpostos contra os acórdãos do TRF1, que entenderam por trancar a ação penal em desfavor dos referidos conselheiros, fundamenta-se por buscar amparo na compreensão da estrutura objetiva da tipicidade da omissão imprópria enquanto conduta punível, franqueando a cognição do tema no duplo grau originário de jurisdição, mas também demandando amparo à compreensão da Corte guardiã da legislação federal, o Superior Tribunal de Justiça.

Como apresentado na inauguração dos elementos conceituais que delimitariam o âmbito dogmático da discussão travada, reconhece-se que o enfrentamento da temática acerca dos crimes omissivos impróprios demanda uma atitude vivaz e determinada do Direito, visto que provocam questões que beiram a impossibilidade de resolução.²⁸⁴ E, se em sede do meio dogmático se pautam incessantes embates por compreender a estruturação da omissão imprópria enquanto conduta punível, no âmbito da máquina judiciária, o enfrentamento da questão revela-se expressivamente acanhado, quando comparado à carga de condutas comissivas que demandam respostas do Estado-Juiz.

Assim, à disposição de um caso de significativa repercussão, social e jurídica, o qual demanda análise da Corte uniformizadora da interpretação e aplicação da legislação federal acerca de múltiplas imputações de condutas omissivas impróprias em um âmbito de organização empresarial, efetivamente implica o empenho em buscar os parâmetros para a aferição dessa responsabilidade penal. Se esse interesse se reforça nos meios doutrinário e

²⁸⁴ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 18

jurisprudencial, com igual razão justifica-se a atenção que se faz merecedor no universo acadêmico.

Razão pela qual, a possibilidade de buscar compreender o caminho da responsabilidade penal no feito, em face da compreensão jurídica que lhe fora empregada pelo Poder Judiciário, demanda a precisa delimitação dos contornos valorativos que lhe pode ser dada pela análise essencial da imputação, em prol do que efetivamente pode ser conceituado frente à estrutura objetiva da tipicidade omissiva imprópria.

Ao agir assim, é importante que se reforce, não se busca exercer um vago exercício de futurologia acerca do resultado do julgamento dos feitos perante o Superior Tribunal de Justiça, mas tentar dar, ao caso concreto, uma cognição, a nível não meramente ontológico, mas de igual rigor normativo, das contenções e ou aberturas que podem lhe definir existência jurídica.

Assim, há que se compreender o caminhar da imputação, desde a denúncia até a interposição dos Recursos Especiais pelo Ministério Público Federal, em face da possibilidade de serem configurados os elementos próprios do tipo objetivo, foco de abrangência do presente trabalho. É dizer, busca se entender a latência dogmática, e a possibilidade de serem configurados faticamente, frente, ainda, a uma compreensão jurisprudencial, da vinculação dos conselheiros Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark Zweig e Margaret MC Mahon Beck enquanto garantidores (de vigilância ou proteção²⁸⁵), da existência de um dever de agir (enquanto capacidade jurídica e poder concreto de ação²⁸⁶) e da relação entre a conduta omissiva e o resultado desvalorado (“causalidade”²⁸⁷). Passos estes que caminharão a seguir.

3.3.1) Possibilidade de figurarem os conselheiros enquanto garantidores. Garantia de vigilância e garantia de proteção

Como narrado na demonstração dos elementos que embasaram o oferecimento da denúncia, ponto central para o Ministério Público Federal, a justificar a imputação da omissão imprópria aos conselheiros, fora a construção da barragem de Fundão pelas pessoas jurídicas VALE, BHP e SAMARCO, entendendo que com “*o simples comportamento de decidirem construir e pôr em operação a barragem de rejeitos do Fundão criaram uma situação típica*

²⁸⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 95

²⁸⁶ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 339

²⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 220

de risco”²⁸⁸. Pela exposição ministerial é possível compreender que a feição que se dá à imputação das condutas por omissão imprópria é a criação de risco advindo de uma fonte de perigo proibido, a qual, por uma sequência de 30 situações que narra o MPF, fora incrementada a ponto de ocasionar no rompimento da barragem de Fundão.

Dentre as situações a incrementarem um risco juridicamente proibido, ocasionadas por condutas imputadas às pessoas jurídicas titulares da atividade econômica organizada (VALE, BHP e SAMARCO) e às pessoas naturais que agiram em âmbitos gerenciais ou, de algum modo, afeitos ao escopo empresarial, narra o MPF: (i) o estudo de impacto ambiental necessário à licença prévia de autorização para o empreendimento, no qual já se teria a previsibilidade e probabilidade do perigo; (ii) a escolha da localidade (subdistrito de Bento Rodrigues/MG) e do método para construção da barragem (à montante); (iii) a incompatibilidade do Manual de Operações do SRF com premissas básicas do projeto ao longo de sua operação; (iv) processos erosivos e falhas nos sistemas de drenagens; (v) construção de diques de contenção e recuo destes; (vi) aparecimento de surgências e trincas; (vii) contaminação do rejeito arenoso por lama; (viii) aparecimento de sinais de pré-ruptura; (ix) problemas de instrumentação e monitoramento; (x) deposição de rejeitos da VALE na barragem de Fundão; (xi) não realocação da comunidade à jusante do SRF; (xii) ausência de operacionalidade na gestão das barragens pela complexa hierarquia institucional da SAMARCO; e (xiii) a política de redução de custos da SAMARCO.

De se observar que, pelas quase duzentas páginas nas quais trata o MPF de buscar apontar a criação de um risco não proibido e sua sucessiva majoração pelas condutas dos denunciados, o centro de gravidade da situação de perigo, em si considerada, se deu, para a acusação, com a própria construção da barragem de Fundão, para atender ao SRF necessário na implementação do projeto de expansão de produção da SAMARCO (P3P).

Assim, busca a acusação, em primeiro lugar, justificar uma posição de garantia própria às pessoas jurídicas enquanto detentoras do empreendimento, sendo a posição de garantidoras advinda do fato que teriam sobre si a imposição constitucional de proteger o meio ambiente (art. 170, VI e art. 225, §3º, CF), o dever legal de preservar o meio ambiente (arts. 2º e 3º, Lei 9.605/1998), o dever de obedecer à função social do direito de propriedade (art. 1.228, §1º, CC)

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG.

e responsabilizar-se por ela (art. 937, CC), e, igualmente, pelo dever de obedecer à função social da empresa (art. 116, parágrafo único, LSA).

Em configurando as pessoas jurídicas enquanto garantidoras, na óptica da acusação, aos órgãos que exercem a administração da sociedade empresarial empreendedora imediata (SAMARCO), igualmente seriam localizados em uma posição de garantia, expandindo esta a seus membros, pois, primeiro em face do Conselho de Administração (foco do presente trabalho), era “*o grande responsável pela definição da temerária política empresarial de assunção consciente de riscos relacionados à implementação e à operação da barragem de Fundão*”²⁸⁹, de modo que, aos membros do Conselho de Administração, alcançar-lhes-ia a posição de garantia, já que enquanto administradores não teriam cumprido com seus deveres societários de cuidado e diligência (art. 145 c/c art. 153, Lei n.º 6.404/76), assemelhando, por fundamentação similar, a posição de garantia da Diretoria e de seus membros.

Ao fim e ao cabo, traz o MPF, tanto em face das pessoas jurídicas, órgãos despersonalizados e pessoas físicas imputadas, que a condição de garante estaria sedimentada em, “*podendo e devendo agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão, uma vez que detinham obrigações de cuidado, proteção e vigilância*”²⁹⁰, assim não o fizeram.

Em face desses argumentos, algumas ponderações se fazem necessárias.

Ponto de partida parece ser a compreensão da construção da barragem de rejeitos de Fundão como criação de um risco juridicamente proibido. Tal concepção não parece se alinhar com os padrões cognitivos da valoração jurídica de um risco. Como já mencionado, “*o perigo de um dano é inerente a toda conduta humana*”²⁹¹, de modo que, a razão concreta que delimita o risco dentro de um espectro de permissão/proibição é a cognição do ordenamento de que o risco, ainda que potencialmente danoso, acarreta aplicação no contexto social que se situa. Evidencia Roxin que um dos parâmetros para verificar essa natureza jurídica do risco se dá na existência de regras de cuidado, conquanto a “*regulação normativa de precauções de segurança é a prova da existência de um risco juridicamente relevante*”²⁹² e, pois, permitido.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG.

²⁹⁰ *Ibidem*

²⁹¹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39

²⁹² Tradução livre para: “*pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997, p. 372

De modo que, à época da idealização e construção da barragem de rejeitos de Fundão (2005), não havia qualquer restrição legal quanto à construção desta, de modo que, ainda que mencionado pelo MPF a escolha do método e da alternativa locacional para construção do SRF, tal agir discricionário da sociedade empresarial não era defeso no ordenamento.

Em relação à escolha da localidade para construção da barragem, por mais que aponte o Ministério Público a existência da comunidade de Bento Rodrigues à jusante do empreendimento, é de consignar que as normas regulatórias aplicáveis à construção e gestão de barragens de rejeitos não impediam sua construção em face de existir ocupação humana à jusante da barragem. Nesse sentido, tanto a Lei n.º 15.056/2004 (art. 5º, III), quanto a Deliberação Normativa COPAM n.º 87/2005 (art. 2º, ‘c’), a nível da legislação estadual aplicável no Estado de Minas Gerais, apenas qualificavam o grau do risco associado à construção do empreendimento o fator de existir habitações humanas nas proximidades da barragem. A nível federal, na época dos fatos, nenhuma previsão legal ou normativa expressa regulava tal questão, não constando qualquer vedação em tal sentido no Código de Mineral (Decreto-Lei n.º 227/1967), Diploma de maior aplicação à época.

Apenas com as alterações legislativas procedidas pela Lei n.º 14.066/2020 na Lei n.º 12.334/2012 (Política Nacional de Segurança de Barragens), isto é, 5 anos após o rompimento, que dispôs-se expressamente a vedação quanto à *“implantação de barragem de mineração cujos estudos de cenários de ruptura identifiquem a existência de comunidade na ZAS”*²⁹³ (art. 18-A, *caput*), expressando o parágrafo primeiro da referida norma que, constatada a presença de comunidade na zona de autossalvamento, deverá ser *“feita a descaracterização da estrutura, ou o reassentamento da população”*.

Já em relação ao método de construção da barragem com base na técnica de alteamento à montante, mesmo tendo mencionado o MPF que a ABNT NBR 13028:2006 não indicasse o uso de tal método, não se tinha uma vedação ao seu emprego, sendo amplamente utilizado no setor de mineração, vindo a ser proibida a construção de barragens pelo método de alteamento à montante apenas com a Lei Federal n.º 14.066/2020 (art. 2º-A, *caput*), com a reedição da norma ABNT NBR 13028:2019 e com a Lei n.º 23.291/2019, do Estado de Minas Gerais (art. 13, *caput*).

²⁹³ “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: [...] IX - zona de autossalvamento (ZAS): trecho do vale a jusante da barragem em que não haja tempo suficiente para intervenção da autoridade competente em situação de emergência, conforme mapa de inundação; (Incluído pela Lei n.º 14.066, de 2020)” BRASIL. Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm acesso 06 mai 2021

Do que se observa que, efetivamente, não há a criação de um risco proibido na mera decisão de se construir a barragem de rejeitos de Fundão. De modo que não há, relativamente à gestão da fonte de perigo empresa enquanto foco de um perigo permitido²⁹⁴, a real criação de um risco proibido, o que seria causa de implicar à pessoa jurídica, aos seus órgãos e às pessoas físicas que a gerem uma posição de garantia.

Em primeiro lugar, não é a pessoa jurídica (sociedade empresarial) ou um órgão administrativo despersonalizado desta que deterá a posição de garante, conquanto esta demande um controle concreto da fonte de perigo para que possa ser materialmente configurada no caso concreto²⁹⁵, controle este que é organizado pela gestão do risco em face da pessoa natural, esta sim, capaz de figurar enquanto garantidora. Compreende-se, assim, o alinhamento a um fundamento material de controle da fonte de perigo a compreensão do TRF1 de que indevida se mostra a vinculação do Conselho de Administração, enquanto órgão, à posição de garante.²⁹⁶

Em segundo, pois, ao passo que se imputa aos conselheiros a figura de garante por deterem de obrigações legais de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, §2º, 'a', CP), a busca do MPF por apontar uma conduta comissiva (construção da barragem) como criadora do risco de ocorrência do resultado (rompimento da barragem), busca guarita sobre a égide da omissão imprópria por ingerência (art. 13, §2º, 'c', CP). Ainda que se supere discussões processuais quanto à correta imputação, de modo a não se fornecer uma verdadeira denúncia alternativa em face da configuração do tipo penal, é necessário perceber-se que, a gestão do risco, da forma como imputada, não poderia ser tomada por ingerência.

Em se tratando de ingerência, necessário que a conduta prévia (comissiva) destine-se à produção de um risco não permitido. Nesse cenário, a exigência de uma conduta anterior comissiva criadora do risco²⁹⁷ afasta a relação vinculativa pretendida entre esta e ocorrência do resultado, em face dos conselheiros analisados neste estudo, uma vez que a decisão de construir a barragem de Fundão datou-se de 2005, época que nenhum dos três integrava o Conselho de

²⁹⁴ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 118

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 87-88

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

²⁹⁷ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 166

Administração. Caso afastada a proximidade do perigo²⁹⁸, isto é, reconhecendo que não há a necessidade de uma proximidade do risco criado, por um agente, e sua não evitação, por esse mesmo agente, atribuindo a responsabilidade do resultado a um agente afastado, temporal e pessoalmente, da criação do risco, será anuir com uma forma de escravidão causal²⁹⁹ da criação do risco a quem quer que se situe em sua área de gestão, no caso, integre o Conselho de Administração.

Importante aqui retornar à fundamentação do RHC n.º 80.142/SP. Ao analisar a imputação do desmoronamento de obra à suposta omissão imprópria do representante legal da empreiteira, entendeu o acórdão, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, que:

Inviável a atribuição de responsabilidade ao representante legal da sociedade empresária contratante de empreitada. Se é certo que existe o dever objetivo de cuidado de prover para que a obra seja realizada sem a intercorrência de infortúnios, este deve ser endereçado aos agentes da empresa responsável pela construção, ou a outros terceiros que tenham efetivamente interferido no curso causal (sempre lembrando que em nosso sistema não se atribuiu a prática de ilícitos penais a pessoas jurídicas, ressalvados os casos de crimes ambientais).³⁰⁰

Como já mencionado, destacada a discussão quanto à abrangência da menção à interferência, entendendo esta pela capacidade concreta de gerir a fonte de perigo desde sua criação, a correlação do agente com a criação do risco e a omissão da ação devida é requisito inafastável para a configuração da posição de garante, dado que, ainda que considerada a gestão por ingerência, não se pode atribuir como efetiva gestão desse curso causal a conduta daquele que em nada contribuiu para a criação do risco. Evidente que, da óptica do próprio STJ, a proximidade pessoal e temporal são elementos que não se afastam na concepção da gestão do risco (que deve ser proibido) para atração de uma posição de garantidor.

Por fim, não sendo o risco criado juridicamente proibido, ou que tenha sido desestabilizado a ponto de afastar-se dos padrões permitidos, igualmente impossível à imputação do resultado ao agente, em omissão imprópria, como assentado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (HC n.º 46.525/MT e HC n.º 68.871/PR), quanto mais não tenha sido esse agente a criar o risco. É retornar a compreensão de que, por mais que restem deveres

²⁹⁸ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 124

²⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 241

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017.

de controle no risco permitido, a fim de mantê-lo estabilizado em tal patamar, não se exigem deveres de salvamento em face de um risco permitido, visto que não houve a violação de uma norma de cuidado.³⁰¹

É de se reconhecer, ainda, que, enquanto órgão de administração geral dos negócios de uma sociedade empresarial, a vinculação dos membros do Conselho de Administração (e não do órgão) a uma posição de garantidores será em face da vigilância da Diretoria, e não da estrutura empresarial inteira.³⁰² Como demonstrado no primeiro tópico deste capítulo, são as capacidades concretas de gestão do foco da fonte de risco do perigo empresa que permitirão aos conselheiros vigiarem e intervirem na condução empresarial tomada pela Diretoria.

A vigilância em face da Diretoria se dá, efetivamente, em função das capacidades concretas outorgadas pelo Estatuto Social ao Conselho de Administração. Detendo, em regra, competências para deliberarem quanto à algumas matérias (art. 142, V, VI e VIII, LSA), o que correlaciona, *a contrario sensu*, um poder de veto; para eleger e destituir diretores (art. 142, II, LSA), além de fixar-lhes atribuições (art. 142, II, LSA); e para fiscalizar a gestão dos diretores (art. 142, III, LSA), detém os conselheiros, via de regra, uma gestão concreta de um foco da fonte do perigo empresa, sendo, portanto, sobre este foco, a capacidade de figurarem enquanto garantidores de vigilância.

No caso concreto, dispõe o Estatuto Social da SAMARCO, em seu art. 15, que compete ao Conselho de Administração: (i) fixar a orientação geral dos negócios da companhia; (ii) eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; (iii) fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; (iv) convocar a Assembleia Geral; (v) manifestar-se sobre o relatório da Administração e as contas da Diretoria; (vi) manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, que não estejam compreendidos nas atribuições dos Diretores; (vii) autorizar a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de quaisquer ônus sobre os ativos da Companhia e a prestação de garantias e obrigações de terceiros que não estejam compreendidas nas atribuições dos Diretores; (viii) escolher e destituir os auditores independentes; (ix) aprovar plano de negócios e suas revisões, alterações ou aditamentos; (x) aprovar o orçamento anual e

³⁰¹BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 195-196

³⁰² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 196

suas revisões, alterações ou aditamentos; (xi) aprovar o plano de mineração, que preverá quantidade e qualidade da produção mineral da Companhia, bem como suas revisões, alterações ou aditamentos; (xii) aprovar expansão; (xiii) aprovar assuntos técnicos, como reservas e dados minerais, capacidade de processamento e funcionalidade de equipamento; (xiv) deliberar sobre matérias que não estejam compreendidas nas competências da Assembleia Geral ou da Diretoria.

É de se destacar que, no caso da SAMARCO, as competências do Conselho de Administração foram ampliadas para além das expressamente previstas no art. 142 da LSA, entretanto, sem praticar uma evidente exacerbação da essência do Conselho para além de um órgão com capacidade mais geral de administração estratégica, uma vez que foram moduladas as previsões legais para a realidade concreta da atividade econômica organizada exercida pela SAMARCO.

De todo modo, percebe-se que existentes os poderes de gestão em relação à vigilância da Diretoria pelo Conselho, visto a capacidade deste em vigiar e intervir, em certa abrangência, sobre a organização daquela. Mesmo nas competências onde agrega-se ao Conselho a possibilidade de aprovar certas matérias, vê-se que, ao definir a aprovação enquanto competência, limita o estatuto a que o Conselho seja impulsionado para tal, quer dizer, que não se parte da competência do estatuto a elaboração de diretrizes, mas sim a aprovação de requerimentos levados a sua deliberação. O que leva a conceber que, em todos esses âmbitos, manifestará o Conselho sobre matérias previamente filtradas por outras instâncias, situação na qual agirá amparado pelo princípio da confiança, desde que ausente elementos que o deslegitimem. Partindo-se do pressuposto de que a organização da atividade econômica depende de filtros informacionais e da fidúcia na gestão da informação, para que seja possível o cumprimento da atividade administrativa³⁰³, válido se mostra o reconhecimento de um contexto limitado de deliberação pelo Conselho.

Assim, em regra, o âmbito de vigilância sobre a Diretoria pauta-se na condução lícita da atividade administrativa dos diretores. A ignição do dever de intervir do conselheiro, enquanto garantidor de vigilância, é, pois, a evidência de condutas lesivas por parte de um diretor sobre vigilância do Conselho. Entretanto, como bem aponta Estellita, esse âmbito de intervenção restringe-se a condutas lesivas ativas dos diretores, dado a inexistência de um poder

³⁰³ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 151

efetivo de veto em relação a omissões da diretoria, “já que o conselho não pode tomar iniciativas de gestão da companhia”³⁰⁴. Nesse caso, importante se observar que, conquanto narre o MPF situações que teriam incrementado o risco, em momento algum é descrita uma conduta lesiva ativa de um diretor, pelo qual acionaria um dever de intervenção dos conselheiros (na composição respectiva dos conselheiros aqui analisados) a fim de conter uma desestabilização do perigo empresa, em face do resultado lesivo observado (ruptura da barragem).

Percebe-se que as únicas condutas típicas prévias ao rompimento da barragem correspondem à imputação dos arts. 68, 69, 69-A e 69-A, §2º, todos da Lei n.º 9.605/98, relacionados à apresentação de declarações falsas sobre a estabilidade da estrutura da barragem e às omissões no fornecimento de informações às autoridades ambientais competentes. Entretanto, mesmo colocando dúvidas a como teria a SAMARCO conseguido a concessão da licença prévia para construção da barragem de Fundão, sem apresentar dados significativos, ou apresentando-os adulterados, nenhum dos conselheiros aqui analisados foram denunciados por esses tipos penais, do que se denota que as questões próprias à configuração de um risco proibido não estiveram, em momento algum, na gestão do foco do perigo empresa controlado por estes.

Aqui não há que se falar em uma vinculação objetiva à posição de garantia pela norma disposta no art. 2º da Lei n. 9.605/98. Conquanto tome o dispositivo que incide nas penas cominadas aos tipos penais tratados no Diploma quem, de qualquer forma, concorrer para sua prática, inclusive o “o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”³⁰⁵, importante perceber que, para além do elemento subjetivo da consciência, redonda-se o dispositivo ao passo que, ao figurar o agente na posição de garantidor, demandará de um fundamento material, este, o efetivo controle sobre o foco da fonte de perigo, “sempre nos limites da possibilidade jurídica de agir do agente”³⁰⁶.

³⁰⁴ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 195

³⁰⁵ BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm acesso 07 mai 2021

³⁰⁶ ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 144

Ainda, se nenhuma conduta ativa dos Diretores fora considerada antijurídica, não se mostrava existente espaço de intervenção para que pudessem os conselheiros remediar o que quer que fosse. O que aponta que, em face da barragem de Fundão e seu rompimento, os Conselheiros, aqui analisados, não figuraram enquanto garantidores da evitação do resultado.

A forma como pretende o MPF atrelar a eles uma posição de garantia em função do cargo assumido e dos deveres de natureza extrapenal aplicáveis à condução societária extrapola a necessidade de uma constatação de controle concreto e fático da fonte de perigo empresa. É um retorno imotivado à mera compreensão de que a violação a um dever de cuidado, abstratamente considerado, funda a posição de garante, em alusão à teoria das fontes formais.

Como exposto, a fundamentação material da posição de garante na gestão da fonte de perigo é atrelar à própria legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF) o elemento de sua punibilidade, de modo que impossível se conceber que o mero descumprimento de deveres (normas) de cuidado, de caráter extrapenal (civis e societário, no caso), configurem o agente enquanto garantidor da integridade de qualquer bem jurídico com dignidade penal.³⁰⁷

Nesse âmbito, conquanto os deveres de diligência societária possam delimitar o conteúdo inerente ao dever de agir (capacidade jurídica) dos conselheiros enquanto garantidores de vigilância dos membros da Diretoria, a manifestação ministerial encampada nos Recursos Especiais, de que atrelar-se-ia à responsabilidade penal dos conselheiros os fatos lesivos narrados, dada a responsabilidade pessoal por atos ilícitos não evitados, disposta no art. 158, §1º, da LSA, objetiva divergências quanto ao reconhecimento da responsabilidade penal pretendida.

Convém enfrentar, neste momento, que a responsabilidade tratada no dispositivo societário é de natureza civil, e não penal. A uma, pois refere-se, indiscriminadamente, a ilícitos, perante os quais, ausente a definição quanto sua essência, não dizem respeito a condutas criminais, dada a impossibilidade de analogia *in malam partem* no Direito Penal. A duas, pois, a estrutura do dispositivo, de sua cabeça aos parágrafos, importa em reconhecer na aferição da responsabilidade quanto às obrigações (art. 142, *caput*, LSA) e por solidariedade (art. 142, §§ 2º e 4º, LSA), pontos estes que são afeitos à responsabilidade civil e não comungam em convergência com a responsabilidade penal, vez que, nesta, como expõe o entendimento do

³⁰⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 142

STJ, impera a “vedação da responsabilização objetiva e o Princípio da Intranscendência das penas”³⁰⁸.

Logo, percebe-se que não se afasta, no presente caso, a necessidade de se constatar o efetivo controle do foco do perigo empresa para configurar o dirigente empresarial (conselheiros aqui em estudo) na posição de garantidor. Ressalta-se que extremamente alinhado a esta compreensão se mostrou o acórdão do TRF1, ao asseverar ser

[...] indispensável, portanto, nos crimes omissivos impróprios, a fundamentação material do dever de agir, na premissa de que o garantidor teria o poder de controle direto da situação de risco, em ordem a evitar o resultado típico, o que não se verifica da denúncia, que não indica o que deveria ter feito o paciente, como membro do Conselho de Administração da Samarco, em tempo, lugar e circunstâncias, para evitar o resultado (art. 13, § 2º - Código Penal).³⁰⁹

A mera deliberação quanto à definição da política econômica da sociedade empresarial não caracteriza gestão do foco de perigo relativo, por si só, ao risco do rompimento da barragem. Por mais que grande parte da manifestação ministerial, tanto na denúncia, quanto nos Recursos Especiais interpostos, tenha se afeito ao conhecimento que tiveram os conselheiros das situações de “não conformidades” em relação ao SRF, não partiram dos mesmos decisões para a implementação de condutas lesivas a denotarem um risco proibido propulsor do resultado.

Igualmente, da mencionada ciência à “não conformidade” não pode se extrair a correlação da imputação, conquanto este elemento subjetivo não precede à própria gestão concreta do perigo empresa enquanto elemento objetivo de uma análise prévia do tipo penal. A posição de garantia, como mencionada, não se dá pela mera imposição legal ou contratual de deveres de cuidado, mas igualmente não se conforma pela ciência de situações de perigo. Necessário se mostra que esse perigo advenha de um risco não permitido e, sobre ele, seja possível o real controle de sua fonte pelo agente.

Observa-se, então, das atas das reuniões do Conselho de Administração que, em todo o momento que assevera o MPF da noção do risco, pelos conselheiros lhe são reforçadas decisões de segurabilidade da operação, pautadas em indicações técnicas dos comitês, assessores independentes (externos) e explanações pelos diretores. Novamente, é de se reforçar que, não se demonstrando condutas ativas de qualquer um destes que indicassem a tergiversação de suas

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

funções, em prol de um agir juridicamente proibido, não lhe era facultado ao Conselho intervir na condução da administração estrita da Companhia, restringindo sua capacidade de vigilância, pois, à fiscalização da Diretoria em atos comissivos efetivamente praticados.

É de se perceber que, por mais que o próprio Estatuto Social preveja ser de competência do Conselho de Administração fixar as atribuições dos diretores (art. 15, II), o Acordo de Acionistas, instrumento de regulação do Estatuto, dispôs que será de competência do Diretor Presidente da SAMARCO (CEO) “*estabelecer as atribuições para os outros Diretores Executivos da SAMARCO, que se reportarão ao Diretor Presidente*” (item 4.17), de modo que, efetivamente, quanto à delimitação da gestão operacional de cada integrante da Diretoria, há uma limitação concreta da capacidade de interferência do Conselho de Administração.

Alia-se, ainda, a questão da organização estrutural da gestão administrativa da SAMARCO, em face do controle executivo das barragens de rejeito. Por mais que alegue o MPF que a presença de múltiplos órgãos de controle e assessoramento impuseram dificuldades na gestão do risco, o que se percebe, evidentemente, é que a delegação e divisão de atribuições, como mencionado no primeiro tópico deste capítulo, é elemento indispensável à especialização da própria gestão do perigo empresa, visando garantir, em essência, uma maior tutela ao bem jurídico abrangido pelo foco de perigo.

Observa-se que, em face da supervisão do sistema de rejeitos da SAMARCO, dispunha-se a atuação primeira dos diretores, enquanto garantidores primários por essência³¹⁰, ramificando-se pelo Comitê de Barragens da SAMARCO, vinculado diretamente à Diretoria; pelo Comitê de Gerenciamento de Emergência, compreendendo um Grupo de Assessoria e um Grupo Executivo, coordenado pelo Gerente Geral de Geotecnia; e pela Gerência Geral de Geotecnia, apoiada pela especialização da gerência de Geotecnia em Barragens e assessorada por fragmentos de apoio técnico e operacional. Esta delegação de atribuições e divisão de funções não exacerbam o risco de ocorrência de um resultado lesivo, não se mostra enquanto conduta criadora de um risco proibido, mas visa a dar efetivo controle pelo órgão executivo (Diretoria) da gestão da fonte de perigo comandada.

Percebe-se, então, que, por toda uma estrutura de real capacidade de ação e proteção, as questões referentes à estabilidade, segurança e operação do sistema de barragens de rejeitos eram levadas em caráter técnico ao Conselho, o qual, apoiado ainda nas orientações técnicas do

³¹⁰ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 177

ITRB, órgão revisor autônomo, avaliava as medidas sugeridas e endossava o aporte de diretrizes em fidúcia informativa.

O que, novamente, retorna à concentração da capacidade de vigilância do Conselho, e conseqüentemente possibilidade de intervenção, em face das condutas ativas da Diretoria, as quais, pela narrativa acusatorial que se pretende, não demonstraram indícios de condução lesiva (criminosa).

Se a gestão efetiva do foco de risco da fonte de perigo empresa demanda a concreta capacidade de intervir, é de extrema importância reconhecer, também, que necessário se mostra a consciência efetiva da situação de risco, bem como dos meios inerentes disponíveis ao cumprimento do dever de controle/salvamento.³¹¹ Conquanto afeição em maior abrangência à capacidade de exercer o dever legal de agir, a própria configuração deste resta impossibilitada se o agente não obtém, por não exercer a gestão da fonte de perigo, a cognoscibilidade do contexto fático que a gera. Aqui, para além de referir ao elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), diz respeito à própria vinculação da posição de garante enquanto elemento do tipo objetivo.

No caso da conselheira Margaret MC Mahon Beck, atuando a mesma enquanto suplente, sem direito a voto (item 4.5.1 do Acordo de Acionistas), desfigurado resta o vínculo cognitivo que delimite seu reconhecimento em face da norma, entendendo a situação fática de risco da qual derive um dever de agir, bem como os meios pelos quais poderia, enquanto suplente, cumprir com esse dever. Lógico que incoerente se mostra a vinculação desta à posição de garante com base apenas no cargo assumido.

O argumento de que se vale o Recurso Especial para buscar a análise da responsabilidade da conselheira, de que “*a norma legal que atribui responsabilidades aos conselheiros de sociedades anônimas não faz diferenciação entre titulares e suplentes*”³¹², referindo-se ao art. 158, §1º, da LSA, igualmente não traz relevância penal, ao passo que a referida norma, como já abordado, traz discussões quanto à responsabilidade civil, não operando efeitos em face de atribuir uma posição jurídico-penal de garantidor. Esta, como reiterado por este trabalho em sucessivas oportunidades, dependerá, ao fim e ao cabo, do controle concreto da fonte de perigo ou da tomada de proteção fática da integridade do bem jurídico.

³¹¹ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 49

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.888.021/MG (2020/0196645-6). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF

Assim, pela coleção dos argumentos expostos, evidente que os conselheiros analisados neste trabalho não se vincularam, em relação aos resultados observados, enquanto garantidores de vigilância, dada a ausência de controle sobre o foco do risco da fonte de perigo empresa voltado para a produção do resultado (rompimento da barragem).

Já em relação a figurarem enquanto garantidores de proteção, percebe-se que esta relação é dada em face da proteção de bens da Companhia³¹³, isto é, do bem jurídico efetivamente em custódia do garantidor. Nesse sentido, não se compreende que há uma relação de desamparo e custódia dos bens jurídicos lesados pelo rompimento da barragem com uma posição de garantia dos conselheiros, ao passo que sequer a barragem, enquanto propriedade da Companhia, tivesse uma relação imediata de dependência e proteção em relação aos conselheiros.

A própria Lei n.º 12.334/2012, ao reconhecer a tutela da segurança da barragem enquanto obrigação de seus responsáveis (art. 3º, III), o faz em face do empreendedor da barragem (art. 17), e, sendo a pessoa jurídica a empreendedora (SAMARCO), de modo que é de competência privativa da Diretoria representar a Companhia (art. 138, §1º, LSA; art. 14, §2º, Estatuto Social SAMARCO), evidente que esta responsabilidade, de tutela da propriedade, é voltada sob proteção dos diretores, não configurando, assim, os membros do Conselho de Administração enquanto garantidores de proteção.

3.3.2) Do dever de agir dos conselheiros e da relação de sua omissão com os resultados observados (nexo de “causalidade”)

Observada a inexistência da posição de garante dos conselheiros aqui estudados, de se perceber que quebrado o elo do tipo objetivo necessário à análise da imputação das condutas omissivas impróprias narradas. Entretanto, como exposto, pretendendo este trabalho analisar as contenções que os elementos do tipo objetivo impõem à omissão imprópria enquanto conduta punível, pautando-se do âmbito acadêmico de análise, é importante que seja possível aferir, igualmente, a configuração dos demais elementos do tipo objetivo no caso concreto estudado, quais sejam, o dever de agir, em face da capacidade jurídica e do poder concreto de agir, e a relação entre a conduta devida (omitida) e o resultado lesivo observado, isto é, a relação de “causalidade”.

³¹³ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 197

Um primeiro passo para constatar a exigência de um dever de agir por parte do agente garantidor é a aferição de uma situação que demande o dever de agir³¹⁴. Nesse contexto, importante entender o contexto típico da ameaça de lesão ao bem jurídico considerado em concreto, uma vez que, ao contrário das omissões próprias, essa situação ativadora do perigo de ocorrência do resultado não é explícita na norma proibitiva.

No caso dos conselheiros, o MPF imputou crimes contra o meio ambiente (Capítulo V, lei n.º 9.605/1998) consistidos em crimes contra a fauna (art. 29, §1º, I e II; art. 29, §4º, I, III, V e VI, todos da Lei n.º 9.605/1998), crimes contra a flora (art. 38; art. 38-A; art. 40, *caput* e §2º; art. 49; art. 50, todos da Lei n.º 9.605/1998), poluição e outros crimes ambientais (art. 54, §2º, I, III e IV, Lei n.º 9.605/98) e crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural (art. 62, I, Lei n.º 9.605/1998). Dentro do Código penal foram imputados crimes contra a pessoa, dentre crimes contra a vida (art. 121, §2º, I, III e IV, CP) e crimes de lesões corporais (art. 129, *caput*; art. 129, §1º, I e III; art. 129, §1º I e III *c/c* §7º, CP), além dos crimes contra a incolumidade pública, consistidos em crimes de perigo comum (art. 254 e art. 256, CP).

De se observar que, para configurar-se a tipicidade da omissão, necessário que entre a situação típica e o resultado concreto decorra um lapso temporal apto a tornar exigível o dever de agir³¹⁵, uma vez que a execução imediata do risco no resultado não permitirá ao agente praticar condutas ativas em seu âmbito de organização a fim de evitar a ocorrência do resultado. Entretanto, no presente caso, de se perceber que essa situação de risco, frise-se, proibido, visto a inexigibilidade de deveres de salvamento em face de riscos permitidos³¹⁶, não provocou, em si, uma situação típica de perigo de ocorrência dos resultados observados.

Difícil se mostra a compreensão, em face dos crimes imputados, de uma precisa delimitação do momento onde se instaura essa situação de risco, uma vez que, ausente a desestabilização deste para patamares proibidos, a observância de resultados lesivos dentro da operação permitida do risco não acarretará, de fato, uma situação típica configuradora dos elementos próprios do tipo penal concreto. Razão pela qual, falar que não configurada a situação típica do perigo de ocorrência do resultado encontra pertinência no caso concreto, pois, apesar de efetivamente ter existido um perigo de ocorrência prévio, ainda que não temporalmente

³¹⁴ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012, p. 341

³¹⁵ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 240

³¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 196

delimitado pela acusação em exatidão, este não se configurou dentro da tipicidade dos delitos narrados.

Os tipos ambientais denotam uma situação de lesão ao bem jurídico advindas do foco do perigo empresa que, juridicamente proibido, ocasionaria a realização destes. Demonstrada a operacionalização da atividade econômica organizada ao amparo das normas de cuidado, em face da vigilância dos conselheiros, inexistente tal situação típica. Já os delitos contra a vida e contra a incolumidade pública tutelam, respectivamente, a preservação da integridade física e da segurança/tranquilidade coletiva, o que, ao mesmo passo, não foram acarretados por um descontrole antijurídico do foco do perigo empresa controlado pelos conselheiros.

Nessa compreensão de se observar a situação típica para delimitação do perigo de ocorrência do resultado, verifica-se que, na compreensão encampada pelo TRF1, efetivamente há a necessidade de ser apontada a situação de risco que instaura a exigibilidade do dever de agir:

O dever de garantia nos crimes omissivos impróprios somente surge com a identificação objetiva e precisa da situação de risco ou perigo efetivos ao bem jurídico protegido, a serem apontados em termos de tempo e circunstâncias, com a indicação do momento em que a providência deveria ser adotada para impedir o resultado, no caso, o rompimento da barragem.³¹⁷

Não se constatando a efetiva situação, que se reforça, não é natural, mas típica, do risco de ocorrência do resultado, não há como se compreender o momento concreto em que deve ser acionado o dever de agir do agente (aqui, analisado em face dos conselheiros, mesmo reconhecendo a ausência de uma posição de garante a estes) para evitar o resultado.³¹⁸

Contudo, em análise efetiva das condutas concretas que poderiam ser realizadas pelos conselheiros, importa aferir se alguma dessas se alinharia ao cumprimento de um dever de cuidado passível de lhes ser imposto, desconsiderando, pela finalidade da indagação, a não configuração da posição de garante dos conselheiros em face do rompimento da barragem.

A nível federal, a Lei n.º 12.334/2010, que instituiu a Política Nacional de Segurança de Barragens, encampou algumas normas de cuidado específicas para a preservação do risco permitido derivado do empreendimento minerário. Em sua redação original, isto é, anterior às alterações legislativas promovidas pela Lei n.º 14.066/2020, dispunha em seu art. 4º, III, que

³¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

³¹⁸ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 242

“o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la”, se situando, dentro de suas competências, “prover os recursos necessários à garantia da segurança da barragem” (art. 17, I), “informar ao respectivo órgão fiscalizador qualquer alteração que possa acarretar redução da capacidade de descarga da barragem ou que possa comprometer a sua segurança” (art. 17, IV), “providenciar a elaboração e a atualização do Plano de Segurança da Barragem, observadas as recomendações das inspeções e as revisões periódicas de segurança” (art. 17, VII), “elaborar as revisões periódicas de segurança” (art. 17, IX), “elaborar o PAE, quando exigido”. Não prevendo o Diploma, em sua redação original, nenhuma infração, de cunho administrativo, cível ou penal, relativamente ao descumprimento de alguma norma.

Já o Decreto-Lei n.º 227/1967, que instituiu o Código de Mineração, tratou de disciplinar, em seu art. 47, que ficará obrigado o titular da concessão da lavra a *“responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra”* (art. 47, VIII), *“promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local”* (art. 47, IX), *“evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos”* (art. 47, X), *“evitar poluição do Art., ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração”* (art. 47, XI).

Ainda, na esfera regulatória das normativas federais, dispunha a Portaria DNPM n.º 416/2012, ser de responsabilidade do empreendedor realizar, *“quinzenalmente, ou em menor período, a seu critério, Inspeções de Segurança Regular de rotina na barragem sob sua responsabilidade”* (art. 18), bem como, sob responsabilidade do empreendedor, deverá realizar *“Inspeção Anual de Segurança Regular de Barragem, elaborando Relatório de Inspeção Regular da Barragem, emitindo a Declaração de Estabilidade da Barragem e preenchendo o Extrato da Inspeção de Segurança Regular da Barragem”* (art. 19).

A nível estadual, complementarmente, a Deliberação Normativa COPAM 62/2002 definia obrigações do empreendedor em todas as fases da implementação e operação de barragens, impondo a este a *“análise de performance do sistema e elaboração de plano de contingência, com informação às comunidades”* (art. 4º, ‘d’), a *“supervisão da construção da barragem e elaboração de relatórios as built (como construído)”* (art. 4º, ‘f’), e a *“execução de auditoria periódica por profissional legal”* (art. 4º, ‘g’), sendo *“os proprietários do empreendimento são responsáveis pela implantação de procedimentos de segurança nas fases de projeto, implantação, operação, fechamento das barragens decorrentes de suas atividades industriais”* (art. 7º, caput).

Como principais normas de cuidado, tendo por base o resultado concreto observado (rompimento da barragem de Fundão), consideradas, entretanto, instituidoras de deveres de controles prévios, a fim de se evitar o resultado concreto, percebe-se, em primeiro lugar, que se voltam, sempre, à pessoa jurídica ou ao empreendedor. Essa consideração, como já exposta anteriormente, é importante para se delimitar a destinação devida da norma de cuidado.

Pessoa jurídica é a titular da atividade econômica organizada, isto é, a sociedade empresarial, no caso, a SAMARCO. Empreendedor, nesse caso, é o responsável por quem a pessoa jurídica assume obrigações, efetivamente, quem representa e executa os interesses da pessoa jurídica. Por imposição da própria lei societária (Lei n.º 6.404/1976), a representação da Companhia (Sociedade Anônima) é atribuição privativa de seus diretores, definindo o Estatuto Social da SAMARCO que exerce a Diretoria a função de órgão executivo da administração societária (art. 14, §2º).

Percebe-se, então, que são normas voltadas à gestão executiva da Diretoria da Sociedade Anônima que empreende no campo da mineração. Razão esta que, como já exposto, aloca dentro da organização executiva da Diretoria o concreto controle do foco de risco do perigo empresa que pode ser compreendido pela utilização de barragens de rejeito. Aos conselheiros, atribuídos serão os deveres de vigilância em face das condutas dos diretores, os quais, não demonstrando indícios de atos lesivos comissivos, não deterão de capacidade alguma para intervirem em salvaguardo da integridade da operação. O poder de veto, contraponto ao poder de aprovar determinadas matérias, é sempre por impulso externa, em face de atitudes ativas concretas, não existindo, por essência, um poder moderador do Conselho de Administração.

Curioso ponto a ser abordado se mostra a menção do MPF, quando da denúncia, ao fundamento do dever de agir das pessoas jurídicas (SAMARCO, BHP e VALE), o que reforça-se, não detém da capacidade de figurarem enquanto garantidoras e, pois, agirem, fundamento este que expandiria, assim, à necessidade de responsabilização penal dos demais denunciados, entre eles os conselheiros aqui estudados, o fato que *“também decorre da propriedade a responsabilidade pela conservação, ruína e risco da coisa em relação aos bens de terceiros (art. 937 do Código Civil)”*³¹⁹.

Importante que se perceba, entretanto, que o art. 937 do Código Civil, apesar de efetivamente impor um dever de cuidado ao exercício do direito de propriedade, dispõe que “o

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG.

dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”, o que, para além das considerações de dono ser a pessoa jurídica e, pois, obtiver sua representação nas pessoas físicas dos diretores (art. 138, §1º, LSA), impõe um concreto dever de reparo, mas não um dever concreto de “*controlar o foco de perigo ou de salvar, de forma que será necessário outro diploma legal mais específico*”³²⁰ para preencher a posição de garante dos denunciados e exigir-lhes um dever de agir pelo rompimento da barragem de Fundão.

Não se impondo, assim, uma efetiva capacidade jurídica de ação pelos conselheiros a fim de que cumprissem com o comando do art. 13, §2º do Código Penal e respondessem por omissão imprópria. Dentro das competências próprias do Conselho e do âmbito protetivo das normas de cuidado, não se objetou abertura para uma ação distinta da que efetivamente fora tomada pelos conselheiros. A posição de gestores da política econômica da SAMARCO (art. 15, I, Estatuto Social) não os imiscuiu no controle cotidiano dos focos organizacionais de todos os riscos geridos na condução da atividade econômica organizada conduzida.

Observa-se que, das menções às reuniões do Conselho de Administração, e das efetivas atas dessas reuniões, em momento algum se localiza indicações deliberativas do Conselho à tomada de atitudes lesivas, ou ao endosso de condutas ilícitas evidenciadas na condução dos diretores, que pudessem justificar um descuido das normas de cuidado a eles aplicáveis. Os deveres de diligência societários (arts. 153 e 154, LSA), não evidenciam ausência de diligência na condução da orientação geral dos negócios da Companhia.

Registra-se, alinhado a um posicionamento técnico de assessorias e auditores independentes (ITRB) para a tomada de decisões, a existência de assertividade nas conduções tomadas pela vontade coletiva do Conselho.

Entretanto, nesse ponto, uma questão de peculiar interesse se mostra necessária. Ao entender pela ausência de um dever de agir (capacidade jurídica) dos conselheiros, posicionou-se o TRF1 que não se envolveria o dever de agir destes em

[...] determinar a adoção de medidas corretivas ou de proteção, senão de apenas propor ao Conselho aquilo que lhe parecesse necessário na linha das suas concepções, ainda assim, sem possibilidade de saber, por antecipação, se o seu eventual voto prevaleceria no colegiado, ainda mais porque os membros de colegiado agiram no âmbito apenas da sua atuação lícita.³²¹

³²⁰ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 170

³²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.ºs 1029985-02.2018.4.01.0000/MG, 1015557-78.2019.4.01.0000/MG e 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

O que importa se destacar é que não é a atuação colegiada do órgão, no ponto de desconhecimento dos votos a serem tomados pelos seus membros, que impede a atuação e, pois, obstará a responsabilidade penal por omissão imprópria. Aqui, apesar de ser tema afeito à causalidade nas omissões sucessivas³²², pode se destacar a questão quanto a ausência de exoneração do dirigente em decisões colegiadas, a respeito da divisão de funções em estruturas horizontais. Caberá, efetivamente, que se analise o grau de controle concreto da fonte de perigo empresa pelo órgão e, dentro deste, a tomada de deveres de cuidado em face de seus membros individualmente considerados.

O que importa dizer, entretanto, que não é a colegialidade e a incerteza do voto que afastará a responsabilidade penal subjetiva ao dirigente, mas, efetivamente, a ausência de manifesta gestão de risco proibido em uma situação típica de perigo ao bem jurídico, no viés do poder concreto de agir do dirigente individualmente considerado. Conforme entendido pelo STJ no HC n.º 95.943/RJ, a ausência do poder concreto de agir afasta a tipicidade da omissão, não trazendo reflexos penais para a conduta do agente.

Neste ponto, por mais que aponte o MPF que caberia ao conselho a simples decisão de descomissionar a barragem de Fundão, isto é, desativá-la definitivamente, ausente uma situação de risco proibido e situada a operação da atividade econômica organizada em um patamar juridicamente aceitável, não cabia uma atuação discricionária do Conselho, perante a qual, sem instigação, não poderia sequer ser apreciada, de desativar a barragem de Fundão.

Ressalta-se que, por mais que afirme o MPF a existência de informações fraudulentas nas declarações de estabilidade da barragem, este não imputou a prática de tais crimes aos conselheiros, o que leva a crer que, mesmo para a acusação, as adulterações em dados de segurança não passaram pela gestão dos conselheiros, o que, tomando-as como verídicas, ante a ausência de quaisquer indícios em sentido contrário, pautaram a condução societária em tal caminhar.

Em sentido linear, não haviam imposições normativas, à época dos fatos, que condicionassem o descomissionamento de barragens de rejeitos em relação a não conformidades específicas, o que reforça a ausência de atuação contrária às normas de cuidado,

³²² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 265-267. Para um ponto de vista a respeito das omissões sucessivas dentro de um critério limitador da ocorrência do resultado e não de sua inevitabilidade: GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha. –1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018

por parte do Conselho. As soluções em face das não conformidades narradas, entretanto, eram de competências organizacionais dos diretores executivos da SAMARCO, de modo que, respaldadas por laudos técnicos e supervisões independentes (ITRB e consultorias como PAC e VOGBR), aduziam ao Conselho um sentido de plena eficácia.

É dizer que, como exposto, a imposição de vigilância do Conselho sobre a Diretoria implica em deveres de intervenção quando constatadas práticas delitivas pelos diretores, devendo os conselheiros, dentro dos âmbitos específicos de atribuição que detém, buscar conter o perigo evidenciado. Entretanto, na ausência de condutas delitivas concretas pelos diretores, prévias ao rompimento e com ele relacionadas, as decisões tomadas pelos conselheiros em seus âmbitos de gerência do foco de risco da fonte de perigo empresa, entendendo este em patamares permitidos, visaram cumprir um dever de agir deles esperado em face da condução societária, e, uma vez que não detinham do controle da fonte de perigo concreta, relacionada ao rompimento da barragem, impossível uma conduta concreta, visto não se exigir condutas impossíveis. Isto é, veda-se a omissão fundada no descumprimento concreto de um dever de agir possível e exigível, mas não a forma de agir pautada em atenção à confiança informativa que detinham os conselheiros.

Assim, uma conduta concreta em face da evitação do resultado, não parece ser configurada ao âmbito organizacional dos conselheiros estudados, o que ausenta, em face de um dever de agir não efetivado, a tipicidade da omissão narrada.

Ainda que entendida a conduta devida de simples descomissionamento da barragem, como o faz o MPF, importa-se analisar o vínculo que sua omissão, entendida enquanto conduta devida, deteria com o resultado.

Como já narrado, a relação de causalidade buscada na omissão imprópria enfrenta sérias dificuldades, uma vez que na omissão, não há uma efetiva produção de causa e efeito com o resultado, visto que, em si mesma, não existe omissão.³²³

O importante será, então, buscar um juízo hipotético de correlação entre a conduta omitida, entendida como devida, em face do resultado observado³²⁴, devendo aquela atender ao comando da cabeça do art. 13 do Código Penal e ser capaz de evitar a ocorrência deste. Para tanto, a este critério de evitabilidade, reforçando a compreensão do amparo dogmático trazido junto ao padrão decisório do Superior Tribunal de Justiça (HC n.º 39.627/RJ), apenas constituirá

³²³ MUÑOZ, Francisco C.; ARÁN, Mercedes G. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch – Valencia, 2010, p. 238

³²⁴ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 230

“a relação de causalidade se, baseado em elementos empíricos, puder concluir-se - insista-se, com alto grau de probabilidade, que o resultado não ocorreria se a ação devida (o atendimento imediato) fosse efetivamente realizada”³²⁵.

Todavia, para que chegue ao ponto de ser aferida a probabilidade (próxima da certeza) da conduta devida – e omitida – evitar o resultado concreto, necessário que tenha sido criado um risco não permitido, desdobrado no resultado e amparado pelo âmbito de abrangência da norma de cuidado. Entretanto, observa-se que, como mencionado, “a omissão não cria riscos”³²⁶, a criação de um risco, demanda, evidentemente, uma conduta ativa. A omissão tem o caráter de desestabilizar um risco permitido para patamares juridicamente defesos, o que não se observa na análise do caso.

Aferiu-se que as únicas condutas típicas mencionadas pelo MPF prévias ao rompimento da barragem foram a imputação dos arts. 68, 69, 69-A e 69-A, §2º, todos da Lei n.º 9.605/98, relacionados à apresentação de declarações falsas sobre a estabilidade da estrutura da barragem e às omissões no fornecimento de informações às autoridades ambientais competentes, sendo que nenhuma destas condutas fora imputada aos conselheiros Hélio Cabral Moreira, Jeffery Mark Zweig e Margareth MC Mahon Beck. Entendendo o MPF na criação do risco a própria construção da barragem de Fundão, a ausência de condutas próprias dos conselheiros destinadas a esse risco não os implica em proximidade ao risco criado³²⁷, impossibilitando a configuração enquanto garantidores e a responsabilidade pelo resultado lesivo, como mostrado.

Entretanto, como demonstrado, a mera construção da barragem de Fundão não se mostra como argumento plausível da criação de um risco proibido, uma vez que respaldada pelo ordenamento a possibilidade de gestão de barragens de rejeitos em empreendimentos minerários. Não demonstrada uma conduta omissiva no âmbito de gestão do Conselho de controlar o foco da fonte de perigo empresa, desalinha-se a necessidade de ser produzido um risco não permitido, pelo qual se desdobraria o resultado. Ainda, sobre os âmbitos de abrangência das normas de cuidado, destinadas estas, quando relacionadas à operacionalização da barragem, ao empreendedor e, pois, a seu representante executivo, Diretoria, não se percebe amparo legal para o elo entre uma conduta omitida dos conselheiros e o resultado desvalorado.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 39.627/RJ (2013/0235844-9). Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 30/04/2014.

³²⁶ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 138

³²⁷ ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 124

Apesar da impossibilidade prática, superando-se tal raciocínio para análise do juízo hipotético de probabilidade da evitação do resultado pelo descomissionamento da barragem, em decisão dos conselheiros, algumas questões se fazem necessárias de se pontuarem.

Em primeiro, não se coaduna com a extrema probabilidade necessária para a imputação, que o descomissionamento da barragem evitaria, no momento em que mostra o MPF, isto é, no sinal de pré-ruptura que menciona, em agosto de 2014, com probabilidade próxima de certeza, a ocorrência do resultado. E isto, pois, não demonstrada uma condição de preenchimento temporal para a consequência do resultado, o simples descomissionamento cerca de um ano antes do resultado não demonstra, efetivamente, que este não ocorrerá. Não se aceitando no ordenamento a mera diminuição do risco, mas a efetiva evitação do resultado (art. 13, *caput*, CP), esta, enquanto questão de prova objetiva necessária de ser demonstrada pela acusação³²⁸ na denúncia, não permite a responsabilização dos conselheiros, ainda mais quando a conduta, como demonstrada, não se inseria no âmbito autônomo de competência do Conselho.

Em segundo lugar, não se pode perder o horizonte de que mesmo a conduta devida que evite o resultado com probabilidade próxima de certeza demanda uma relação a um risco juridicamente vedado. Se não houve desestabilização de um risco a patamares proibidos pelo ordenamento, à ocorrência do resultado, “*ainda que exista um risco não permitido, não parece ser possível aplicar consequências da norma penal se o resultado lesivo não decorreu dessa qualidade do risco*”³²⁹, ante a ausência de desrespeito a deveres de cuidado íntimos à permissão do risco.

Apenas no intento de sedimentar o apontamento da conduta devida que evitaria o resultado, com probabilidade próxima de certeza, enquanto ônus probatório da própria acusação³³⁰, é de se reconhecer que, após o rompimento da barragem de Fundão, quase quatro anos se passaram e novo rompimento de barragem de rejeitos de mineração fora registrado no Estado de Minas Gerais. A barragem I do Córrego do Feijão, de propriedade da VALE, rompeu-se no Município de Brumadinho/MG, em 25/01/2019. Trata-se de barragem construída ao mesmo método da barragem de Fundão (alteamento à montante) e, apesar de ser destinada à deposição de rejeitos, encontrava-se desativada desde o ano de 2016³³¹, vindo a romper mesmo assim.

³²⁸ BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 233

³²⁹ *Ibidem*, p. 229

³³⁰ *Ibidem*, p. 233

³³¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Polícia Federal. Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 1070/2019 – SETEC/SR/PF/MG. 12/06/2019, p. 98. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório CPI*

Não se trata aqui de discutir quanto ao mérito das peculiaridades próprias do rompimento da barragem I do Córrego do Feijão, mas apontar que, face a operacionalização da barragem de Fundão em um risco permitido, sem capacidade gestora própria do Conselho de administração sobre o foco de risco do perigo empresa abrangido pela operação do SRF, a menção à desativação da barragem como conduta devida não restou demonstrada, com probabilidade próxima de certeza, quanto à evitação do resultado lesivo.

Assim, superada as questões próprias do tipo objetivo, percebe-se que, em face dos conselheiros abordados, responsabilidade penal por omissão imprópria não parece ser o norte a sancionar o rompimento da barragem de Fundão. Não se pode perder de vista a seriedade do dano social, ambiental, cultural e econômico causado pelo rompimento, mas, ao intento de repará-lo, não se pode desnudar a legalidade, proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Penal em buscas de respostas temporárias.

A imputação ao topo da sociedade empresarial, por condutas lesivas, em omissão imprópria, não se mostra impossível ou ilegítima, entretanto, não pode servir de pretexto para uma completamente ruptura da responsabilidade penal subjetiva e individual. No caso concreto, resolve-se a questão, conforme entende-se neste trabalho, pela ausência de gestão do foco de risco do perigo empresa controlado pelos conselheiros. Não se insere no controle da fonte de perigo empresa tomado pelos conselheiros questões próprias atinentes à barragem e sua integridade, se não pontuar, por diretrizes gerais da atividade econômica exercida, alinhamentos pautados por informações recebidas em confiança de quem efetivamente controla o foco de risco (Diretoria), ou de quem o compreende tecnicamente (auditores independentes).

Entretanto, pelo escopo acadêmico, a análise do dever de agir, entendida na capacidade jurídica e no poder concreto da ação, e também da relação entre a conduta omitida (devida) e o resultado observado, buscando um nexo de “causalidade” para a imputação, ressaltam também a ausência de tipicidade objetiva por completo das imputações omissivas impróprias pretendidas. Ainda que pesem desacertos técnicos na compreensão da questão, tanto pelo MPF quanto pelo TRF1, ao fim e ao cabo, a ausência de um elemento material que fundamente o controle da fonte de perigo e justifique a responsabilidade penal dos conselheiros por omissão imprópria mostra-se a verdadeira tônica a ser debatida.

Rompimento da Barragem de Brumadinho. Pres. Deputado Júlio Delgado. Rel. Deputado Rogério Correia. Outubro/2019, p. 96; BRASIL. Senado Federal. ***Relatório CPI de Brumadinho e outras barragens.*** Pres. Senadora Rose de Freitas. Rel. Senador Carlos Viana. Julho/2019, p. 204

CONCLUSÃO

“Se afirmar a posição de garantidor de um dirigente é um passo inicial sine qua non para a impunidade por omissão imprópria, longe está de ser suficiente”³³². Evidente que não. A imputação de uma conduta omissiva, como se percebe, não se faz por uma mera associação isolada a nenhum dos elementos do tipo objetivo. Necessário se mostra a configuração, aditiva, de todos. Não se tem tipicidade da conduta, quanto, apesar de deter da posição de garante, o agente não detém do poder concreto de agir ou da plena capacidade jurídica para exercer a ação. Ao mesmo passo que aquele que pode exercê-la, a fim de evitar a realização do tipo penal, em nada será responsabilizado, na seara criminal, se não o fizer, ao passo que não se trate de uma conduta omissiva própria ou recaia, sobre ele, a posição de garantidor jurídico-penal.

Igualmente não configura a tipicidade necessária à responsabilidade penal o fato de, sendo garante, detendo de deve agir, em sua plena capacidade jurídica e possibilidade concreta, a conduta ordenada pelo direito e esperada do agente não puder, aferida sobre uma probabilidade de extrema potencialidade que beira à certeza, evitar a ocorrência do resultado lesivo.

É a essa soma de elementos que se define a capacidade específica da omissão (imprópria), enquanto conduta punível, atrair a incidência da imputação de um tipo penal comissivo, respondendo o agente por tê-lo, em tais meios, sido o fator de sua ocorrência, ou, melhor, não ter sido, quando obrigado a ser, o fator de sua evitação.

De fato, ser garantidor de um bem jurídico de dignidade penal, impedindo a concretização típica de uma lesão dirigida a este, não pode franquear lesões à própria legalidade punitiva, permitindo que, sem referência própria da norma penal, se atinja qualquer pessoa em tal posição de garantia. A legalidade penal é instituto constitucional (art. 5º, XXXIX, CF), de incidência obrigatória, o que, em verdade, constitui o próprio controle do Direito ao Estado Democrático. Razão pela qual, como evidenciado, garantir a integridade de um bem jurídico não é imposição advinda de disposição legal, contratual ou estatutária (no âmbito societário), mas, evidentemente, da situação concreta de controle que determinado agente tem de gerir a

³³² ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 235

fonte de perigo, de figurar faticamente enquanto protetor de um bem jurídico, por uma relação de custódia e cuidado.

Na seara empresarial, aos dirigentes da sociedade empresária, essa fonte de perigo é o próprio exercício da atividade econômica organizada, e, pois, já que autorizada pelo ordenamento, ao respeito de deveres de cuidado, é uma fonte de perigo de risco permitido. A gestão desse perigo empresa, concretamente avaliado, é a situação que colocará o dirigente enquanto garantidor, de vigilância e/ou de proteção, de sua integridade, de garantir a permanência desse perigo empresa em patamares estáveis à previsão do ordenamento.

Desestabilizado tal risco, sobressaindo do permitido para o proibido, há que se ponderar a capacidade concreta de um dever de agir pelo dirigente garantidor. Não há imposição de deveres de cuidado, em si mesmo considerados, que asseverem responsabilidade penal. Importante que, além do dever, em sua capacidade jurídica de conduta determinada e exigida, seja igualmente ao agente possível realizá-lo, isto é, deter dos meios e possibilidades concretas para colocá-lo em prática. A ninguém é exigido pelo Direito o impossível.

É dessa esfera de capacidade mais possibilidade que o dever determinado da conduta ativa salvadora, isto é, impeditiva do resultado, debruçará significância penal. Não basta sua omissão, quer dizer, apenas não a fazer, quando capaz e possível, mas que igualmente a realização da conduta, a respeito da relação causal que busca o Código Penal (art. 13, *caput*, CP), evite a ocorrência do resultado. Evitar é impedir que acontece, e não diminuir as chances de sua ocorrência. Razão esta que, apesar de não criar um risco, ou uma causa, a omissão seja considerada enquanto condição de ocorrência do resultado, pois, em face da conduta exigida pelo Direito, não o evitou.

Nesse âmbito tem-se que, iluminando-se o caso analisado, não caberiam meras análises normativas de deveres societários, imposições civis ou disposições estatutárias. Estas, definem o conteúdo do dever de agir, onde será possível defini-lo em face da conduta esperada, mas não serão a razão da responsabilidade penal do agente omitente, conquanto, ainda que omita, omita-se em face de um elemento penal, e eminentemente penal. Se é do Código, por imposição constitucional (art. 5º, XXXIX, CF), que se exige a legalidade penal estrita (art. 1º, CP), é do Código que se deve retirar o fundamento de validade da omissão imprópria, ou melhor dizendo, do Direito Penal material que deve advir esse elemento.

Se o resultado somente é imputado a quem lhe deu causa, sendo esta, “*a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*” (art. 13, *caput*, CP), necessário que o garante, enquanto deva e possa agir para evitar o resultado (art. 13, §2º, CP), controle

efetivamente este âmbito de causa, isto é, a fonte de perigo que se relaciona com o resultado ou a proteção concreta do bem jurídico sobre sua custódia.

De modo que se percebe que, deveres solidários (art. 158, §4º, LSA), sobre atos ilícitos de natureza civil (art. 158, §1º, LSA), não implicam o dirigente empresarial enquanto garantidor. É, efetivamente, o controle do foco de risco da fonte de perigo empresa que o faz.

Em assim sendo, os conselheiros analisados, membros do Conselho de Administração da SAMARCO, detém de gerência limitada a um âmbito exclusivo da atuação empresarial, qual seja, a vigilância sobre a Diretoria. Se não detém da capacidade de imiscuir interventivamente na vida cotidiana da sociedade empresarial, não detém de como controlar e direcionar todos os rumos do risco gerido nesta. Assim, mesmo com atribuições de deliberação, veto, nomeação de diretores e fiscalização destes, é sobre estes que se volta a vigilância dos conselheiros, e não por terceiros ou eventos fora desta zona de gestão.

No caso concreto, percebe-se que, conquanto vincularam-se os conselheiros à vigiarem e intervirem na Diretoria, sua gerência organizacional não esquivou-se para âmbitos de controle concreto da fonte de risco centrada na barragem de Fundão. Em respeito às posturas deliberativas, estas, pautaram-se em uma seara de fidúcia à informação técnica filtrada pela estrutura hierárquica da Companhia. Ausente qualquer indício de condutas lesivas comissivas, não haviam fundamentos concretos para uma intervenção do Conselho sobre suposta omissão, vez que, como órgão reativo, não fora demandado a este ponto.

Em relação aos deveres de cuidado, igualmente se percebe que, no que diz respeito à segurança e integridade da barragem, cabendo ao Conselho repasses orçamentários e exposições diretivas *lato sensu*, foram estes cumpridos em seu âmbito lícito de atuação. Em relação aos cuidados de segurança em si, as normas diretivas do ordenamento entendiam-se ao empreendedor, e, sendo este a pessoa jurídica (SAMARCO), voltavam-se aqueles capazes de representá-la e executarem este papel, estes, os diretores (art. 138, §1º, LSA).

Observa-se, que do próprio padrão decisório do Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 94.543/SRJ, a capacidade de ação exige igualmente a possibilidade da ação, de modo que, alheio à esfera organizacional do Conselho, impossível exigir de seus conselheiros uma conduta ativa salvadora.

O próprio descomissionamento da barragem, mencionado pelo MPF como devido, não se inseria como próprio de ser executado pelo Conselho, quanto mais, ainda, sobre um prisma de sua possibilidade de evitar a ocorrência do resultado, com probabilidade próxima da certeza, assim não anuiu, sendo questão do ônus probatório da demanda acusatória o fazer.

Do que se permite concluir, através do amparo dogmático-jurisprudencial a respeito da imputação ao tipo objetivo da omissão imprópria erigido no presente trabalho para a análise do caso estudado, que, neste, não há que se falar em vinculação dos conselheiros de administração da SAMARCO estudados enquanto garantidores de interesse jurídico-penal da evitação do resultado observado. Ausente a gerência concreta sobre o foco de risco da fonte de perigo empresa situado na operacionalização e estabilidade da barragem de Fundão, ausente o elemento material penal que fundamente a imputação omissiva imprópria aos conselheiros.

E, não se configurando a posição de garante, quebrada a estrutura necessária à imputação ao tipo objetivo da omissão imprópria. Entretanto, no escopo acadêmico a que se pretendeu o estudo do caso concreto, ainda que superada a configuração da posição de garante, igualmente se percebeu a impossibilidade dos conselheiros em figurarem enquanto detentores de um dever de agir, juridicamente exigível e passível de realização concreta pelos conselheiros, capaz de evitar o resultado concreto com probabilidade próxima da certeza.

Seja pelo direcionamento dos deveres de cuidado voltados à operacionalização da barragem de Fundão destinarem-se ao âmbito do empreendedor (SAMARCO), representado privativamente por seus diretores (art. 138, §1º, LSA), seja pela ausência de um comando mandamental voltado aos conselheiros que os obrigassem a desativar a barragem, não há como se conceber a exigibilidade de um dever de agir relativo à evitação do resultado que se destinasse ao foco de risco da fonte de perigo empresa efetivamente gerido pelos conselheiros.

Ainda, quanto à desativação da barragem de Fundão, tal conduta, mesmo não prevista em um comando mandamental imposto juridicamente aos conselheiros, não provou sua capacidade em evitar o resultado observado, enquanto ônus probatório próprio da acusação³³³ em apontar um elo de causalidade normatizado pela evitabilidade do resultado através da conduta tida por devida, sobre o critério da probabilidade próxima da certeza.

Percebe-se, então, pela construção do presente trabalho, que, em face de respostas ao desastre narrado, não pode ser obliterada à própria estrutura típica de uma conduta punível para que se satisfaça um ânimo responsabilizador social. Certo que a criminalidade empresarial existe e demanda respostas, estas, entretanto, não podem ser dadas à espreita do Direito, desrespeitando a própria lógica cognitiva da sanção penal. Se há que se resolver os problemas de impunidade, não se parece condizente com a constitucionalização do Direito Penal brasileiro, que esta seja feita em desatento à ordem legal da responsabilidade penal. Uma conduta que não

³³³ BOTTINI, Pierpaolo C. Crimes de Omissão Imprópria. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018, 233

responde ao seu tipo objetivo não é uma conduta típica, logo, não é uma conduta de interesse penal.

De fato, que, uma norma penal não tem o escopo de responsabilizar fundado em si mesmo, mas sim, de proteger e tutelar bens jurídicos, ao passo que, se ineficaz tal meio, é de igualmente se tomar a ineficácia da norma³³⁴, conquanto apenas restará tutelando um interesse punitivo, abstraído de qualquer correlação com a conduta em si.

³³⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27

REFERÊNCIAS

BITENCOURT. Cezar R. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Volume I)*. 23ª Edição rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2015

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Polícia Federal. *Laudo de Perícia Criminal Federal n.º 1070/2019 – SETEC/SR/PF/MG*. 12/06/2019, p. 98. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/11/laudo_1070_2019_setec_sr_pf_mg_assinado-2.pdf acesso em 10 mai 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório CPI Rompimento da Barragem de Brumadinho*. Pres. Deputado Júlio Delgado. Rel. Deputado Rogério Correia. Outubro/2019, p. 96. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/11/RELAT%C3%93RIO-CPI-BRUMADINHO.pdf> acesso em 10 mai 2021

BRASIL. Senado Federal. *Relatório CPI de Brumadinho e outras barragens*. Pres. Senadora Rose de Freitas. Rel. Senador Carlos Viana. Julho/2019, p. 204. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ANEXO_KComissaoCPIComissaoCPIBRUM20190702REU015_parte11246_PAUTA_1562082527096.pdf acesso em 10 mai 2021

BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil DE 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso 03 abr 2021

BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm acesso 03 abr 2021

BRASIL. *Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm acesso 03 abr 2021

BRASIL. *Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm acesso 03 abr 2021

BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm acesso 03 abr 2021

BRASIL. *Lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm acesso 06 mai 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Penal n.º 0002725-15.2016.4.01.3822/MG - Denúncia. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova/MG.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.º 1029985-02.2018.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.º 1015557-78.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.º 1016801-42.2019.4.01.0000/MG. Rel. Des. Olindo Menezes. Quarta Turma – Brasília/DF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 68.871 - PR (2006/0233748-1). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF. DJe 05/10/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=878973&num_registro=200602337481&data=20091005&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 7.153/SP (98/17285-8). Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 13/10/1998. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800172858&dt_publicacao=13-10-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 35.883/PE (2013/0068678-2). Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 09/10/2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1268707&num_registro=201300686782&data=20131009&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 53.018/CE (2014/0277716-5). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Brasília/DF. DJe 30/06/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1614021&num_registro=201402777165&data=20170630&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 94.543/RJ (2007/0269461-2). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJe 13/10/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=895413&num_registro=200702694612&data=20091013&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.618.975/PR (2016/0208604-2). Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 13/03/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1575143&num_registro=201602086042&data=20170313&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 23.362/RJ (2002/0081677-6). Rel. Min. Paulo Medina. Quinta Turma. Brasília/DF. DJ 01/08/2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia>

[l=467029&num_registro=200200816776&data=20050801&peticao_numero=-1&formato=PDF](#) acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.641.743/PE (2020/0001829-9). Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Brasília/DF – DJe 08/03/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=2027137&num_registro=202000018299&data=20210308&peticao_numero=202100097485&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 56.154/PR (2015/0020400-9). Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Brasília/DF – DJe 06/03/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500204009&dt_publicacao=06/03/2017 acesso em 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 39.627/RJ (2013/0235844-9). Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 30/04/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1312985&num_registro=201302358449&data=20140430&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 05 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 120.187/SP (2019/0332370-9). Rel. Min. Laurita Vaz. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 05/04/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=2036846&num_registro=201903323709&data=20210405&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso em 05 mai 2021

BRASIL; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 822.517/DF (2006/0038086-0). Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 29/06/2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=642408&num_registro=200600380860&data=20070629&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 06 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n.º 80.142/SP (2017/0006754-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília/DF – DJe 04/04/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1586826&num_registro=201700067543&data=20170404&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 06 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 46.525/MT (2005/0127785-1). Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília/DF – DJ 10/04/2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=614749&num_registro=200501278851&data=20060410&peticao_numero=-1&formato=PDF acesso 06 mai 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.888.021/MG (2020/0196645-6). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.887.833/MG (2020/0196556-0). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.888.021/MG (2020/0196645-6). Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quinta Turma. Brasília/DF

BOTTINI, Pierpaolo C. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018

COELHO, Fábio U. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

CUNHA, Rogério S. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 4ª Ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016

ESTELLITA, Heloísa. *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*. 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução Ronan Rocha – 1ª Ed – São Paulo: Marcial Pons, 2018

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral (Volume I)*. 19ª Ed. – Niterói – Rio de Janeiro: Impetrus, 2017

JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. – 3ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado, 6ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998

MUÑOZ, Francisco C.; ARÁN, Mercedes G. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch – Valencia, 2010

NIETZSCHE, Friedrich W. *Verdade e Mentira no Sentido Extramoral*. Apresentação por Noéli correia de Melo Sobrinho. Comum, Rio de Janeiro, v.6 – nº17, 2001

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 14. Ed. - [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2018

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª Ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

_____. *Derecho Penal: Parte Geral (Tomo I)*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Civitas, 1997

_____. *Derecho Penal: Parte General (Tomo II)*. Tradução e notas Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal – 1ª Ed. – Espanha: Thomson Reuters-Civitas, 2014

SANTOS, Juarez C. *Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. - Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 203

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

_____. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2012

ZAFFARONI, Raúl.; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro.; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Segundo Volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica; ação e tipicidade*. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal: Parte General (Tomo III)*. Buenos Aires: EDIAR, 1981, p. 448-449