

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Paula Rocha Gouvêa Brener

GARANTIDOR PARTICIPE:

**razões e critério para um tratamento diferenciador no concurso de pessoas por omissão
imprópria**

BELO HORIZONTE

2024

Paula Rocha Gouvêa Brener

GARANTIDOR PARTICÍPE:

**razões e critério para um tratamento diferenciador no concurso de pessoas por omissão
imprópria**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Minas Gerais
como requisito para a obtenção do título de Doutor.
Linha de pesquisa 1 – Poder, cidadania e
desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.
Área de estudo P-03 – Direito Penal Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida
Horta.

BELO HORIZONTE

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

B837g Brener, Paula Rocha Gouvêa
Garantidor participe [manuscrito]: razões e critério para um tratamento diferenciador no concurso de pessoas por omissão imprópria / Paula Rocha Gouvêa Brener. - 2024.
220 f.

Orientador: Frederico Gomes de Almeida Horta.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Concurso de pessoas (Direito penal) - Teses. 3. Responsabilidade penal - Teses. 4. Crimes por omissão - Teses. I. Horta, Frederico Gomes de Almeida. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.237



ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA PAULA ROCHA GOUVEA BRENER

Realizou-se, no dia 06 de setembro de 2024, às 10:00 horas, virtual, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *GARANTIDOR PARTICÍPE: razões e critério para um tratamento diferenciador no concurso de pessoas por omissão imprópria*, apresentada por PAULA ROCHA GOUVEA BRENER, número de registro 2021653611, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta - Orientador (UFMG), Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas), Prof(a). Alaor Carlos Lopes Leite (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Prof(a). Beatriz Correa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia).

A Comissão considerou a tese:

(x) Aprovada, com nota 100 (cem).

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2024.

Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (Doutor)

Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt (Doutor)

Prof(a). Alaor Carlos Lopes Leite (Doutor)

Prof(a). Beatriz Correa Camargo (Doutora)

Prof(a). Heloisa Estellita (Doutora)

Uma definição é, como a palavra sugere, principalmente uma questão de traçar linhas divisórias ou distinguir entre um e outro tipo de coisa, que a língua demarca pelo uso de palavras distintas. A necessidade de se traçarem essas linhas demarcatórias é sentida frequentemente mesmo por aqueles que estão perfeitamente à vontade com o uso cotidiano da palavra em questão, mas não conseguem explicitar ou explicar as distinções que, conforme seu sentir, separam um tipo do outro.

Herbert Hart, *O conceito de Direito*

AGRADECIMENTOS

Redigir os agradecimentos que antecedem minha tese permite-me revisitar, de modo gratificante, as inúmeras e profícuas trocas que proporcionaram a construção e amadurecimento deste trabalho. Momento de lembrar que esta jornada de longos quatro anos não foi solitária, como se usa dizer, mas sim repleta de cúmplices fundamentais para os resultados alcançados.

Ao professor Frederico Horta, contagiante em sua paixão pela dogmática, devo agradecer a todas as contribuições, em especial ao olhar afiado e ao incentivo constante. Nossos debates e trocas de ideia ao longo de todos esses anos tiveram importância central para a construção do trabalho, para o amadurecimento dos argumentos e para o aprimoramento das soluções alcançadas, despertando-me, ainda, em diversos momentos, para outros olhares e perspectivas.

Agradeço à professora Beatriz Corrêa Camargo, com quem pude contar em minha jornada desde o mestrado e que me encorajou a expandir os estudos sobre as normas, dispondo-se sempre a me guiar nesse caminho de forma crítica e racional, abrindo-me tantas portas. Agradeço também à professora Heloisa Estellita, que acompanhou minuciosa e entusiasmadamente a construção do trabalho, permitindo seu aprimoramento, indicando leituras e me instigando a ousar nas reflexões aqui dispostas. Desde a graduação instigando os estudos de dogmática, com compromisso e com rigor, teve para mim um papel de imenso relevo o Prof. Luís Brodt, a quem agradeço todas as trocas, essenciais durante o caminho.

Fundamentais também os professores Luís Greco e Joachim Renzikowski, que me receberam, respectivamente, na Universidade Humboldt e na Universidade de Halle. Nossas conversas permitiram expandir horizontes e leituras, com a realização do sonho de viver uma estância de pesquisa na Alemanha. Tive a grata surpresa de encontrar no outro continente amizades para a vida: Barbara Lima, Camila Forigo, Éder dos Santos, Erdi Yetkin, Gökçe Tunç, Guilherme Góes, Hugo Soares, Ignacio Perdiguero, Izabele Kasecker, Janice Santin, Jesus Muñoz, Raul Belúcio, Tamara Tsanova (Tatja), Wei Yao (Poppy).

Gratidão aos amigos e cúmplices da pós: Felipe Miranda, Felipe Campana, João Victor Assunção, Leo Junqueira, Lucas Miranda, Luísa Cirino, Matheus Oliveira, Mathias Campos, Regina Juncal e Tiago Caruso. Felicidade ainda em contar sempre com meus amigos família, com quem compartilho cada uma das minhas aventuras: Bernardo, Caires, Gioninho, Ju, Marcel, Roger e Thais. Merecem um agradecimento especial os queridos Giovani Pontes e Lucas Miranda, que se dedicaram a ler, criticar e revisar o trabalho, gesto para o qual não tenho palavras para agradecer.

Tenho ainda imensa gratidão aos professores que me auxiliaram nesse percurso, compartilhando reflexões e textos, concedendo-me tempo para conversas, trocas e sugestões que permitiram aprimorar, de modo relevante, este trabalho: Adriano Teixeira, Alaor Leite, Fernando Galvão, Flavia Siqueira e Tatiana Badaró.

Aos colegas de escritório, minha segunda família, Felipe Martins Pinto, Letícia Junger, Rafael Santos, Arnaldo Lares, Ana Bueno, Gabriella Damasceno, Rodrigo Xavier e Rebeca Correia, rendo os agradecimentos a toda a paciência em minhas ausências, aos incansáveis debates e por terem sonhado comigo a ida para a Alemanha, compartilhando com euforia cada realização.

À minha família, fundação para a minha caminhada e torcida barra brava a cada minuto da partida, até mesmo nos intervalos: Lili, Serguei, Marcos, Vicky, Lulu, Sam, Zilda, Edson. Um agradecimento ao meu amor, George Gualberto – feliz em compartilhar contigo um projeto alegre de uma vida de sonhos realizados.

RESUMO

A omissão imprópria encontra-se em voga, havendo um crescente recurso a essa forma de responsabilidade pelas cortes brasileiras. Os debates, contudo, têm se desenvolvido de modo apartado da perspectiva do concurso de pessoas, de modo que pouco se estudam os impactos do contexto coletivo sobre a responsabilidade dos omitentes. Haveria, afinal, garantidores autores e garantidores partícipes? Devem-se diferenciar as formas de concurso nos crimes omissivos impróprios? Embora a relevância da adoção de um critério diferenciador seja amplamente reconhecida para os crimes comissivos, verifica-se uma paradoxal manutenção do tratamento unitário nos crimes omissivos impróprios no Brasil. Essa permanência contrasta com o expressivo debate internacional, em que diferentes propostas vêm sendo formuladas para o enfrentamento do problema. Diante disso, este trabalho apresenta as razões para a distinção entre os concorrentes, imprescindível para assegurar uma leitura restritiva dos tipos penais. Confere-se, assim, tratamento distinto para condutas distintas, com a justa e racional distribuição de penas que tomem por referência o injusto principal ou o injusto acessório. Propõe-se, então, a adoção de um critério diferenciador para o concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios, alicerçado em considerações sobre a construção normológica do injusto do partícipe e em um estudo analítico do auxílio. A partir de um conceito positivo de participação, que toma por horizonte a natureza acessória do dever que constitui o injusto do partícipe, verifica-se que a manifestação no resultado do risco proibido do seu comportamento apenas ocorre através da ação ou omissão de um terceiro autorresponsável, ou seja, manifesta-se de modo indireto no resultado. Conclui-se, assim, que o critério diagnóstico-distintivo entre autores e partícipes se encontra na peculiar manifestação do desvalor da violação de deveres de cada um dos concorrentes. A transposição desse raciocínio, por princípio de equivalência, aos crimes omissivos impróprios permite identificar como garantidor autor aquele que descumpre deveres especiais de natureza principal, ou seja, deveres cuja violação manifesta seu desvalor diretamente no resultado. Em contrapartida, é partícipe o garantidor que descumpre deveres de natureza acessória, cuja violação manifesta seu desvalor indiretamente no resultado, perpassando a esfera de terceiro autorresponsável.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de pessoas. Participação. Auxílio. Omissão imprópria. Garantidor.

ABSTRACT

Improper omissions are in trend, and Brazilian courts are increasingly resorting to this form of criminal liability. The debates, however, have been developed separately from the perspective of the collective wrongdoing, so that little attention has been paid to the impact of the collective context on omissions liability. Can we actually talk about perpetrator and accessory by improper omission? Should the ways of intervening be differentiated also in improper omissions? Although the importance of adopting a differentiating criterion is widely recognized for commission crimes, there is a paradoxical maintenance of the unitary treatment of perpetrator and accessory in the cases of improper omissions in Brazil. This contrasts with the significant international debate, in which different proposals have been formulated to tackle the problem. In view of this, this work presents the reasons for the distinction between concurring offenders, which is essential to ensure a restrictive interpretation of the crime legal description. In this way, different treatment should be given to different conducts, with a fair and rational distribution of penalties based on the main or accessory wrongdoing. It is therefore proposed to adopt a differentiating criterion for the collective wrongdoing by improper omissions, based on considerations about the normological construction of the wrongdoing of the accessory and on an analytical study of the term aiding. Based on a positive concept of participation, which takes as its horizon the accessory nature of the duty that constitutes the wrongdoing of the accessory, it can be seen that the manifestation in the result of the forbidden risk of their behavior only occurs through the action or omission of a responsible perpetrator, in other words, it manifests itself indirectly in the result. It can therefore be concluded that the diagnostic-distinctive criterion between perpetrator and accessory lies in the peculiar manifestation of the disvalue of the violation of the duties of each of the interveners. Transposing this reasoning, by equivalence, to improper omissions allows us to identify as perpetrator the person who fails to comply with special duties of a primary nature, i.e. duties whose violation manifests its disvalue directly in the result. On the other hand, the person who fails to comply with ancillary duties, whose violation manifests its disvalue indirectly in the result, passing through the sphere of the perpetrator, is accessory.

KEY WORDS: Collective wrongdoing. Complicity. Perpetrator. Accessory. Improper omissions.

RESUMEN

La omisión impropia está de moda y los tribunales brasileños recurren cada vez más a esta forma de responsabilidad. Los debates, sin embargo, se han desarrollado separadamente desde la perspectiva del concurso de personas, por lo que poco se ha estudiado el impacto del contexto colectivo en la responsabilidad de los omitentes. ¿Existen, al fin y al cabo, garantes autores y garantes partícipes? ¿Deben diferenciarse las formas de concurso en los delitos de omisión impropia? Aunque es ampliamente reconocida la importancia de adoptar un criterio diferenciador para los delitos comisivos, paradójicamente se mantiene en Brasil el tratamiento unitario de los delitos omisivos impropios. Esto contrasta con el debate internacional, en el que se han formulado diferentes propuestas para abordar el problema. En vista de ello, este trabajo presenta las razones de la distinción entre los intervinientes, que es esencial para garantizar una lectura restrictiva de los tipos penales. De esta forma, las diferentes conductas reciben un tratamiento diferenciado, con una distribución justa y racional de las penas en función del injusto principal o del injusto accesorio. El trabajo propone, por tanto, la adopción de un criterio diferenciador para el concurso de personas en los delitos omisivos impropios, basado en consideraciones sobre la construcción normológica del injusto del partícipe y en un estudio analítico del auxilio. Partiendo de una concepción positiva de la participación, que tiene como horizonte la accesoriedad del deber constitutivo del injusto del partícipe, se observa que la manifestación en el resultado del riesgo prohibido de su conducta sólo se produce por la acción u omisión de un tercero responsable, es decir, se manifiesta indirectamente en el resultado. Por lo tanto, se puede concluir que el criterio diagnóstico-distintivo entre autores y partícipes reside en la peculiar manifestación del disvalor de la violación de los deberes de cada uno de los intervinientes. Trasladar este razonamiento, por el principio de equivalencia, a los delitos omisivos impropios permite identificar como autor a quien incumple deberes especiales de carácter principal, es decir, deberes cuya infracción manifiesta su disvalor directamente en el resultado. En cambio, es partícipe el garante que incumple deberes de carácter accesorio, cuya violación manifiesta su disvalor indirectamente en el resultado, pasando por la esfera del tercero responsable.

PALABRAS CLAVE: Concurso de personas. Participación. Auxilio. Omisión impropia. Garantidor.

ABREVIATURAS

APn – Ação Penal

Art. - Artigo

BACEN – Banco Central do Brasil

BGH – Bundesgerichtshof (tribunal alemão análogo ao STJ no Brasil)

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen

CA – Conselho de Administração

Cf. - Conferir

CP – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal Brasileiro

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

ed. – edição

et al. – *et alii*

FS – Festschrift (Estudos em homenagem a)

GA – Goltdammers Archiv für Strafrecht (periódico)

HC – Habeas Corpus

Ibidem – no mesmo lugar

Idem – mesmo autor e mesma obra

InDret - Revista para el Análisis del Derecho (periódico)

Jura – Juristische Ausbildung (periódico)

JZ – Juristenzeitung (periódico)

LK – Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch

NK – Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch

Org. – Organizadores

Passim – Referências, em diversas passagens, sobre o assunto

RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais (periódico)

REC – Revista de Estudos Criminais (periódico)

REsp – Recurso Especial

RICP – Revista do Instituto de Ciências Penais (periódico)

RT – Revista dos Tribunais (periódico)

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

TRF 1 – Tribunal Regional Federal da Primeira Região

v. – volume

Wistra – Wirtschaft und Strafrecht (periódico)

ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (periódico)

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium (periódico)

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (periódico)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA: CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA	17
1.1. Problematização em casos	19
1.1.1. Notas sobre a escolha do caso prático de partida: REsp 1982190/DF	19
1.1.2. Grupo de Controle: casos para estabelecimento de premissas e generalização de critérios	21
1.2. Precisações conceituais acerca da autoria e da participação	23
1.3. Premissas concernentes à omissão imprópria	32
2. PROBLEMAS DA NÃO DIFERENCIAÇÃO ENTRE AUTORES E PARTÍCIPES NOS CRIMES COMETIDOS POR OMISSÃO	39
2.1. Problemas do tratamento unitário das formas de concurso: por que devemos diferenciar autores e partícipes	39
2.2. Tratamento diferenciador na comissão e unitário na omissão? Potencialização dos problemas gerais e irracionalidade	44
2.3. O particular problema da ingerência: a indiferenciação levada às últimas consequências leva ao esvaziamento da participação	47
2.4. Conclusões parciais	52
3. PANORAMA DA DOGMÁTICA SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS NOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS	53
3.1. Posições unitárias	54
3.1.1. Posição que entende que a omissão, em concurso com comissão, é sempre participação: teoria do domínio do fato	55
3.1.2. Posições que entendem que o garantidor é sempre autor	58
a) Compreensão finalista da participação como conceito ontológico	58
b) Teoria dos delitos de infração de dever	61
3.2 Posições diferenciadoras	65
3.2.1 Solução com base na causalidade	66
3.2.2 Solução com base na capacidade físico-real de agir	68
3.2.3. Solução material quantitativa	70
3.2.4 Teorias que diferenciam com base nos grupos de deveres de garante	71
a) Teoria do dever subsidiário de “retirar o auxílio”: a não dificuldade do crime como participação	71
b) Teoria do domínio sobre o fundamento do resultado	74
c) Teoria sistêmica: deveres institucionais e de organização	78
3.2.5 Teorias que diferenciam com base no princípio da equivalência	81
3.2.6 Teoria das normas	83
a) Participação como violação a normas de comportamento	84
b) Participação como objeto de regras de imputação	87
3.3. Breve notícia sobre as discussões concernentes à omissão instigadora	95
3.4. Síntese conclusiva	98
4 PARTICIPAÇÃO OMISSIVA IMPRÓPRIA: CONSTRUÇÃO A PARTIR DE UMA TEORIA DO DEVER	101
4.1 Compreensão normológica da participação omissiva imprópria: criminalização de terceiro nível pela combinação recíproca e cumulativa de cláusulas gerais	101

4.2. Compreensão analítica do auxílio: esforços para delimitar o fundamento e essência caracterizadora da participação	104
4.3. Transposição da compreensão analítica do auxílio para a teoria do dever: diferenciação entre deveres diretos (principais) e indiretos (acessórios)	108
4.3.1. O dever de agir para evitar que coisas perigosas sejam aproveitadas por terceiros autorresponsáveis no cometimento de ilícitos	114
4.3.2. O dever de agir para evitar o cometimento de ilícitos por terceiros autorresponsáveis	115
4.3.3. Normas de comportamento e proposições de necessidade prática: diferença entre ação de salvamento indireta e dever de agir indireto	122
4.4. Precisão dos âmbitos de responsabilidade: observações pertinentes a uma teoria do dever	127
4.4.1. Os deveres do partícipe devem ser genuínos deveres de garantidor: notas sobre as omissões neutras ou cotidianas	128
a) Deveres objetivos de cuidado não se confundem com deveres especiais	130
b) Deveres de asseguramento não se confundem com deveres especiais	131
c) Deveres instrumentais não se confundem com deveres especiais	133
4.4.2. Repercussões do princípio da confiança sobre a divisão de competências	134
a) O papel do princípio da confiança em hipóteses de divisão horizontal de tarefas (especialização)	136
b) O papel do princípio da confiança em hipóteses de divisão vertical de tarefas (delegação)	142
c) Observações acerca da transferência de competências	160
4.5 Antecipando possíveis objeções à proposta	161
4.5.1. Enfrentamento a algumas críticas sobre essa compreensão normológica	161
a) Criminalização de terceiro grau: combinação ou interferência de cláusulas penais?	162
b) Exigência de resultado naturalístico em crimes omissivos impróprios afastaria a possibilidade de uma participação negativa?	164
c) Inutilidade do raciocínio de criminalização de terceiro grau para a participação omissiva imprópria?	166
4.5.2. Enfrentamento a algumas críticas sobre as consequências do critério	167
a) Diferença no tratamento da omissão em contextos naturais e coletivos	168
b) Atenuação de responsabilidades de superiores em relação a subordinados: tratamento mais rigoroso conferido a intermediários do que a membros do topo?	170
4.6 Síntese da proposta: acessoriedade do dever, verificada pela manifestação indireta do desvalor da omissão, como critério diagnóstico distintivo para a omissão do garantidor equivalente à participação comissiva.	172
5. RESOLUÇÃO DOS CASOS	178
5.1. Aplicação aos casos do grupo de controle: fixando premissas	179
5.2. Aplicação ao caso de partida	190
CONCLUSÃO	194
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

INTRODUÇÃO

Imagine-se o seguinte caso: ansiosa para o nascimento de seu primeiro filho, uma gestante contrata uma médica obstetra para acompanhar o seu pré-natal e prestar assistência médica no parto domiciliar planejado de seu filho. Quando chega o tão esperado dia, a médica leva horas para se encaminhar até a residência da parturiente, mesmo após inúmeros contatos. Sabendo que a gestação era de risco (parto pélvico) e consciente de seu atraso, a médica telefona, de última hora, para uma enfermeira que comumente lhe assistia em partos mais complicados, para lhe assistir no procedimento. A equipe chega à residência da parturiente, onde a médica realiza as complexas manobras para a extração do bebê e, em seguida, a sua reanimação. Devido à condição de risco do parto, o bebê permaneceu sem a oxigenação devida. Quando iniciado o atendimento, embora as complicações fossem previsíveis (asfixia perinatal decorrente da demora no expulsivo do parto pélvico), o quadro já havia se agravado, de modo que, após os procedimentos de parto e reanimação do bebê, permanecia a situação de perigo para a criança, exigindo sua avaliação pediátrica e estabilização clínica. Tanto a médica quanto a enfermeira sabiam que a estabilização (com a cateterização da veia umbilical, hidratação venosa, intubação e suporte ventilatório adequado) ao longo da primeira hora após os fatos reduziria expressivamente as chances de mortalidade e de lesões. Contudo, em lugar de encaminhar o bebê, junto à mãe, para um hospital, a criança foi mantida em casa, sob supervisão das profissionais. Somente após quase dez horas do parto, ambas encaminham o bebê para um hospital, sendo necessária a internação na UTI pediátrica. Em razão da demora, foram diagnosticadas sequelas permanentes que poderiam ter sido evitadas caso o bebê tivesse sido encaminhado para imediato tratamento de seu grave quadro clínico.

Diante dos fatos ocorridos no caso que inspira a narrativa apresentada, a médica e a enfermeira foram denunciadas e, então, condenadas, a título de omissão imprópria, pelo crime descrito no art. 129, § 1º, II e III, do CP (lesão corporal de natureza grave, da qual resulta perigo para a vida e debilidade permanente de membro, sentido ou função), recebendo punição idêntica: pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão¹.

¹ O caso é inspirado em: BRASIL. TJDF. 1ª Vara Criminal de Taguatinga. Ação Penal autos nº 2015.07.1.0012554-2. Juiz de Direito Tiago Fontes Moretto. J. 25/01/2019. Em sede de apelação, foram mantidas as condenações, tendo sido revisados apenas os patamares de aumento de pena, culminando em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. BRASIL. TJDF. 2ª Turma Criminal. Apelação criminal n.

O tratamento indiferenciado entre as omitentes leva a uma série de questionamentos. Enquanto a médica obstetra, conhecendo as condições da gestante, acompanhou todo o pré-natal, tomou todas as decisões referentes ao parto e assumiu fática e originariamente a proteção da gestante e do bebê, a enfermeira só conheceu a gestante no momento do parto, ao chegar em sua residência — quando esta já estava em trabalho de parto —, atuando durante a reanimação e nos cuidados do bebê, protagonizados pela médica. A enfermeira permaneceu no local ao longo do dia, acompanhando o bebê e cumprindo os protocolos estabelecidos pela médica obstetra, dentro da específica esfera de competências auxiliares que lhe foram atribuídas. Embora tenha acompanhado o quadro de falta de ar e risco do bebê, a enfermeira seguiu o protocolo estabelecido pela médica, sem questioná-la e não adotando medidas para a sua transferência hospitalar².

O caso enseja algumas indagações: a enfermeira é figura central do acontecer típico da mesma forma que a obstetra? Não deveria ser diferenciado o tratamento atribuído a cada uma delas? Afinal, caso se reconheça o papel acessório da enfermeira, considerando-a partícipe, seria possível — para não dizer necessária — a aplicação da causa de diminuição da participação de menor importância; sua pena poderia passar por uma redução de 7 (sete) meses (1/6 da pena) até 1 (um) ano e 2 (dois) meses (1/3 da pena), um impacto relevante, portanto³.

0012319-85.2015.8.07.0007. Des. Rel. Roberval Casemiro Belinati. J. 11/03/2021. No STJ, foi mantida a condenação das réas, tendo sido revisada a dosimetria das penas. Para as profissionais, não foram decotadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e tampouco das agravantes aplicadas, mas houve redução do *quantum* de aumento atribuído a cada uma delas, fixando-se a pena de dois anos de reclusão. Não foram reconhecidas atenuantes ou causas de diminuição. BRASIL. STJ. REsp 1982190/DF. Decisão monocrática Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1). J. 15/08/2022. DJe 29/08/2022.

² Merece destaque o seguinte trecho da sentença, substituindo-se a identificação direta dos envolvidos: “O argumento da Defesa [da enfermeira] de que a assistência por ela prestada ao menor não possui qualquer nexo causal com o resultado asfixia não pode ser aceito. Ainda que se reconheça que [a enfermeira] não contribuiu para que o parto [do bebê] tivesse sido realizado sem a assistência da equipe, não se pode olvidar que ela participou efetivamente das duas condutas subsequentes que contribuíram para o resultado das lesões causadas no bebê. Como já explicitado, [a enfermeira], mesmo ciente das péssimas condições de nascimento do recém-nascido, que estava em dificuldade respiratória provocada pela asfixia perinatal e que apresentou “índice Apgar 2/2”, foi conivente com [a médica obstetra] e permaneceu com o paciente na residência dos pais, sem a assistência especializada e o suporte de uma UTI Neonatal por mais de 9h (nove horas).” BRASIL. TJDFT. 1ª Vara Criminal de Taguatinga. Ação Penal autos nº 2015.07.1.0012554-2. Juiz de Direito Tiago Fontes Moretto. J. 25/01/2019.

³ Conforme a pena aplicada, tal diminuição pode ser determinante para a fixação de um regime de cumprimento menos gravoso ao mudar o patamar de pena a ser cumprido (na forma do art. 33, § 2º do CP: penas superiores a oito anos, regime fechado; não reincidente condenado a pena superior a quatro que não excede oito anos, regime semiaberto; não reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, regime aberto) para a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (na forma do art. 44 do CP, possível em crimes dolosos quando não reincidente o réu e aplicada uma pena não superior a quatro anos em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa). Do mesmo modo, pode

Esse cenário suscita outros questionamentos: em crimes inseridos em contextos complexos e coletivos, é justo e racional atribuir a mesma responsabilidade para todos os envolvidos, independentemente de qual a sua contribuição para os fatos? O ordenamento admite esse tratamento unitário ou impõe a diferenciação entre os intervenientes? A diferenciação ocorre apenas na divisão de funções nos crimes comissivos ou também é possível diferenciar as formas de participação na omissão? O garantidor seria mesmo sempre autor?

O conjunto de indagações culmina no seguinte problema: seria possível diferenciar as formas de autoria e participação entre garantidores omitentes? Se sim, sob quais critérios?



As inquietações suscitadas pelo caso acima explicitado dizem respeito ao *concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios*, particularmente à diferenciação, entre os omitentes garantidores, de autores e de partícipes. Trata-se de um tema desafiador para a dogmática penal clássica, que toma por arquétipo referência para a sua construção a realização dos tipos penais por um autor de forma isolada e individual, por meio de um comportamento comissivo⁴. A questão revela toda a sua complexidade na medida em que requer pensar a dogmática não apenas aplicada a contextos coletivos como também, e simultaneamente, a comportamentos omissivos. Não por outra razão, considera-se “a delimitação entre autoria e participação nas omissões representa atualmente o âmbito menos esclarecido da teoria da participação”⁵ e também um dos mais difíceis problemas da dogmática⁶.

viabilizar a suspensão condicional da pena (na forma do art. 77 do CP, possível em hipóteses de execução de pena não superior a dois anos para condenados não reincidentes em crimes dolosos cujas circunstâncias judiciais da pena autorizem a concessão do benefício).

⁴ ESTELLITA, Heloisa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770>. Acesso em: 17 mar. 2024; STRATENWERTH, Günther. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. In: GALLAS, Wilhelm; BOCKELMANN, Paul (org.). *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Scientia Verlag Aalen, 1961. p. 383-400. p. 384.

⁵ Tradução livre do seguinte excerto original: “*la delimitación entre autoría y participación en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación*”. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 742.

⁶ LÜDERSEN, Klaus. Der Typus des Teilnehmertatbestandes. In: KÜHNE, Hans-Heiner (org.). *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 463.

O tema é objeto de amplo debate no cenário internacional — especialmente na doutrina espanhola e alemã —, com reconhecível tendência à adoção de critérios diferenciadores nos delitos omissivos impróprios⁷. Não obstante esses expressivos debates, as pesquisas brasileiras ainda não desenvolveram a questão, permanecendo um firme posicionamento unitário em se tratando de crimes omissivos impróprios⁸. Essa ausência de diferenciação entre as formas de concurso na omissão imprópria origina diversas dificuldades.

Adotar um modelo unitário na omissão imprópria ou enseja uma lacuna de punibilidade — a omissão do garantidor que não equivale ao cometimento dos tipos penais pelo autor, mas apenas à participação, é impune —, ou exige a interpretação extensiva dos limites do tipo penal para que se possa responsabilizar como autores os intervenientes cuja omissão não corresponde à autoria, mas à mera participação. O tratamento extensivo acarreta, então, a sobrevaloração do aporte do omitente, afastando-

⁷ Cf. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc/Mes 1, p. 187-264, 1995. *passim*; LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 332 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 120 e ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. *passim*; SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 279 *et seq.*; JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 55-56; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 802 e ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 215 e ss.; e LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, 2017. *passim*.

⁸ Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 84 e ss.; CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 405 e ss.; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 839. De modo semelhante, ESTHER FERRAZ reconhece apenas a possibilidade de participação ativa em delitos omissivos, mas não a participação negativa (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquencia no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 138 e ss.). Destaca-se que, nos crimes comuns de resultado, por comissão ativa, a doutrina brasileira vem caminhando pela entusiástica defesa de um critério diferenciador sustentado pelos mesmos autores retromencionados, aos quais se somam: GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; *et al.* (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. *passim*; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. *passim*; entre outros.

se a possibilidade de aplicação da causa de diminuição da participação de menor importância.

Como se verá, a mais grave consequência da posição unitária na omissão imprópria talvez seja o esvaziamento que essa posição acarreta para a própria participação — inclusive ativa — nos casos de ingerência. Levada às últimas consequências, a posição unitária leva à impossibilidade de configuração de toda e qualquer participação, que será sempre subvertida como hipótese de ingerência. Afinal, a contribuição do auxiliador (entregar uma arma) para o autor do delito cria um risco de ocorrência do resultado e é seguida de uma omissão em impedir que esse risco se materialize no resultado (retomar a arma). Caso, contudo, se reconheça a participação omissiva imprópria, o problema pode ser resolvido sem maiores dificuldades a partir do concurso aparente de normas.

Diante desses problemas e tendo em vista os avanços do debate no cenário internacional e as diversas críticas à posição unitária, torna-se importante repensar o sistema atualmente adotado no Brasil⁹. Questiona-se, então, a viabilidade de se assumir um critério diferenciador também nos crimes omissivos impróprios no Direito Penal brasileiro, a fim de estabelecer os fundamentos e os limites da participação omissiva imprópria, os quais possibilitem a adequada e proporcional individualização das diferentes formas de violação a bens jurídicos. Assim, o problema que inspira o trabalho proposto pode ser resumido na seguinte indagação: qual o critério para a diferenciação entre autoria e participação nos delitos por omissão imprópria?

1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA: CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

Antes de adentrar no tema, alguns esclarecimentos fazem-se necessários. Na medida em que se indaga acerca da possibilidade de diferenciação entre autores e partícipes nos crimes omissivos impróprios, o presente trabalho versa sobre o concurso

⁹ A questão é ainda particularmente relevante caso se considere que a complexidade da organização da sociedade amplia a manifestação dos riscos penais em contextos coletivos, marcados pela divisão de tarefas e funções para a realização de atividades socioeconômicas, ao que se soma o recurso crescente à omissão imprópria como estratégia de responsabilização criminal. Nesse sentido, ALEXIS DE BRITO e JOÃO VICTOR DE MORAIS apontam para uma progressão de 650% no número de casos de crimes omissivos impróprios em decisões colegiadas do STJ e do STF da década de 1980 a 2010. BRITO, Alexis Couto de; MORAIS, João Victor Macêdo de. A omissão imprópria nos tribunais superiores. In: BRITO, Alexis Couto de; MARTINS, Fernanda Rocha (org.). *A dogmática penal e os tribunais superiores*. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 113.

omissivo de pessoas, mais precisamente sobre a participação omissiva imprópria. Assim, é preciso, de pronto, chamar a atenção para a relevante distinção entre participação (ativa) *na* omissão e participação (negativa) *por* omissão e, portanto, participação omissiva¹⁰. Nos casos de participação ativa *na* omissão, o partícipe instiga ou auxilia, comissivamente, o crime principal do autor, que o comete na forma omissiva imprópria:

Caso exemplificativo 1: pai “P” e amigo “A” veem a criança “C”, filha de “P”, afogando-se. “A” dissuade “P”, que estava disposto a socorrer sua filha, de prestar socorro¹¹.

Caso exemplificativo 2: auditor “A” fornece laudo de estabilidade de barragem fraudulento que possibilita e favorece a omissão imprópria dolosa de dirigentes sobre a estabilidade da construção.

Nesses casos, os problemas de omissão são questões discutidas no âmbito da autoria e não dizem respeito ao concurso de pessoas. A identificação de autores e partícipes não levanta um desafio especial, mas resolve-se pelos critérios usuais da dogmática penal. Em ambos os exemplos, “A” realiza uma conduta acessória comissiva, que favorece ativamente a omissão imprópria dos autores dos delitos. O delito principal é uma omissão imprópria que se acoplará à participação ativa de “A” (arts. 29 e 31, acoplados ao art. 13, §2º combinado com o art. 121 do CP).

A questão se torna de fato intrincada quando a contribuição do interveniente é, ela mesma, omissiva – quer tenha sido prestada em um delito comissivo ou omissivo (e.g. um médico residente, observando a omissão por parte do médico cirurgião na adoção de procedimentos necessários para evitar infecções de um paciente, permanece inerte; e.g. um dirigente observa impassível seu subordinado oferecendo propina para que um funcionário público acelere uma licença ambiental). Nesses casos, a própria participação manifesta-se por omissão (art. 13, § 2º combinado com o art. 29 e 31, acoplados ao artigo que descreve o crime principal), ensejando os questionamentos acerca de sua viabilidade, de seus pressupostos e de seus limites.

¹⁰ Vale-se dos termos participação positiva para indicar uma participação mediante ação e participação negativa para indicar a participação mediante omissão, com a violação de um dever especial: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 11 a 27. v. I. T. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 404.

¹¹ Adaptação de caso atribuído a ARZT, por SOWADA, Christoph. *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*. *Jura*, caderno 8, p. 399-410, 1986. p. 399.

A discussão acerca de um conceito diferenciador ou unitário nos crimes omissivos impróprios diz respeito, portanto, à participação *por* omissão, ou seja, a participação omissiva imprópria. Diante de um resultado delitivo em contexto coletivo envolvendo a omissão de um garantidor, questiona-se: é possível falar em participação omissiva imprópria? Entre garantidores omitentes, é possível diferenciar entre autores e partícipes? Quando o garantidor omitente é autor? Quando partícipe? Essas são as questões que se buscam responder no presente trabalho.

1.1. Problematização em casos

Para a melhor compreensão das indagações que inspiram este trabalho, adota-se a técnica do pensamento orientado a problemas, com a elaboração de casos a serem cotejados ao longo do desenvolvimento e resolvidos ao final¹². Essa técnica permite aproximar a teoria da prática, evidenciando a relevância concreta do estudo e evitando o excesso de abstração, ainda que as narrativas sejam elaboradas de modo simplificado. Ademais, a técnica possibilita testar o rendimento das construções propostas, contribuindo para reflexões sobre suas implicações pragmáticas, em um avanço gradual de fixação de critérios e de premissas.

Abre-se o trabalho com um caso de partida — cuja justificativa para a escolha será apresentada abaixo (1.1.1) — acrescido de um conjunto de casos doravante denominado “grupo de controle” (abaixo, 1.1.2). Trata-se de casos simples e objetivos, que buscam tornar evidentes os problemas aqui enfrentados, consolidando as premissas de forma paulatina.

1.1.1. Notas sobre a escolha do caso prático de partida: REsp 1982190/DF

¹² Cf. VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p.196-201; ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito*: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211 e ss.; WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 184-196 e HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 83 e ss.

Para aplicação e testagem da tese, parte-se de um caso marcante discutido no Superior Tribunal de Justiça sob o REsp 1982190/DF¹³, que permite compreender a dimensão e os desafios do problema. Trata-se de uma situação recente de omissão imprópria em contexto de divisão de tarefas médicas (Direito Penal da Medicina¹⁴), envolvendo as personagens de uma médica e uma enfermeira, na qual foi conferido um questionável tratamento unitário às envolvidas, demonstrando a atualidade e a pertinência do problema.

As questões relativas ao concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios podem ser aplicadas ao referido caso de partida, examinando-se os limites do princípio da confiança (a delegação de funções à enfermeira, que assume parte dos cuidados sobre a criança e as repercussões dessa decisão), a identificação e a delimitação da posição de garantidor de cada uma das envolvidas (a médica e a enfermeira eram garantidoras? Quais os efetivos compromissos assumidos por cada uma delas?) e os critérios para diferenciação entre os concorrentes (as omitentes são igualmente autoras? Pode-se identificar omissão principal e acessória? Sob quais critérios?)¹⁵.

Essa escolha justifica-se especialmente por colocar em evidência a relação de acessoriedade da enfermeira e da doula em face da figura central da médica obstetra, o que permite testar e analisar as nuances dos crimes em contextos coletivos. É crescente a tendência na área médica de uma coincidência de funções entre diferentes atores, com

¹³ BRASIL. STJ. REsp 1982190/DF. Decisão monocrática Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1). J. 15/08/2022. DJe 29/08/2022.

¹⁴ Terminologia conforme SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020; HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019; SANTIN, Janice. *Dever de esclarecimento médico no Direito Penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 34 e ss.

¹⁵ A divisão de trabalho no âmbito das atividades médico-hospitalares tem sido palco de amplos debates envolvendo o princípio da confiança, a posição de garantidor e a autoria, não tendo, contudo, sido enfrentado o tema da participação. Destacam-se como representativos do debate até aqui: BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, nº 38, abr.-jun. 2002; ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 195-218; FIDALGO, Sônia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 219-234; FIDALGO, Sônia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* (CIADS), v. 9 nº 1, jan.-mar., 2020; SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 205 e ss; STRATENWERTH, Günther. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. In: GALLAS, Wilhelm; BOCKELMANN, Paul (org.). *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Scientia Verlag Aalen, 1961. p. 383-400.

divisão de competências individuais autonomizadas¹⁶. No caso, contudo, a enfermeira foi contatada pela própria médica para que assumisse função acessória no parto, auxiliando-a nos cuidados com a mãe e com o bebê. Ela não exerceu, portanto, função de enfermeira obstetra, mas assumiu especificamente deveres acessórios de proteção, com autonomia apenas na medida do ato da delegação.

Observe-se que nenhuma das decisões judiciais proferidas no curso do respectivo processo judicial se aprofundou nos debates acerca dos pressupostos, fundamentos e limites do crime omissivo impróprio, tendo sido apenas feita a atribuição de responsabilidade nesses termos, sem maiores debates. O concurso de pessoas em momento algum é mencionado, discutido ou reconhecido.

Por fim, vale observar que a escolha de um caso de Direito Penal da Medicina oferece, ainda, um interessante ponto de inflexão: o teste moral para a sustentação da tese aqui defendida. Casos dessa natureza versam sobre bens jurídicos vulneráveis, trazendo à tona problemas sensíveis concernentes à vida, à integridade física, à autonomia e à liberdade dos pacientes¹⁷, bem como ensejam uma maior provocação moral por envolverem valores pessoais – o que, contudo, não deve atingir ou prejudicar a solução se racional e coerentemente proposta.

1.1.2. Grupo de Controle: casos para estabelecimento de premissas e generalização de critérios

Caso 1: Pai “P” e amigo “A” observam impassíveis enquanto a criança “C”, filha de “P”, se afoga e morre.

¹⁶ Assim, por exemplo, o tradicional caso de divisão de tarefas entre o cirurgião e o anestesista, objeto constante dos debates jurídicos. Como nota NILO BATISTA, a figura do anestesista vem recebendo, a cada dia mais, um tratamento autônomo, não mais como mero colaborador acessório ao cirurgião, mas como responsável por um próprio e independente âmbito de responsabilidades (BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, n. 38, abr.-jun. 2002. p. 286). Do mesmo modo é considerada a figura dos profissionais da enfermagem, não mais vista como subordinada aos profissionais médicos, tendo adquirido autonomia no escopo de atuação.

¹⁷ ERIC HILGENDORF chama a atenção para o fato de que o Direito Penal da Medicina apresenta algumas desafiantes peculiaridades. Confronta-se com novas dificuldades por estar inserido em um plano de rápido progresso, sendo impactado por aspectos concernentes a direitos fundamentais, questões que se somam para acarretar um cenário de grave insegurança jurídica. Essas circunstâncias explicam a realidade na qual os “profissionais da saúde muitas vezes se movem nos limites jurídicos”. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 33-34.

Caso 1 – variante: um salva-vidas também estava à beira da piscina, no exercício de sua função, e nada fez¹⁸.

Caso 2: Pai “P” e amigo “A” veem a criança “C”, filha de “P”, afogando-se. “A” dissuade “P”, que estava disposto a socorrer sua filha, de prestar socorro. Os dois observam, impassíveis, o afogamento e morte de “C”¹⁹.

Caso 3: Pai “P” observa impassível enquanto um terceiro espanca a criança “C”, filha de “P”²⁰.

Caso 4: “B”, bioquímico de um laboratório e responsável por manter um produto venenoso fora do alcance de terceiros permanece inerte enquanto um terceiro pega o veneno e o utiliza para matar um desafeto²¹.

Caso 5: Por três vezes consecutivas, a instituição financeira Banco “A” apresentou ao Banco Central do Brasil (BACEN) demonstrativos financeiros contendo informações falsas que escondiam a sua real situação financeira. A inserção das informações falsas foi executada por um gerente de contabilidade, que se encontrava sob supervisão do diretor financeiro. O diretor financeiro, o diretor internacional e um dos membros do Conselho de Administração tomaram ciência dos fatos, acidentalmente, logo após a primeira prestação de informações

¹⁸ Caso adaptado a partir das formulações de JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 969 e de HAAS, Volker. *Die Beteiligung durch Unterlassen*. ZIS, 5, p. 392-397, 2011. p. 395.

¹⁹ Adaptação de caso atribuído a ARZT, por SOWADA, Christoph. *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*. Jura, caderno 8, p. 399-410, 1986. p. 399. Outro caso de participação ativa de um não garante em crime omissivo impróprio (instigação *na* omissão) é apresentado por SOWADA, Christoph. *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*. Jura, caderno 8, p. 399-410, 1986. p. 400, elaborado com base na decisão BGHSt. 7, 287. Trata-se de um caso de ingerência em que “A” e “B”, ladrões, estão voltando para casa “do trabalho”; o porta-malas do carro deles está cheio de produtos roubados. Para fugir o mais rápido possível, “A”, que é o condutor, dirige em velocidade excessiva na estrada e, por descuido, atinge o ciclista “R”. Não obstante a possibilidade de salvamento, “B” convence “A” a continuar dirigindo imediatamente “porque é melhor que o ciclista esteja morto do que eles nos pegarem”. “A” então acelera, abandonando o ciclista que vem então a falecer.

²⁰ Caso formulado por ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85.

²¹ Adaptação de um caso formulado por TOYOTA, Motoko. *Beteiligung bei Unterlassungsdleikten*. Ritsumeiken Law Review, nº 28, jun. 2011.

falsas, todavia nada fizeram para evitar as ulteriores práticas, que se ajustam ao tipo penal descrito no art. 6º da Lei n.º 7.492/1986.²²

Caso 6: “X” paga a “Y” para que mate “Z”, ficando impassível até o resultado morte de “Z”²³.

1.2. Precisações conceituais acerca da autoria e da participação

A pesquisa parte da premissa de que o ordenamento jurídico penal brasileiro não é refratário à adoção de um critério diferenciador no concurso de pessoas, sendo não apenas possível²⁴, mas obrigatório²⁵ adotar uma interpretação diferenciadora, que concilie as normas penais dispostas no Código Penal com os princípios que regem o Direito Penal brasileiro²⁶.

²² Adaptação de um caso formulado por HELOISA ESTELLITA em: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 30.

²³ Caso inspirado nos fatos objeto de julgamento pelo STF no Habeas Corpus n.º 89.671-5/RJ, em que o instigador — nos termos do acórdão, o “mandante” — que pagou pela execução de um crime de homicídio foi considerado não apenas instigador em momento prévio à execução, como simultaneamente partícipe por omissão na execução do delito, por ter se mantido inerte após criar o risco de realização do resultado. BRASIL. STF. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 89.671-5/RJ. Rel. Min. Eros Grau. J. 28/11/2006. D.J. 16/02/2007.

²⁴ Cf. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; *et al.*. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 80; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 45 e ss.; ESTELLITA, Heloisa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2019. p. 4.; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 349.

²⁵ Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128; OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 144 e ss.

²⁶ Por um lado, o Código Penal brasileiro não deixou evidente a opção pela diferenciação, por deixar de apresentar a conceituação das formas de concurso e por empregar de modo impreciso e coloquial os termos “participação” e “participar” (e.g. art. 29, § 2, art. 137, art. 183, II, art. 197, II, art. 199, art. 200, art. 216-B, art. 247 II, art. 288 parágrafo único, art. 337-M, § 2º e art. 359-I, todos do CP). Não obstante, há um emprego mais técnico dos termos que denotam as diferentes formas de concurso, sugerindo a sua diferenciação no art. 31 do CP. Também em seu art. 62, inciso IV, o Código, ao tratar da distribuição de penas, diferencia a figura daquele que executa o crime e daquele que nele participa (Ibidem. p. 139). Ademais, um olhar sistemático para o ordenamento brasileiro permite corroborar a adoção de um modelo diferenciador, pois, ao versar sobre a prova, o Código de Processo Penal identifica separadamente as formas de concurso ao exigir provas de autoria ou de participação (arts. 413, 413 § 1º, 414, 415, 417, 483, II, todos do CPP); a lei das organizações criminosas, ao tratar das colaborações premiadas, estabelece como resultado da colaboração a identificação “dos demais coautores e partícipes” (art. 4º, I, da Lei n.º 12.850/13).

Segundo a concepção adotada, os tipos penais descrevem comportamentos²⁷, e não apenas resultados, a serem atribuídos aos concorrentes. Dessa forma, para além da causalidade, é necessária a subsunção da conduta aos elementos objetivos e subjetivos do tipo. Assim, tomando a legalidade como horizonte fundamental, entende-se que “a autoria de um delito pode significar, apenas, a realização do fato punível na própria pessoa”²⁸. A autoria direta, na qualidade de realização da ação descrita no tipo penal, não oferece maiores desafios e configura-se diante de comportamentos que se subsomem diretamente aos tipos penais descritivos dos crimes em espécie, satisfazendo todas as suas elementares. Contudo, as formas de intervenção no delito que extrapolam a execução individual e imediata do comportamento descrito pelos tipos penais que descrevem crimes em espécie, em atenção ao princípio da reserva legal, exigem uma previsão legislativa adicional: uma cláusula geral de extensão da punibilidade que permita a punição desses comportamentos²⁹.

E justamente nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro não se limitou à previsão dos tipos penais que descrevem os crimes em espécie, mas estabeleceu a punibilidade daqueles que de qualquer modo concorrem para o crime, sendo esses modos definidos no art. 31: a coautoria (“ajuste”), a autoria mediata (“determinação”) e os tipos de participação (“instigação” e “auxílio”)³⁰.

²⁷ Assim, a conduta humana é entendida como o objeto das normas penais: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 51. LUÍS GRECO e ADRIANO TEIXEIRA consideram essa uma das grandes contribuições do finalismo para a dogmática penal. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53.

²⁸ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 126.

²⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil*: Lehrbuch. Tübingen: Mohr, 1970. p. 423.

³⁰ Há uma grave ausência de clareza terminológica no tratamento das formas de participação no Brasil. Evitando adentrar na celeuma terminológica, consigna-se, apenas em nota, para satisfazer ao leitor curioso, que foi adotada a posição segundo a qual existem duas formas de participação: o *auxílio* e a *instigação*. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 254; BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 2008, p. 157. Parte da doutrina opta por dividir as formas de participação em três: induzimento (ou determinação), instigação (*stricto sensu*) e auxílio. Um dos motivos para tanto é o art. 122 do CP, que criminaliza a conduta de “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”. Sob tal abordagem, o comportamento de fazer nascer na mente de terceiro a ideia de cometer o crime é denominado induzimento e, em contrapartida, denomina-se instigação em sentido estrito o comportamento de reforçar uma ideia pré-existente. Assim: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1. t. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 412; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 14ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 618; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM,

A partir dessa premissa, a investigação adota como marco teórico a concepção de um injusto autônomo da participação de EBERHARD SCHMIDHÄUSER, reconhecendo que autor e partícipe violam normas de comportamento distintas³¹. Apesar de autor e partícipe estarem vinculados ao fato objetivado por uma relação de pertencimento³², o comportamento de cada um deles deve ser observado de forma individualizada, conforme o teor do injusto representado pela conduta de cada um. Embora não se subsuma diretamente aos tipos penais que descrevem os crimes em espécie, a participação é compreendida por um tipo penal autônomo, resultante da combinação de cláusulas gerais de extensão da punibilidade presentes na Parte Geral do Código Penal, com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie (a título de exemplo: no caso de homicídio,

Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 704; RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 75; BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 274. Essa concepção deve ser afastada, por ampliar desnecessariamente a complexidade terminológica. Além disso, fundamenta-se no texto de um tipo penal específico, em detrimento das formas de participação efetivamente descritas no art. 31 do CP, que, sistematicamente, direciona-se à formulação do rol taxativo de formas de participação.

³¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. Tübingen: Mohr, 1970. p. 396 e ss. De modo semelhante: NITZE, Paul. *Die Bedeutung der Entsprechenklausel beim Begehen durch Unterlassen (§13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 157; STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 98; BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. V. II. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 247; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 5ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2008. p. 434; RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. JOACHIM RENZIOWSKI, MARCELO SANCINETTI, de modo semelhante, também reconhecem um tipo penal autônomo da participação, embora considerem tratar-se de um crime de perigo, sujeito a uma condição objetiva de punibilidade. RENZIOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 152; SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito próprio de participar em el hecho ajeno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. No Brasil, essa posição foi adotada por OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. KLAUS LÜDERSEN é também um notório defensor da autonomia do tipo penal da participação, mas considera tratar-se de um problema de Parte Especial, a ser densificado a partir da interpretação individual dos delitos e de um raciocínio orientado a problemas (Tópica). LÜDERSEN, Klaus. Der Typus des Teilnehmertatbestandes. In: KÜHNE, Hans-Heiner (org). *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 464. De modo aproximado e alcançando resultados semelhantes, mencione-se os adeptos da teoria das normas que trabalham a participação como um tipo de imputação, ou seja, um problema adscritivo, reforçando o aporte conceitual da descrição contida na lei para melhor delimitação das formas de participação: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 125 e ss.; MAÑALICH, Juan Pablo. ¿Presupone la applicatio legis ad factum una imputatio facti? *CRIMINT – Revista en Letra Derecho Penal, Enfoques penales*, p. 22-26, mar. 2018; MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na comparticipação: a distinção entre autoria mediata e instigação a partir de um conceito restritivo de facto*. Lisboa: Âncora Editora, 2022.

³² A vinculação do partícipe ao fato pode ser observada também na etimologia da palavra “complicidade”. Conforme indica FRANCESCO CARRARA, em suas origens, por “complex”, expressão da baixa latinidade, empregada para nomear o complicado ou implicado no delito consumado por outro. CARRARA, Francisco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado en la fuerza física del delito*. Trad. D. Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1877.

combinam-se os arts. 29, 31 e 121 do CP³³, conformando os seguintes tipos: “instigar um indivíduo a matar alguém” e “auxiliar um indivíduo a matar alguém”; no caso de lesão corporal, combinam-se os arts. 29, 31 e 129 do CP, conformando os seguintes tipos: “instigar um indivíduo a ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” e “auxiliar um indivíduo a ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”).

Na acepção da lei, portanto, a participação consiste no concurso para o fato principal, na forma do auxílio ou da instigação, conformando um ataque autônomo, embora indireto, ao bem jurídico protegido³⁴. Com essa especial técnica legislativa, os bens jurídicos estão protegidos também em face dos partícipes. Em outros termos, embora o delito de participação se diferencie da autoria pelo conteúdo do tipo penal e pela técnica legislativa adotada para a sua tipificação, não deixa de expressar o fim do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos³⁵. A participação é, portanto, um injusto culpável, do mesmo modo que a autoria³⁶. Com isso, confere-se relevo ao aspecto individual do comportamento do partícipe, sem perder de vista sua inserção em um fato coletivo. Afinal, ainda que compreendida como um injusto individual, a participação tem por referência um fato típico principal como seu resultado. A perfectibilização do injusto do partícipe em um perigo ou em uma lesão a um bem jurídico dependerá, portanto, do início da execução do fato principal, momento em que se manifesta a ofensividade da contribuição acessória para o bem jurídico.

³³ Nesse sentido, BETTIOL dispunha que “o ato do partícipe, embora sendo um ato típico, não o é em virtude da norma principal que incrimina a atividade do autor, mas em razão da norma sobre participação prevista na parte geral do Código” BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. V. II. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 247.

³⁴ “Eine Teilnahme im Sinne des Gesetzes kann nur vorliegen, wenn der Teilnehmer ein auch ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzt”. SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. “Vor §§ 26, 27”. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLÜCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (org.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021. p. 845. Os argumentos usualmente apresentados em reforço à posição são: a) impunidade do agente provocador; b) a ausência de participação em delito cometido contra bem jurídico próprio; e c) os requisitos de imputação objetiva, que requer a criação ou o incremento de um risco proibido para a punibilidade de comportamentos. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 206 e ss, p. 287 e ss.; SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil*: Lehrbuch. Tübingen: Mohr, 1970. p. 398 e ss. No Brasil: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁵ Op. cit. p. 398.

³⁶ Ibidem p. 429.

O *auxílio*³⁷ é a prestação de ajuda para o autor, que manifesta inequívoca utilidade delitiva, vinculando o partícipe ao fato³⁸, podendo ser material ou psíquico³⁹, encontrando-se sob esta última hipótese o reforço à resolução do feito⁴⁰. Note-se que, conforme exposto até aqui, toda participação é uma violação a uma norma de comportamento, tem desvalor autônomo e deve manifestar-se como contribuição necessária para o fato principal, embora não configure a realização do tipo penal que descreve crimes em espécie. Assim, contribuições insignificantes, desnecessárias ou ubíquas sequer alcançam o status de participação e devem ser reconhecidas como atípicas ainda quando analisada a imputação.

A *instigação* consiste em determinar outrem à prática de um crime⁴¹, mais especificamente na criação da resolução criminosa no autor, como razão operativa para prática do delito⁴². Densifica-se o que caracteriza a instigação conceitualmente como o estabelecimento de um vínculo normativo entre o autor e o instigador, havendo uma restrição da liberdade do autor, voluntária ou imposta, em função de uma razão normativa para a prática do crime (e.g. promessa, acordo, pedido, ordem e coação)⁴³.

³⁷ Para maior precisão terminológica, o termo “auxílio” é empregado no lugar de “cumplicidade”. A expressão cumplicidade é recorrentemente empregada em trabalhos sobre o concurso de agentes, tendo sido utilizada no CP de 1890, que estabelecia em seu art. 17 como “agentes do crime” os autores e os cúmplices. O termo era também utilizado no CP do Império (1830), indicando todo e qualquer concorrente. “Cumplicidade” também foi empregada nas traduções brasileiras de textos alemães para o termo *Beihilfe*. No entanto, faz-se aqui a opção pelo uso do termo atualmente utilizado na legislação brasileira como a palavra da qual se deve partir para buscar a delimitação e densificação dessa forma de participação. Entende-se que as normas devem fornecer a base deontológica para a compreensão das categorias penais e que os termos utilizados na lei permitem conferir precisão e estabelecer limites por meio de sua adequada conceituação e da identificação de seu sentido literal possível. Assim, a precisão dos termos é decisiva, optando-se pelo emprego da palavra “auxílio” em respeito à diferenciação das formas de participação adotadas pela atual redação do texto brasileiro. Chamam a atenção para essa opção BEATRIZ CAMARGO e BRUNO MOURA na tradução do texto: KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. *RBCCrim*, nº 108, p. 127-148, 2014.

³⁸ A ideia foi desenvolvida em outra obra: BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível*: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 172 e ss.

³⁹ Sob esta última forma, o reforço à resolução pré-existente de realização do feito pelo autor direto (instigação em sentido estrito).

⁴⁰ Como visto, no Brasil, dentro do caos terminológico que circunda o concurso de pessoas, tornou-se usual chamar tal forma de auxílio de “instigação *stricto sensu*”.

⁴¹ BRUNO, Anibal. *Direito Penal*: parte geral. T. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 179. No mesmo sentido: DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356. Destaca-se: “A instigação é a forma intelectual de participação. Instigador é aquele que determina outrem à prática de um crime. Essa outra pessoa deve ser penalmente capaz. [...] A instigação pode revelar-se através do mandato, conselho, comando ou ameaça.” (Ibidem, p. 52)

⁴² CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas*: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁴³ Idem, 2022. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 141.

Excurso – panorama das teorias diferenciadoras para o concurso de pessoas

Diferentes teorias foram formuladas para a diferenciação entre autores e partícipes⁴⁴.

A concepção clássica partia da ideia de que a realização do tipo e, portanto, a autoria, seria a causação de um resultado. Essa solução, fundamentada na teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), proporcionava uma expansão demasiada dos limites dos tipos penais, equiparando todos os concorrentes a autores.

Sob tal conceito extensivo de autor, buscando uma diferenciação entre as formas de concurso, foram formuladas *teorias subjetivas*, as quais propunham diferenciar autores e partícipes segundo o grau do próprio interesse no fato⁴⁵ ou segundo suas atitudes internas. Esta última, de um modo simplificado, identifica o autor como quem possui vontade de autor (*animus auctoris*), desejando o fato como próprio, e o partícipe como quem tem vontade de partícipe (*animus socii*), ou seja, quem deseja apenas ajudar o fato do autor. Tratava-se de proposta de forte apelo em um modelo orientado pelo conceito extensivo e pela causalidade, contudo, atualmente, entende-se que estão “de todo superadas”⁴⁶ ou, se ainda não o foram, que “devem ser superad[a]s”⁴⁷.

⁴⁴ Um panorama histórico das posições pode ser encontrado em: PENARADA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2015 e ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. da 9ª ed. Alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 49 e ss.; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 580 e ss.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Arts. 11 a 27*. V. I. T. II. 2ªed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. p. 388.

⁴⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 129.

⁴⁷ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53. Ainda é possível encontrar referências: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 458 e 468. Também parece caminhar nesse sentido INGEBORG PUPPE, teórica que elabora sua teoria em torno da causalidade, agregando critérios objetivos e limitadores, de modo que a proposta faz sentido e harmoniza-se ao sistema proposto: PUPPE, Ingeborg. Jedem nach seiner Schuld: die Akzessorietät und ihre Limitierung. ZStW, nº 120, caderno 3, p. 504-525, 2008. p. 524.

O debate mais significativo atualmente concentra-se nas teorias objetivas, que compreendem a autoria não como a causa, mas como o cometimento do fato típico. Nem toda condição causal para o resultado significa autoria, mas somente aqueles comportamentos que realizam os fatos descritos nos tipos penais. Afinal, os tipos penais descrevem ações⁴⁸ ou omissões humanas e não simples processos causais. Comportamentos que não se amoldam à execução do delito são atípicos e somente podem ser punidos caso prevista uma extensão da punibilidade que alcance essas outras formas⁴⁹.

Entre as teorias objetivas, destaca-se, de um lado, a *concepção formal*⁵⁰, segundo a qual a descrição da conduta contida nos tipos penais incriminadores determina a autoria quando realizada na própria pessoa. Autor direto, portanto, é aquele que comete o fato típico, direta e imediatamente, de maneira responsável. As demais formas de concurso, na medida em que não coincidem com a realização de todas as elementares típicas na própria pessoa, requerem uma extensão (prevista na Parte Geral do CP). A coautoria

⁴⁸ Assim: “*El objeto de las normas penales es la “conducta” humana*”. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970 p. 51; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53; RENZIOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 11.

⁴⁹ A extensão pode dar-se por regras de imputação (*nesse sentido, por exemplo, Roxin trata da extensão da pena a casos de não realização do tipo penal*: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 66) ou por normas de comportamento (*assim, como exemplo, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. Tübingen: Mohr, 1970. p. 396 e ss. De modo semelhante: NITZE, Paul. *Die Bedeutung der Entsprechenklausel beim Begehen durch Unterlassen (§13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989. p. 157) que prevejam sua responsabilização.

⁵⁰ Também denominada teoria formal-objetiva, essa posição parece ser adotada por BEATRIZ CAMARGO: “a teoria formal-objetiva parte de um conceito restritivo de autor, seguindo fielmente suas premissas na categorização das formas de autoria e de participação” (CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 129 e ss). De modo semelhante: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 337; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120 do Código Penal). v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 690; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 253. Uma forte argumentação em favor dessa teoria é apresentada por: KINDHÄUSER, Urs. A acessoriedade limitada da participação. In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. Organização de Beatriz Corrêa Camargo; Inês Godinho; Bruno de Oliveira Moura. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 171 e ss.; MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. *RBCCrim*, v. 163, 2020. p. 239 e ss. Entende-se aqui se tratar da concepção mais correta, na medida em que confere maior destaque para o fundamento deontológico das formas de concurso, elevando ao máximo o respeito ao princípio da legalidade e à interpretação restritiva dos tipos penais.

fundamenta-se na imputação recíproca, em função do concurso direto durante a execução conjunta do crime⁵¹. A autoria mediata ocorre apenas quando o executor do delito é um instrumento não responsável. Os demais casos penalmente relevantes serão mera participação.

Por outro lado, a *concepção material*, densificada a partir do domínio do fato⁵², apresenta-se como um meio termo entre a teoria formal e a teoria subjetiva. Segundo essa posição, a realização do tipo penal não é apenas executar diretamente a ação nele descrita, mas dominar os fatos (seja pelo domínio da ação, domínio funcional ou domínio da vontade). Tomando a ideia de que autor é a figura central do acontecer típico como ponto de partida metodológico, busca-se, com o critério do domínio, conferir maior densidade conceitual ao que se entende por autoria, afirmando ser o autor aquele que possui o domínio sobre os fatos, determinando o “se” e o “como” dos fatos, seja por realizar a ação típica pessoalmente, seja por dominar a vontade de um terceiro instrumento, ou, ainda, pela cooperação com divisão de trabalho na fase de execução do delito, prestando aporte essencial ao fato⁵³. Em contrapartida, o partícipe contribui para os fatos, aumentando o risco de sua realização, sem, contudo, ter domínio sobre o acontecimento típico. A adoção de tal perspectiva, que conjuga aspectos objetivos e subjetivos na análise, tem

⁵¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 131. Para maior aprofundamento, cf. KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. *Revista Penal*, nº 11, p. 53-70, jan. 2003.

⁵² Adotada no Brasil, entre outros, por: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 416 e ss.; BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, nº 17, p. 175-208, jul./dez. 2017; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 612 e ss.; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014; MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990. p. 255-256; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 349; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *RBCCrim*, a. 21, nº 105, p. 59-93, nov.-dez. 2013; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 703 e ss.

⁵³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. da 9ª ed. Alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 42 e 518-519.

consequências principalmente sobre a extensão da autoria mediata, aplicando-se essa figura não apenas nos casos de um executor instrumento não responsável, mas também em hipóteses de instrumentos plenamente autorresponsáveis: os casos de domínio sobre os aparatos organizados de poder, situação que seria considerada instigação sob a teoria formal-objetiva⁵⁴.

Tanto a teoria formal-objetiva quanto a material-objetiva têm a vantagem de estabelecer uma diferenciação no plano do tipo penal, ou seja, a diferença em sua responsabilidade não diz respeito ao grau de reprovação e tampouco ao merecimento de pena. Ao passo que os autores violam diretamente a norma de conduta inscrita nos tipos penais que descrevem os crimes em espécie, a responsabilidade dos partícipes requer um dispositivo de extensão constitutivo de sua punibilidade⁵⁵.

Apesar disso, as duas teorias concentram-se em definir em que consiste a autoria⁵⁶. A definição de participação, todavia, fica pendente, pois essas construções teóricas não apresentam, diretamente, um critério para diferenciar as formas de concurso, pois se preocupam mais com a conceituação de autoria. E, de fato, de um ponto de vista negativo, na adoção de qualquer delas, a participação não satisfaz os requisitos para conformar a autoria. Afinal, o comportamento do partícipe nem se amolda direta e imediatamente à descrição do tipo penal, tampouco é comportamento dotado de domínio.

Busca-se aqui, a partir de uma teoria da participação, mais precisamente do auxílio, estabelecer a diferenciação entre autores e partícipes nos crimes omissivos impróprios. Entende-se que não é possível contentar-se com uma conceituação negativa da participação, o que recomenda um estudo sistemático do ordenamento jurídico penal para a apresentação de uma definição coerente e adequada.

⁵⁴ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 130.

⁵⁵ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *RBCCrim*, v. 22, nº 106, p. 47-90, jan./fev., 2014, p. 56.

⁵⁶ Nas palavras de EZEQUIEL VACCHELLI, manteve-se uma perspectiva autocêntrica. VACCHELLI, Ezequiel. *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*. Barcelona: Atelier, 2020. p. 87.

1.3. Premissas concernentes à omissão imprópria

Os crimes omissivos impróprios consistem na violação de um mandado pelo garantidor, que responde pelo resultado como se o houvesse causado. Trata-se, em outros termos, da omissão penalmente relevante de um indivíduo que tem um dever de agir para impedir o resultado e que, diante de situação de perigo e possuindo capacidade físico-real de agir⁵⁷, permanece inerte.

O Código Penal brasileiro estabelece, em sua Parte Geral, que “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Na sequência, em suas alíneas “a”, “b” e “c”, estabelece o código a quem incumbe o dever de agir (art. 13, §2º do CP)⁵⁸. Esse dispositivo, cláusula geral de extensão da punibilidade, combina-se com os tipos penais que descrevem os crimes comissivos para a conformar os crimes omissivos impróprios. Cumpre, portanto, a função de “transformar proibições em mandados”⁵⁹ ou, em outras palavras, estabelecer os mandados a partir de sua combinação, na qualidade de cláusula geral, com os tipos penais da Parte Especial.

A omissão imprópria não é inerente aos tipos penais que descrevem os crimes comissivos, mas somente é punível em função da previsão expressa que lhe confira fundamento deontológico. Dessa forma, não se adota a ideia de que a omissão imprópria decorre de uma analogia com os tipos penais da Parte Especial, originalmente construídos

⁵⁷ Para fins de elucidação terminológica, observe-se que a doutrina diferencia a possibilidade jurídica de agir da capacidade físico-real de agir, consideradas pressupostos distintos e sucessivos na verificação da responsabilidade do garantidor. A possibilidade jurídica de agir diz respeito à conduta concreta e legalmente exigida de evitação do resultado, ou seja, delimita o conteúdo concreto do dever de agir: o sujeito deve agir conforme lhe delimitam suas possibilidades jurídicas. A capacidade físico-real de agir diz respeito às propriedades físicas do sujeito e aos aspectos circunstanciais e temporais que determinam se ele irá conseguir, nas circunstâncias fáticas, cumprir seu dever. Nesse sentido, valem-se da expressão “capacidade físico-real de agir”: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 248-249; UWE, Hellman. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5ª ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018. p. 350.

⁵⁸ Destaca-se: “§ 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.”

⁵⁹ BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafmilderung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 29; e WAGNER, Markus. *Entscheidungsbesprechung BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/211; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/222: Gefährliche Körperverletzung beim gemeinsamen Unterlassen*. ZJS, nº 6, p.1414-1427, 2023. p. 1419.

sob uma base causal, punindo condutas a partir de um raciocínio analógico de equivalência⁶⁰.

Em verdade, a omissão imprópria é tipificada por meio da operacionalização de cláusulas gerais, cujos pressupostos delitivos autônomos são estabelecidos na lei. Entende-se, portanto, que norma de proibição e norma de requerimento são autônomas, possuindo cada qual seu próprio e único conteúdo semântico, especificado por uma descrição legal⁶¹. A omissão imprópria⁶² deve ser compreendida como a violação

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003. p. 457.

⁶¹ Adotam tal compreensão deontica da omissão imprópria: JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 946 e 951; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84; RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023; MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 232. Em sentido contrário, há teóricos que defendem uma posição segundo a qual os tipos penais incriminadores contêm em si simultaneamente a forma comissiva do delito e a forma omissiva imprópria. Em termos de teoria das normas, considera-se que os operadores da proibição e do requerimento são interdefiníveis. Seria então possível inverter o conteúdo semântico de uma norma pela sua negação, de modo que tanto as proibições quanto os mandados encontram-se abarcados diretamente pelos tipos penais da Parte Especial. Essa compreensão, contudo, requer uma extensão do tipo penal para que possa alcançar formas tão distintas de condutas e expressar deveres tão diferentes. Adota tal posição: BÄRWINKEL, Richard. *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechtendelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 30; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003. p. 191 e 459 e ss; CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 51 e ss; HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. I. T II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 515. Em princípio, essa foi uma posição muito relevante para a viabilização dogmática da responsabilidade penal por omissão imprópria, uma vez que não havia previsão legal dessa forma de delito, seja no CP alemão, que apenas em 1975 passa a prever essa hipótese com o estabelecimento de uma cláusula de equivalência no § 13 do StGB (cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 764 e ss), seja no CP brasileiro, que, embora afirmasse como crime toda ação ou omissão contrária às leis, somente com a reforma da Parte Geral, em 1984, positivou essa forma de delito e estabeleceu seus pressupostos sob o art. 13, §2º do CP. Buscava-se, assim, justificar essa forma de responsabilidade penal que estava em atrito direto com o princípio da legalidade. Nesse sentido, CUNHA LUNA afirmava que a “omissão imprópria está implícita nos tipos de crimes de resultado”, mas já questionando a constitucionalidade de sua punição face ao princípio da legalidade (CUNHA LUNA, Everardo da. *O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 20, nº 80, p.125-136, out.-dez. 1983, p. 131 e ss.). JUAREZ TAVARES indica a origem dos debates sobre a equivalência da ação e da omissão como esforço para legalização da responsabilidade penal por omissão imprópria sem previsão legal (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 342 e ss). Atualmente, diante das previsões legais, não mais se faz necessária tal defesa, devendo-se levar a sério a legalidade.

⁶² A terminologia “comissão por omissão” não será adotada neste trabalho, pois remete a uma premissa dualista dos operadores da proibição e do mandado com a qual não se concorda aqui. Ademais, como ressalta ESTELLITA, pode ensejar confusões ao dar a entender que, no crime omissivo impróprio, alguma parte da desvalorização recaia sobre um agir. Opta-se, portanto, pela utilização da expressão “omissão imprópria”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo*

imputável de mandados, de modo que a adjetivação “imprópria” remete à opção por uma técnica legislativa em que a norma de requerimento deve ser extraída da combinação entre norma da Parte Geral e o tipo penal comissivo correspondente, disposto na Parte Especial. São, portanto, delitos impropriamente tipificados⁶³. Não há, portanto, déficit de legalidade, na medida em que a norma da Parte Geral cumpre o papel de positivar essa transformação. Com isso, o que fundamenta a posição de garantidor são normas penais resultantes da combinação entre um determinado tipo penal e a cláusula geral do art. 13 §2º, CP, que baseiam o dever especial de agir para evitar o resultado⁶⁴.

Inúmeros ordenamentos optam pela previsão de uma simples cláusula de equivalência⁶⁵, que não estabelece os pressupostos dos crimes omissivos impróprios. Diferentemente, o art. 13, §2º do CP brasileiro estabelece o que é a omissão imprópria,

sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 75.

⁶³ Na medida em que o mandado somente pode ser violado pela não realização de uma conduta, sua violação caracteriza um delito propriamente omissivo, ou seja, um delito de não impedimento de um resultado (MAÑALICH R., Juan Pablo. *Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, a. 21, n° 2, p. 225-276, 2014. p. 234). Nesse sentido, PIERPAOLO BOTTINI aponta que, caso fosse adotada outra técnica legislativa, com o estabelecimento de tipos penais na Parte Especial para a forma omissiva de cada delito, não mais se falaria em omissões impróprias (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 121 e ss.).

⁶⁴ O processo de combinação de cláusulas gerais decorre de técnica legislativa adotada também no tratamento da participação no delito, como visto no tópico anterior. Sobre o uso desse método para a construção do injusto da omissão imprópria, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84; e RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 283. Há teóricos que questionam a adequação dessa técnica simplificadora à legalidade. Nesse sentido, CERVINI e ADRIASOLA apontam que a técnica consistiria numa abertura típica, fonte de arbitrariedades judiciais, uma vez que permitiria “outorgar ao juiz a possibilidade de criar jurisprudencialmente equivalências não escritas entre ações e omissões”. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Montevideo: D de F Ltda, 2005. p. 209.

⁶⁵ Assim, a título exemplificativo, as cláusulas de equivalência adotadas pela legislação alemã (“§ 13. *Comissão por omissão*. (1) Quem omite impedir um resultado que pertence ao tipo de uma lei penal, só será punível segundo essa lei se ele tiver de responder juridicamente pela não ocorrência do resultado, e quando a omissão corresponder à realização do tipo legal por comissão. (2) A pena pode ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1.” ALEMANHA. StGB. Ausfertigungsdatum: 15.05.1871, zuletzt geändert durch Art. 12 G v. 27.3.2024 I Nr. 109. Tradução sugerida por Luís Greco), italiana (art. 40 do Código Penal Italiano: “Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo” ITALIA. Codice Penale. Testo del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n° 1398 aggiornato alla L. 21 febbraio, 2024, n° 14.) e portuguesa (“Artigo 10.º Comissão por acção e por omissão; 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.; 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado” PORTUGAL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15.). Uma análise mais densa das respectivas disposições legais encontra-se em: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 121-130.

descrevendo na norma seus pressupostos: a posição e o dever de garantidor (pressupostos normativos); a capacidade fático-real de agir (pressuposto ontológico); a omissão da conduta determinada e exigida como condição do resultado e nexo causal (pressupostos causais). Ressalte-se que são pressupostos distintos daqueles exigidos pelos crimes omissivos.

Estabelecidos os pressupostos para a responsabilidade penal das omissões impróprias, a equivalência cumpre um papel de limitação dos casos puníveis a partir dos critérios previstos na própria lei. A partir da norma, verifica-se que são equivalentes aos crimes comissivos de resultado as hipóteses de omissões dos garantidores, sujeitos que possuem um dever de agir para impedir um resultado e que, diante de uma situação de perigo, mesmo tendo capacidade de agir, permanecem inertes, deixando que o resultado ocorra.

Ao longo do desenvolvimento da omissão imprópria, diferentes teorias buscaram estabelecer um fundamento para a equiparação da omissão à ação, ou, em outros termos, um critério diagnóstico-distintivo para a descoberta da omissão equiparável à ação. Adota-se aqui o critério do concreto compromisso assumido pelo garante, expresso em sua específica relação com uma fonte de perigo ou com um bem jurídico a ser protegido⁶⁶. Entende-se assim que o fundamento da posição de garantidor é a frustração de uma expectativa decorrente da assunção fática de um compromisso de conter riscos decorrentes de uma fonte de perigo, no exercício da liberdade de se organizar, desde que respeitada as esferas de organização alheia (garantidor de vigilância), de atuar na proteção de um bem jurídico desamparado (garantidor de proteção), ou decorrente da criação, pelo comportamento anterior, do risco de ocorrência do resultado (ingerência)⁶⁷.

Desse modo, para além da justificação ontológica, o crucial para a equiparação do tratamento da omissão imprópria àquele conferido aos crimes comissivos é, em verdade, compreender materialmente, a partir de um critério normativo⁶⁸, os deveres que

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003. p. 464.

⁶⁷ Adota-se aqui a posição segundo a qual se reconhece a ingerência como fundamento do dever de garantidor, em consonância com a expressa previsão na legislação brasileira. Contudo, uma corrente minoritária da doutrina questiona a categoria da ingerência, esvaziando-a. Assim: SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 297 e 356 e ss.

⁶⁸ A relevância do aspecto normativo da posição de garantidor torna-se evidente com recurso ao seguinte caso, adaptado de BOTTINI (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 89): “T” foi tutor de um feroz cão, que obedece ao seu chamado ou assovio. “T” vende o

incumbem ao garantidor⁶⁹. Tais deveres são decorrentes da assunção fática de um compromisso, que estabelece uma relação juridicamente fundada⁷⁰ entre o garantidor e uma fonte de perigo ou um bem jurídico a ser protegido.

À concepção até aqui apresentada pode ser acrescida uma importante densificação para as posições de garantidor de proteção e vigilância: o compromisso assumido pela pessoa que fundamenta as posições de garantidor de vigilância se assenta no binômio liberdade-responsabilidade, enquanto aquele que fundamenta as posições de garantidor de proteção em deveres de solidariedade especiais⁷¹. A partir dessa densificação, o

animal para seu vizinho. Posteriormente vê esse mesmo cão libertar-se das amarras mal presas pelo novo proprietário e correr em direção a uma pessoa, a quem ataca e leva à morte. No caso, “T” tem o poder de, com um simples chamado ou assovio, impedir o ataque do cão a uma pessoa, impedindo assim o resultado morte. Com isso, tem efetivo domínio sobre o fundamento do resultado. No entanto, não está mais obrigado por um dever especial a agir para impedir o ataque do cão, pois a relação juridicamente fundada de garantidor, decorrente da propriedade sobre o cão, foi alterada. O que fundamentava o seu dever de agir era o compromisso assumido por “T” de controlar os riscos decorrentes de sua administração, do exercício de sua liberdade ao possuir um cão. De modo semelhante, o caso apresentado por AUGUSTO ASSIS: “[...] o mero domínio não parece suficiente para gerar a relação especial necessária entre o agente e a fonte de perigo que tornaria a sua omissão tão grave quanto uma comissão. [...] Imaginemos que na casa do nosso caso em que o muro pode desabar estejam o proprietário e um amigo seu e que o proprietário da casa saia por algumas horas. Nessa situação, o seu amigo teria o domínio fático da fonte de perigo. Não parece ser correto, contudo, considerar que ele assumiu a posição de garantia em relação à casa no período em que o seu amigo esteve ausente.” ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO; José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 56-57. O caso coloca em relevo a assunção de compromisso efetivo como elemento constitutivo por excelência da omissão imprópria.

⁶⁹ Nesse sentido, KANG entende que o critério do domínio oferece um fundamento interessante, que satisfaz a verificação empírica e descritiva da realidade. Chama atenção, contudo, para o desafio da teoria material em conferir um conceito também normativo ao domínio, não apenas fático, como aquele que tem o poder de modificar um curso que levaria a um resultado, mas levando em consideração também quem deve intervir. KANG, Jihyun. *Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2015. p. 87-88.

⁷⁰ “[...] el estatus relacional de garante específica, por de pronto, la posición de quien puede contar como destinatario de la respectiva norma de requerimiento, cuya condición de aplicación quedará constituida por la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico al cual se encuentra referida la correspondiente relación de garantía [...]”. MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, n° 2, p. 225-276, 2014. p. 245.

⁷¹ “Assim, se, de um lado, o fundamento normativo das posições de garantidores de vigilância se assenta no binômio liberdade-responsabilidade e das posições de garantidores de proteção em especiais deveres de solidariedade ligados ao desamparo da vítima, em qualquer desses casos é imprescindível uma assunção fática pelo garantidor do compromisso de conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 94-95. Ao adotar como posição o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, a teórica reconhece a necessidade de uma roupagem também normativa, buscando “temperar” normativamente o critério. Essa contribuição, em particular por seu desenvolvimento conforme o Direito nacional, é imprescindível e muito contribui para a mais precisa identificação dos diferentes deveres de garantia – proteção ou vigilância. Observe-se que a separação dos deveres de garante em grupos (garantidor de proteção e garantidor de

fundamento genuinamente penal se coloca em evidência. Não é a violação de deveres estabelecidos por normas extrapenais o que lastreia a responsabilidade a título de omissão imprópria, mas sim a violação da norma penal que impõe aos garantidores o dever especial de agir para evitar o resultado típico⁷². Embora tenham relevância penal, as normas extrapenais não estabelecem, em si, deveres especiais de garantidor, os quais, em respeito ao princípio da legalidade, decorrem da norma penal, necessariamente prevista em lei federal, mais especificamente decorrentes da combinação dos tipos penais que descrevem crimes em espécie com a cláusula geral estabelecida no artigo 13, § 2º, do CP, que prevê a responsabilidade por omissão imprópria.

O papel das normas extrapenais, contudo, é fundamental na medida em que permite identificar quem, afinal, tem o dever legal de agir ou assumiu um determinado dever em razão de uma função ou compromisso. Nesse sentido, normas extrapenais funcionam como um indício de uma posição de garantidor e são relevantes para a determinação do conteúdo e limites do dever especial, por revelarem as possibilidades jurídicas de agir detidas por um indivíduo. Em outras palavras, o “papel da

vigilância) decorre da teoria das funções de ARMIN KAUFMANN, tendo sido posteriormente adotadas de modo amplo como uma categorização didática pela dogmática: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 289 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981. p. 855 e ss.; BOCK, Dennis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 2018. p. 554 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 428; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 260 e ss.; BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafrahmilderung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 99-100.

⁷² “O fundamento da posição de garantidor, embora tenha de ser legal, não terá a sua origem em normas extrapenais, mas em normas penais que fundamentem o dever especial de agir para evitar o resultado que incumbe ao garantidor. A punibilidade da violação desse dever especial deverá atender ao princípio da legalidade penal, ou seja, estar definida como crime, o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal de crime e a norma do art. 13, §2º, CP, formando a norma incriminadora omissiva imprópria.”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84. Isso não implica que as normas extrapenais sejam dogmaticamente irrelevantes para a compreensão dos delitos omissivos impróprios. Na verdade, as normas extrapenais, enquanto elementos de valoração meta-jurídico-penais, delimitam os âmbitos de competência e são indícios da posição de garantidor. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 167 e ss. KURT SEELMANN chamam a atenção para a importância na manutenção de requisitos penais de imputação vinculados à lógica da recondução dos fatos ao autor para evitar os perigos e incoerências de uma “privatização” do Direito Penal: SEELMANN, Kurt. ¿Deberes de Garante fundamentados en el derecho privado? In. SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Organización de Juan Pablo Montiel. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 117-132. p. 117-131.

regulamentação extrapenal é o de delimitar o âmbito e o conteúdo dos deveres jurídico-penais no caso concreto”.⁷³

⁷³ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 166.

2. PROBLEMAS DA NÃO DIFERENCIAÇÃO ENTRE AUTORES E PARTÍCIPIES NOS CRIMES COMETIDOS POR OMISSÃO

A dogmática penal vem, crescentemente, defendendo a adoção de um sistema diferenciador entre as formas de concurso de pessoas, na medida em que vão se tornando evidentes as diversas dificuldades decorrentes da não diferenciação entre autores e partícipes.

De um modo geral, considerar que todos aqueles que concorrem para um crime são autores, estabelecendo para todos, indistintamente, a mesma moldura penal (tratamento unitário), requer uma leitura extensiva dos tipos penais, para além dos limites do sentido literal possível dos comportamentos descritos na norma e sem uma justificação racional para essa extensão. São ainda negligenciadas as diferenças qualitativas entre as figuras, ou seja, os diferentes pressupostos necessários para a sua configuração. Resulta, por fim, em um tratamento desproporcional, com a sobrevalorização do aporte de concorrentes acessórios. Além da potencialização dessas questões nos crimes omissivos impróprios, existem, ainda, desafios particulares às situações de omissão.

2.1. Problemas do tratamento unitário das formas de concurso: por que devemos diferenciar autores e partícipes

Atribuir a todos os intervenientes no contexto delitivo, indiferenciadamente, responsabilidade a título de autoria importa, inicialmente, em um *problema de legalidade*, na medida em que requer a ampliação dos limites do tipo penal para abarcar não apenas os comportamentos nele descritos, mas também comportamentos acessórios como o auxílio e a instigação. Os tipos penais não descrevem simplesmente resultados a serem imputados a indivíduos a partir de regras da Parte Geral (e.g. “morte”), mas sim comportamentos (e.g. “matar alguém”). Desse modo, é preciso que a conduta realizada na prática se amolde à descrição típica para que assim possa ser considerada.

A conduta, contudo, do partícipe não coincide com o comportamento descrito nos tipos descritivos de crimes em espécie, de modo que a atribuição de responsabilidade àqueles que contribuem para o fato principal de modo acessório seria uma “intolerável

ampliação da punibilidade pela redução da realização típica à causalidade”⁷⁴ – a título de exemplo, seria preciso aceitar que aquele que entrega um revólver para o autor que, dias depois, emprega essa arma em um homicídio é também autor e, portanto, *mata*.

Os tipos penais que descrevem crimes em espécie, por si só, não estabelecem uma pauta de comportamento prospectiva que indique às pessoas que não devem auxiliar terceiros que eventualmente planejem cometer crimes (e.g. o art. 121 do CP estabelece como pauta de comportamento “não matará”, referido tipo, por si só, contudo, não estabelece a pauta “não deverás auxiliar terceiros a matar” ou “não faça nascer a ideia de matar em terceiros”). Tampouco servem os tipos penais que descrevem crimes em espécie como parâmetro para análise do comportamento dos partícipes. Para tanto, seria preciso estender os limites do tipo penal para muito além dos limites semânticos que seus termos admitem⁷⁵.

A diferenciação entre autores e partícipes, portanto, “não é apenas uma filigrana terminológica, mas sim deriva da natureza (normológica) das coisas”⁷⁶. Levando a sério o princípio da legalidade (art. 1º do CP⁷⁷ e art. 5º, II da CR/88⁷⁸), “componente de civilização do exercício do poder pelo estado”⁷⁹, deve-se reconhecer que somente se

⁷⁴ Tradução livre do seguinte excerto: “*intolerable ampliación de la punibilidad por la reducción de la realización típica a la causalidad*”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 65. No mesmo sentido, LUÍS GRECO e ADRIANO TEIXEIRA reforçam a crítica afirmando que a compreensão da autoria como causação representaria uma extensão dos limites da tipicidade, em uma verdadeira “dissolução dos tipos”, violando-se o princípio da legalidade e a função de garantia do tipo. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís; *et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 50. NILO BATISTA fala em uma “panaceia do princípio causal” por parte do legislador na Parte Geral do CP. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 54. Acompanha essas posições: ESTELLITA, Heloisa. *Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas*. FGV Direito SP Law School Legal Studies Research Paper Series, 2019. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770> >. Acesso em: 17 mar. 2024. p. 03.

⁷⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *La libertad del Derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier, 2014. p. 32 e ss.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático. Trad. Adriano Teixeira. *RICP*, Belo Horizonte, v. 8, nº 1, p. 1–15, 2023. p. 04.

⁷⁷ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

⁷⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

⁷⁹ GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCrim*, v. 95, p. 43–84, mar.-abr. 2012. p. 80.

subsume ao tipo penal o comportamento que direta e imediatamente satisfaz a todos os elementos da descrição típica⁸⁰, conforme os estritos limites do sentido literal possível dos termos empregados na lei⁸¹. E isso não ocorre nos casos de participação, seja ela positiva ou negativa. É preciso, então, que se verifique um fundamento deontológico para a punição das demais formas de concurso, regras que estabeleçam a proibição de concorrer nas formas da autoria mediata, da coautoria e da participação.

O concurso de pessoas é o instituto que “permite estender a responsabilidade por um crime para outras hipóteses além da autoria individual de um delito”⁸². O partícipe não viola a norma estabelecida nos tipos penais que descrevem os crimes em espécie, mas sim a proibição derivada, positivada na Parte Geral a partir da previsão de cláusulas de extensão da punibilidade, que estabelecem a punibilidade do auxílio e da instigação a um crime⁸³ (art. 29 e 31 do CP c/c os tipos penais em espécie). A diferenciação é, portanto, imprescindível para a adequada delimitação legal dos comportamentos a partir de seus fundamentos deontológicos de responsabilização penal, extraíndo das normas penais os limites e pressupostos para essa responsabilização, o que permite a legitimação da pena perante o acusado⁸⁴.

Deixar de diferenciar é ainda um *problema face ao princípio da igualdade*⁸⁵. O tratamento equitativo de todos os concorrentes, sem diferenciá-los, implica em desconsiderar as diferenças qualitativas entre as normas violadas pelo autor — os tipos penais que descrevem crimes em espécie, e.g. art. 121 do CP, matar alguém — e pelo partícipe – combinação dos arts. 29 e 31 do CP, presentes na Parte Geral, com os tipos

⁸⁰ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128-129.

⁸¹ “Dentre os sentidos literais possíveis sempre se deverá optar por aquele que esteja mais próximo do significado comum. A linguagem corrente, ou seja, da vida normal é a única que pode ser compreendida pelo cidadão.”. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da Norma Penal Incriminadora. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Criminologia UFRGS*, v. 3, p. 22-37, 2015. p. 33-34. Discorrendo sobre o sentido da lei, WINFRIED HASSEMER defende uma interpretação que não ultrapasse o limite do sentido comprovado do texto em sua delimitação mais estreita, sem um recurso a abstrações de sentido. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 42-43.

⁸² CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 123.

⁸³ “O partícipe em si não preenche os tipos penais estabelecidos na Parte Especial do StGB, mas sim a proibição derivada, positivada nos §§ 26 e 27, de instigar ou auxiliar o comportamento típico de um terceiro”. STRATENWERTH, Günter. KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: die Straftat*. 5ª ed. Berlin: Carl Heymanns Verlag KG, 2004. p. 299.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático. Trad. Adriano Teixeira. *RICP*, Belo Horizonte, v. 8, nº 1, p. 1–15, 2023. p. 08.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 08.

penais que descrevem crimes em espécie, e.g. art. 29 e 31 c/c art. 121, todos do CP, prestar ajuda para um sujeito matar alguém⁸⁶. Com isso, não apenas se torna necessário expandir os limites dos tipos penais para fundamentar deontologicamente a participação, como ainda é violado o princípio da igualdade, pois são equiparadas contribuições completamente diferentes⁸⁷. Essa diferença qualitativa, levada a sério, confere maiores margens de segurança jurídica para o enfrentamento do concurso de pessoas, identificando, na própria lei, as referências para o estabelecimento de limites da responsabilização penal em contextos coletivos.

Não se pode ainda negligenciar a insegurança jurídica e os *problemas de ordem prática* ocasionados pela ausência de diferenciação entre os intervenientes. Inicialmente, a adequada diferenciação entre as formas de concurso gera impactos sobre a definição do momento a partir do qual cada indivíduo pode ser responsabilizado por tentativa. Rememore-se que o partícipe somente responde quando há um fato principal e, portanto, ao menos um autor, e que sua responsabilização está condicionada ao início da execução desse fato principal pelo autor.

Do tratamento unitário dos concorrentes decorrem também *problemas de proporcionalidade*, enquanto distribuição de penas de modo proporcional ao injusto⁸⁸. Isto pois levaria a uma mesma aplicação de penas para indivíduos que realizam o injusto descrito nos tipos e a indivíduos que apenas contribuem de modo acessório para o fato. A diferenciação é, portanto, imprescindível como reflexo da proporcionalidade, enquanto

⁸⁶ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; *et al.* (org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70; e CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas*: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 321.

⁸⁷ CAVALIERE, Antonio. La disciplina del concorso di persone. In: FIORE, Carlo; MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antonio (org.). *Quale riforma del codice penale?* Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 251-285. p. 253.

⁸⁸ Trata-se da concepção neoclássica de aplicação da pena proporcional ao fato, tomando por horizonte as características do injusto como medida e não por concepções morais, critérios de periculosidade ou prognoses sobre o futuro. STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. *RICP*, v. 5, dez. – mai. 2020, p. 115-138. Como destaca ANA ELISA BECHARA, a proporcionalidade opera como um limite da pena e não como seu fundamento. Trata-se, assim, um pressuposto jurídico para a justificação de sua racionalidade, levando em consideração os limites do poder punitivo do Estado. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 01-31, v. 21, nº 41, p. 24 e ss. Conclama para repensar a censura em função do injusto: HÖRNLE, Tatjana. Pena sem censura de culpabilidade: um apelo por mudanças na teoria do delito. In: HÖRNLE, Tatjana. *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. Organização de Tatiana Stoco. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães Neto. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 69-146. p. 115 e ss.

distinta atribuição de responsabilidade com base no injusto. Nesse sentido, embora a técnica legislativa escolhida pelo CP estabeleça a pena cominada ao fato principal como referência para as demais formas de concurso, estabelece também a diferenciação na medida da culpabilidade (art. 29, *caput*, do CP) e a diminuição da pena nos casos de participação de menor importância (art. 29, § 2º do CP).

A magnitude da culpabilidade do indivíduo varia conforme o desvalor do injusto por ele praticado, o que se determina na primeira fase da dosimetria⁸⁹, a partir das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP⁹⁰. Assim, ainda na primeira fase da dosimetria, devem ser diferenciadas as penas fixadas para autores e partícipes, fazendo valer o princípio da culpabilidade e da individualização das penas. Nesse sentido, deve-se observar a menor parcela de culpabilidade do partícipe — figura acessória, que viola uma norma secundária, sem domínio do fato, sem violar um dever pessoal ou sem ser o imediato responsável pela evitação do delito —, em relação ao autor, figura principal, que realiza um ataque direto ao bem jurídico.

A causa de diminuição da pena pela participação de menor importância, disposta no art. 29, §1º, do CP, é uma das razões práticas mais relevantes para a diferenciação entre autores e partícipes, pois, além de determinar uma relevante redução da pena em uma faixa de 1/6 a 1/3⁹¹, permite que isso ocorra para além do patamar mínimo de pena cominada para determinado tipo penal, uma vez considerada na terceira fase da dosimetria. Com isso, busca-se “apenar de forma mais branda aquele que, a rigor, não poderia ser considerado autor do crime, senão mero partícipe, conforme a linguagem de um sistema diferenciador de autoria e participação”⁹².

⁸⁹ Conforme dispõe o art. 68, *caput* do CP, adota-se no Brasil o método trifásico de dosimetria das penas: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”.

⁹⁰ STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. *RICP*, v. 5, dez.-mai. 2020, p. 115-138. p. 132.

⁹¹ Em favor da redução obrigatória da pena nos casos de participação de menor importância: PIERANGELI, José Henrique. O concurso de pessoas e o novo código penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-72. p. 62; FRANCO, Alberto Silva. Comentários ao art. 29 do Código Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. v. I. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 506; DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 62; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 148.

⁹² TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 149; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson

O impacto concreto dessa causa de diminuição vai além do tempo a ser cumprido em privação de liberdade, podendo ser fundamental até mesmo para determinar se haverá ou não a privação de liberdade. Isso porque, conforme a pena aplicada, a diminuição pela participação de menor importância pode significar a fixação de um regime de cumprimento menos gravoso⁹³, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos⁹⁴ ou a suspensão condicional da pena⁹⁵.

Assim, a ausência de um critério diferenciador implica em uma insegurança sobre a dosimetria das penas, em prejuízo ao princípio da individualização, levando à ampliação da responsabilidade a diversas pessoas a título de autoria, independentemente do próprio conteúdo do injusto ou da intensidade da contribuição do indivíduo para o fato. Esse fenômeno é identificado por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES como uma equivocada *sobrevaloración do aporte do partícipe para o delito*⁹⁶. Independentemente da intensidade da contribuição de cada um dos concorrentes para o fato, ou da qualidade dos deveres infringidos, atribui-se, indiferenciadamente e de forma direta, a autoria do fato a todos os envolvidos⁹⁷.

2.2. Tratamento diferenciador na comissão e unitário na omissão? Potencialização dos problemas gerais e irracionalidade

Não obstante as efusivas defesas do sistema diferenciador nos crimes comissivos de resultado, o debate é controverso no campo das omissões impróprias, verificando-se

Reuters, 2020. p. 160. Solução similar parece ser adotada por Leonardo Aguiar: AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Da participação de menor importância: uma investigação sobre os parâmetros de aplicabilidade do §1º do art. 29 do Código Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 340 e ss.

⁹³ Conforme o art. 33, §2º, do CP: penas superiores a 8 anos, regime fechado; não reincidente condenado a pena superior a 4 que não excede 8 anos, regime semiaberto; não reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, regime aberto.

⁹⁴ Na forma do art. 44 do CP, a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito é possível em crimes dolosos quando não reincidente o réu e aplicada uma pena não superior a quatro anos em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

⁹⁵ O art. 77 do CP permite a suspensão condicional da pena em hipóteses de execução de pena não superior a dois anos para condenados não reincidentes em crimes dolosos cujas circunstâncias judiciais da pena autorizem a concessão do benefício.

⁹⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc./Mes 1, p. 187-264, 1995. p. 187-264.

⁹⁷ A título de exemplo, ANDREW ASHWORTH caracteriza como uma excessiva reação a atribuição de responsabilidade pelo fato principal ao gestor por fatos cometidos por funcionários sob seu controle, considerando mais apropriada a imputação a título de auxílio (ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. Oxford: Hart, 2013. p. 70-71).

uma tendência unitária⁹⁸, cuja insistência é incoerente e fragiliza a argumentação em prol de um sistema diferenciador pela dogmática penal. Afinal, se é tão essencial uma diferenciação entre os concorrentes para que se observem os princípios da legalidade e da proporcionalidade, como admitir o tratamento unitário nos crimes omissivos? O concurso de pessoas nos crimes omissivos não está sujeito a esses mesmos princípios? Por que a causa de diminuição da pena da participação de menor importância somente seria aplicada aos crimes comissivos?

Na prática, a ausência de um critério diferenciador na omissão acaba por levar à ampliação da responsabilidade a diversas pessoas a título de autoria, independentemente do próprio conteúdo do injusto ou da intensidade da contribuição do indivíduo para o fato, o que se torna particularmente problemático quando resulta na punição a título de autoria de comportamentos que não mereceriam punição maior que a do auxílio comissivo⁹⁹. Em contextos coletivos, caracterizados pela intervenção de diferentes indivíduos no acontecimento delitivo, nem sempre a omissão do sujeito poderá ser reconduzida diretamente ao tipo penal descrito na Parte Especial.

A equiparação entre cometimento e não evitação é uma característica necessária à omissão imprópria¹⁰⁰ e nem sempre será verificada diretamente com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie. Em muitos casos, a omissão tão somente corresponderá a um auxílio ao injusto principal, compreendendo essa específica forma de participação

⁹⁸ Esta questão será objeto de análise no tópico dedicado à revisão de literatura, mas pode-se desde já antecipar alguns comentários em função da sua repercussão nas penas aplicadas aos concorrentes. Assim, por exemplo, CLAUS ROXIN, um dos principais defensores do critério diferenciador da participação nos crimes comuns comissivos dolosos, cunhou a teoria dos delitos de infração de dever, entre os quais se observa a omissão imprópria. Segundo essa formulação, aquele que viola um dever de garantidor, *intrañeus*, é sempre autor, sendo partícipes apenas aqueles que contribuem “sem a quebra um dever” (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 393.) – ou, ainda, sem satisfazerem os requisitos típicos, entre os quais a posição de garantidor. Com isso, adota-se uma posição para a omissão imprópria que não diferencia omitentes garantidores, ainda que a omissão do garantidor, do ponto de vista objetivo, não represente mais que objetivamente uma contribuição acessória. A posição de ROXIN fica evidente quando, ao discutir a responsabilidade penal de dois agentes que teriam concorrido para um crime de administração desleal, o teórico afirma que “[...] *ambos tienen que ser autores de administración desleal, pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el <<deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos>> que le incumbe [...]*”. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 389.

⁹⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 258.

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, nº 38, abr.-jun., 2002. p. 279; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85.

e não autoria. Trata-se de casos em que os compromissos impostos ou assumidos pelo garantidor se direcionam à vigilância ou contenção de riscos mediatos, equivalentes à ajuda ou ao auxílio para o injusto principal¹⁰¹. Nessas hipóteses, o tratamento unitário leva a uma lacuna de punibilidade ou a uma punição para além dos limites do tipo penal, desproporcional e irracional, que iguala simples participação e autoria.

A responsabilização de todos os omitentes como autores, do mesmo modo que ocorre nos crimes comissivos de resultado, implicaria na extensão dos limites do tipo penal, desconsiderando as diferenças qualitativas entre as normas violadas pelo autor – no caso dos crimes omissivos impróprios, art. 13, §2º, combinado com os tipos penais da Parte Especial — e pelo partícipe — no caso da participação negativa, combinação entre os artigos 13, §2º, 29 e 31 do Código Penal, presentes na Parte Geral, com os tipos penais da Parte Especial¹⁰².

No caso dos crimes omissivos impróprios, o menosprezo às diferenças qualitativas entre a autoria e a participação torna-se particularmente problemática, por significar uma inobservância da natureza e dos limites da posição de garantidor e dos específicos deveres de cada interveniente, pressupostos necessários para a configuração dos crimes omissivos impróprios.

Nos crimes omissivos impróprios, caracterizados pela violação do dever de agir, assume particular pertinência o fato de que autores e partícipes são destinatários, respectivamente, de deveres diretos e indiretos. Por isso, considerar de forma individualizada os específicos deveres de agir assumidos pelo indivíduo, ou seja, a natureza e os limites de sua posição de garantidor, será essencial para a identificação de autores e de partícipes.

Por fim, há um insuperável atrito entre a defesa de um tratamento unitário nos crimes omissivos, em contraposição a um tratamento diferenciador na comissão. A argumentação em favor da diferenciação nos crimes comissivos de resultado antagoniza com a sua negativa para os crimes omissivos. Afinal, a violação à legalidade, à igualdade e à proporcionalidade decorrentes do tratamento unitário ocorre tanto nos delitos

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 123.

¹⁰² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70; e CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 321.

comissivos quanto nos omissivos. Como explicar a gravidade em arrefecer tais princípios em uma hipótese e não na outra? Essa irracionalidade acaba por menoscar a eficácia de tais princípios, colocados em xeque diante da exceção oposta à sua aplicação no concurso de pessoas.

A título exemplificativo: como se justificaria racionalmente que o agente que ativa e diretamente fornece a arma para o assassino cometer um homicídio responda, esse mesmo agente, como partícipe, sujeito a uma diminuição de pena de 1/3 a 1/6 em função da participação e menor importância¹⁰³, enquanto o omitente, que não age para impedir que terceiro se valha de sua arma para cometer um homicídio, responda como autor, sujeito à mesma pena daquele que aperta o gatilho? Em outros termos, como justificar o tratamento diferente conferido a situações equivalentes?

2.3. O particular problema da ingerência: a indiferenciação levada às últimas consequências leva ao esvaziamento da participação

À argumentação em favor da adoção de um critério restritivo de autor e de um modelo diferenciador da responsabilidade entre autores e partícipes podem ser acrescentados alguns apontamentos sobre a ingerência e o problema que o tratamento indiferenciado entre autores e partícipes na omissão enseja.

Já está consolidado na dogmática que “quem, por seu comportamento, cria um perigo de uma lesão a um bem jurídico deve evitar que esses riscos se realizem em danos”.¹⁰⁴ No Brasil, determina o artigo 13, §2º, “c”, do Código Penal, que o dever de agir incumbe a quem “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. Diante disso, tendo em vista que o partícipe, com a sua contribuição, cria justamente um risco proibido¹⁰⁵ aos bens jurídicos, geralmente seguido por uma omissão

¹⁰³ Vale lembrar que o CP estabelece, no art. 29, §1º, a hipótese de diminuição da pena para os casos de participação de menor importância, o que significa, via de regra, que devem ser sempre aplicadas penas menores à participação em sentido estrito, o auxílio e, eventualmente, a instigação. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 148.

¹⁰⁴ Cf. “Wer durch sein Verhalten die Gefahr für den Eintritt einer Rechtsgutverletzung geschaffen hat, ist verpflichtet, den drohenden Schaden zu verhindern”. RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 140

¹⁰⁵ Note-se, neste ponto, que há uma discussão dogmática acerca da natureza do risco criado que fundamenta a posição de garantidor por ingerência. Relevante parte da doutrina entende que esse risco deve ser um risco proibido, cf. “No hay posición de garante si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido”. ROXIN, Claus. *Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal*. Lima: ARA Editores, 2009. p.

de evitar a sua concretização — e.g. disponibilização da arma e omissão em recuperá-la — emerge a pergunta: a participação no delito de um terceiro fundamenta uma posição de garantidor por ingerência? Teria o partícipe o dever de evitar que seu aporte se realize no resultado, ou seja, no delito principal?

ROXIN, na obra “*Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal*”, salienta que o agente que fornece para terceiro uma faca para que este cometa um homicídio poderia ser responsabilizado a título de ingerência pelo resultado caso o autor, de fato, cometa o delito utilizando-se da faca fornecida¹⁰⁶. Essa conclusão, somada a uma teoria do concurso de pessoas que não admite a participação nos delitos de dever, implicaria, em última análise, em um resultado com o qual não se pode concordar: todo partícipe, por seu comportamento ativo, tornar-se-ia, ao mesmo tempo, garantidor por ingerência e, com a realização do delito principal, deveria ser punido como autor de uma omissão imprópria, tendo em vista que a autoria de um fato delitivo prevalece sobre a participação para esse mesmo fato¹⁰⁷. Levado às últimas consequências, esse raciocínio

18. No mesmo sentido: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck, 2014. p. 219; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 749; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXIII, Fasc. I, pp. 35-48, jan.-abr. 1970. p. 44-45. No Brasil: BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 83-84.; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 334 e ss. Há teóricos, contudo, que admitem a ingerência mesmo quando o comportamento anterior do agente apenas cria um risco permitido. Assim: FREUND, Georg. *Erfolgssdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*. Berlin: Carl Heymann, 1992. p. 182. Discute as diferentes posições, trazendo apontamentos próprios: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. *RBCCrim*, nº 171, a. 28, pp. 131-151, set. 2020. De toda forma, nas hipóteses de concurso de pessoas, a contribuição prestada pelo partícipe é justamente um risco proibido, de modo que essa discussão não é um problema.

¹⁰⁶ Assim: “Outro seria o caso se, já no momento em que se emprestou a faca, era claramente reconhecível que existia o perigo de ataque contra uma pessoa (por exemplo, de uma briga sangrenta entre quem pediu emprestado a faca e a futura vítima). Em semelhante caso, quem emprestou a arma branca não podia confiar no uso pacífico da faca. E mais, ele cria um risco não permitido cuja realização lhe é imputável. Por isso tem uma posição de garantidor que lhe obriga a impedir a ocorrência do dano e é, nos termos do caso, passível de sanção por um homicídio por omissão por não ter feito nada para salvar a vítima”. ROXIN, Claus. *Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal*. Lima: ARA Editores, 2009. p. 19. Tradução livre.

¹⁰⁷ Esse raciocínio proporcionaria impactos relevantes nas penas: “O auxílio por meio de ação ativa — por exemplo, disponibilizando uma arma — são tipicamente seguidos por uma omissão — a falha em recuperar a arma. Se essa omissão fosse avaliada como autoria de um delito, a atenuação da pena nos termos da Seção 27 (2) da sentença do StGB não se aplicaria.” BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafrahmenermilderung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 97. Nesse sentido: “Se, em caso de ingerência, a conduta anterior ilícita consistir num ato de cumplicidade, o garantidor fica inicialmente apenas obrigado a eliminar o efeito promocional de seu auxílio. Possibilitar ou promover o ato principal é o resultado que o garantidor deve evitar. Seria contraditório se a ação anterior fosse apenas considerada como um auxílio, mas a omissão subsequente como constitutiva de autoria. Se, por exemplo, a entrega de uma arma satisfizer apenas as condições do auxílio, isso também deve se aplicar

esvaziaria a figura da participação, que se tornaria autoria quando o instigador ou auxiliador estivessem diante da situação de perigo, que acionaria o dever de impedir o resultado por ingerência. Esse resultado seria contraditório em face das diversas regras sobre o tema dispostas no ordenamento jurídico¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, além de trazer consequências à pena, afastando a aplicação da causa de diminuição da participação de menor importância¹¹⁰.

Por outro lado, uma vez que se adote uma posição que diferencie autores e partícipes por omissão, torna-se possível alcançar uma solução coerente para o problema: concorrendo a participação comissiva e a participação omissiva imprópria — afinal, ambas normas coincidem quanto ao desvalor que atribuem ao substrato fático concreto sob o qual incidem —, em observância ao princípio da subsidiariedade, prevalece a comissão¹¹¹.

No ordenamento penal brasileiro, a previsão expressa e direta, em todos os elementos, dos crimes comissivos pelos tipos penais propriamente ditos justifica a sua

à falta de retirada da arma do autor principal. Não obstante, a atribuição da omissão à autoria ou à participação não decorre geralmente do tipo de posição de garantidor.” HAAS, Volker. *Die Beteiligung durch Unterlassen*. ZIS, 5, p. 392-397, 2011. p. 396.

¹⁰⁸ FISCHER, Johannes. *Die Garantenstellung aus Ingerenz: Untersuchungen zur Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts*, § 13 StGB. Belin: Logos. 2022. p. 408.

¹⁰⁹ Se, por um instante, tratar da hipótese acima levada às últimas consequências possa parecer um exagero ou mera ilação, vale apontar em nota para o julgamento do Habeas Corpus n.º 89.671-5/RJ pelo STF, que inspira um dos casos do grupo controle do presente trabalho. A Corte, questionada sobre a redação de um quesito aos jurados que descrevia o réu como “executor” do delito, considerou que o réu, ao pagar pela execução do crime, seria simultaneamente instigador e partícipe por omissão, quando da execução do delito, por ter se mantido inerte após criar o risco de realização do resultado. BRASIL. STF. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 89.671-5/RJ. Rel. Min. Eros Grau. J. 28/11/2006. D.J. 16/02/2007.

¹¹⁰ Chamam atenção para o risco de uma inadmissível subversão do sistema de concurso de pessoas: HERBERTZ, Lara. *Die Ingerenz: eine Garantenpflicht aus Gefährdungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 374; PARADISSIS, Alexander. *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 176 e ss.

¹¹¹ Cogitar da punição do agente por ambos os crimes é inadmissível, pois viola a proibição de dupla valoração da mesma realidade material, corolário do princípio do *non bis in idem*. Destaca-se: “Uma das mais eloquentes manifestações do princípio *non bis in idem*, que pode ser tido como um princípio geral do direito sancionador, comprometido com a consistência interna do estatuto punitivo, é justamente impedir a múltipla atribuição a alguém de uma mesma infração, vedando a imposição cumulativa de sanções que decorram dessa apreciação reiterada do fato”. HORTA, Frederico. *Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo*. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (org.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 51. No mesmo sentido: Idem, 2007. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 21 e ss; AGUILAR, Francisco. *Estudos sobre cumplicidade destacados da tese*. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 116. Note-se, contudo, que há teóricos que resolvem esse problema no plano da causalidade, com recurso à proibição de regresso. Um panorama dessas posições pode ser encontrado em: PARADISSIS, Alexander. *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 169 e ss.

prevalência¹¹². Em contrapartida, a omissão imprópria decorre de uma extensão a partir de uma disposição acessória, uma cláusula de extensão da punibilidade prevista na Parte Geral. Ora, somente se pune por não evitar aquele que não atuou para realizar o fato. Trata-se de uma questão de lógica funcional do sistema¹¹³, em que a prioridade é reprimir a criação da situação típica e não a promoção da reversão da situação típica por meio da ameaça de pena. Em uma situação de concurso aparente de normas, portanto, a comissão do resultado prevalece em relação à omissão de impedir esse mesmo resultado, sendo a omissão imprópria figura subsidiária¹¹⁴⁻¹¹⁵.

¹¹² No Direito Comparado, pode-se identificar tradições jurídicas sob as quais a omissão imprópria é considerada menos grave. Assim, no Direito Penal alemão, o § 13 StGB estabelece uma atenuante facultativa da pena para a omissão imprópria. Para maior aprofundamento, cf. BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafrahmenerleichterung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 2012). De modo semelhante, o art. 10º, 3 do CP português estabelece a redução facultativa da pena para os crimes omissivos. Nesse caso, a norma comissiva prevalece em relação à norma referente à omissão imprópria inclusive pela alternatividade, por ser norma mais gravosa.

¹¹³ Para maior compreensão sobre o concurso aparente de normas sob um raciocínio funcional teleológico, cf. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

¹¹⁴ AUGUSTO ASSIS identifica um “inevitável caráter subsidiário” da responsabilização penal por omissão em relação à responsabilização penal comissiva. Para fundamentar sua posição, o teórico indica como argumentos i) o maior número de casos de delitos comissivos que são levados à apreciação do judiciário; ii) a dogmática ter sido inicialmente construída para dar conta dos delitos comissivos; iii) a percepção de que os tipos omissivos invadem mais gravemente a esfera de liberdade dos cidadãos; iv) e a ideia de que fazer algo é mais grave que omitir algo, a qual estaria presente seja na filosofia moral, seja no imaginário popular, seja no Direito Comparado, com referência à causa de diminuição facultativa da pena prevista no § 13 do CP alemão para os delitos omissivos. ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO; José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 46-47. Parece ser também a posição de JOHANNES FISCHER, que trata como secundária a omissão subsequente à ação na ingerência. FISCHER, Johannes. *Die Garantenstellung aus Ingerenz: Untersuchungen zur Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts, § 13 StGB*. Berlin: Logos. 2022. p. 788.

¹¹⁵ A essa construção poderia ser oposto um argumento no sentido de que a posição de garantidor seria um elemento especializante, que justificaria a prevalência da omissão. Contudo, a posição de garantidor é, em verdade, um pressuposto para a responsabilidade a título de omissão de modo *equivalente* à comissão. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 279 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 802 e ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 215 e ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, 2017. *passim*; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 120 e ss.; LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 332 e ss.; e SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc/Mes 1, p. 187-264, 1995. *passim*. No Brasil: MUNHOZ NETO, Alcides. Crimes omissivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 20, p. 71-103, 1981. p. 71; BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 74; BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio

De um modo geral, essas considerações estão tão naturalizadas que não há, na doutrina, quem questione se é autor por crime comissivo ou omissivo o agente que, com um revólver, atira na vítima, que somente morre após alguns minutos. Afirma-se de pronto: homicídio comissivo, tenha a vítima falecido imediatamente em função do tiro ou levado algum tempo para morrer. Não é debatido se o autor do tiro teria o dever de agir para impedir o resultado por ingerência a partir do risco por ele criado, pois já é naturalizada, com base na lógica do sistema, a solução em favor da comissão.

Transpondo esse raciocínio para a participação, a partir do caso em que o agente fornece uma faca para o autor do delito, verifica-se que o partícipe, por sua contribuição comissiva, viola a proibição acessória de não auxiliar um delito de homicídio. A omissão subsequente (deixar de retomar para si a faca, contendo o perigo do comportamento inicial) é inerente ao ato de participar e equivale tão somente a uma participação, não ao delito de matar. Seu desvalor se esgota no comportamento anterior¹¹⁶, equivalente a uma contribuição acessória e não ao fato principal¹¹⁷. Toda a dimensão de desvalor do comportamento é captada pela participação comissiva¹¹⁸, inexistindo um desvalor novo ou qualidade adicional que fundamente uma exasperação em relação ao injusto original¹¹⁹.

da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, nº 38, v. 10, p. 271-291, 2002. p. 278-279; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 348-349; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 116. Esse raciocínio é ainda absolutamente paradoxal no caso da ingerência, já que a suposta posição de garantidor do agente decorre, justamente, da participação prévia e se esgota no injusto dessa cooperação. Se todo causador é, também, garantidor, não há nisso qualquer especialização.

¹¹⁶ Não transcende, portanto, o “objetivo da norma violada”. PARADISSIS, Alexander. *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 181; e HERBERTZ, Lara. *Die Ingerenz: eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 368. Note-se que, especificamente no que concerne à omissão do partícipe em evitar os perigos de sua própria participação, não há uma intensificação da ofensa, pelo contrário. O auge do ataque é a participação comissiva; no caso, a entrega da arma. A omissão subsequente, que teria por fim reverter esse perigo, apenas mantém o risco por ele mesmo já criado ou aumentado em um primeiro momento.

¹¹⁷ A cada indivíduo incumbe assegurar que o próprio comportamento não acarrete lesão a bens jurídicos. Sem uma razão especial a mais, não se justifica o dever sobre âmbitos de organização e sobre comportamento de terceiros. Assim, responde primariamente pelo resultado como autor o agente que diretamente cria um risco de lesão ao bem jurídico (op. cit. p. 176). O partícipe, ao criar o risco de lesão ao bem jurídico auxiliando o autor de um delito, responde apenas em função de uma razão a mais: a cláusula geral que estabelece a responsabilidade penal por comportamentos acessórios.

¹¹⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alair. Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação. *RICP*, Belo Horizonte, v. 7, nº 1, p. 131-158, 2022. p. 145.

¹¹⁹ Ibidem.

A omissão posterior à cooperação ativa é, portanto, expressão de uma unidade de sentido do comportamento e conduz à punição por comissão, sendo esse o sentido de ilícito prevalente¹²⁰. Há, portanto, por força da proibição de dupla valoração, hipótese de concurso aparente entre uma participação comissiva e uma participação omissiva imprópria, o qual, como visto, pode ser resolvido pela subsidiariedade da participação omissiva, prevalecendo a comissão.

Essa solução, contudo, somente é possível quando se adota um sistema diferenciador entre autores e partícipes também no plano da omissão imprópria. Quando não se reconhece a possibilidade de uma participação omissiva imprópria, não há como trabalhar com normas equivalentes, mas o concurso entre uma participação — secundária — e uma autoria — primária. Por consequência, toda e qualquer participação acabaria subvertida em autoria por ingerência. A questão, portanto, demonstra a relevância da adoção de uma diferenciação nos delitos omissivos.

2.4. Conclusões parciais

A diferenciação das formas de intervenção no delito é imprescindível para assegurar a legalidade, igualdade e proporcionalidade. Afinal, contribuições diferentes devem ser tratadas de modo distinto pelo sistema penal, com respaldo deontológico para a sua punição e cominação proporcional de sanção.

Nesse sentido, o ordenamento estabelece não apenas os tipos penais que criminalizam os crimes em espécie, como também cláusulas gerais que conferem fundamento deontológico para responsabilização da participação, estabelecendo seus limites e pressupostos, bem como hipótese de diminuição da pena. A observância desses estritos limites é imprescindível para que se leve a sério a legalidade, assegurando a função de garantia do tipo penal.

Ademais, a diferenciação entre autoria e participação confere maior segurança jurídica acerca dos fundamentos de responsabilização de cada indivíduo, permitindo a justificação racional de sua punição, bem como a adequada aplicação da causa de diminuição da pena em função da participação de menor importância, com relevantes impactos para o acusado.

¹²⁰ AGUILAR, Francisco. *Estudos sobre cumplicidade destacados da tese*. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 118.

A racionalidade da dogmática penal requer o mesmo rigor na observância dos princípios liberais que orientam o sistema tanto nos crimes comissivos, quanto nos crimes omissivos. Os argumentos em favor da diferenciação nos delitos comissivos de resultado ensejam o crescente reconhecimento da importância em diferenciar as formas de intervenção, o que se torna ainda mais relevante nos crimes omissivos impróprios. Afinal, inobservar as diferenças qualitativas entre autoria e participação nesses casos significa deixar de observar as ínsitas diferenças entre os deveres assumidos por cada um dos intervenientes. Em última análise ainda, ignorar a participação omissiva imprópria levaria a um esvaziamento completo do auxílio, que configuraria sempre hipótese de ingerência.

3. PANORAMA DA DOGMÁTICA SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS NOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

A adoção de um critério unitário ou diferenciador sobre o concurso de pessoas nos delitos impróprios de omissão, embora pouco discutida no Brasil — onde a diferenciação é usualmente refutada sem maiores aprofundamentos¹²¹ —, é objeto de amplas discussões em outros países¹²². Na sequência será apresentado um panorama dos diversos posicionamentos doutrinários sobre a possibilidade ou não de se falar em uma compreensão diferenciadora entre autoria e participação na omissão, sem a pretensão de exaustividade. Permite-se, com isso, constatar os principais desafios para a solução da questão, analisando de que forma cada uma dessas propostas contribui para uma melhor compreensão do problema e quais aspectos podem ser melhor desenvolvidos.

¹²¹ Nesse sentido, refutam a possibilidade de uma participação negativa (participação *por* omissão imprópria): BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 84 e ss.; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 405 e ss. e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 839. Admitem a participação omissiva, embora sem abordar especificamente a omissão imprópria: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 588. SHEILA BIERRENBACH admite a participação omissiva imprópria, embora não aprofunde a análise indicando os fundamentos e limites da participação omissiva imprópria ou mesmo indique critérios diferenciadores. BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 126.

¹²² Note-se, inclusive, que na doutrina estrangeira o problema é levado a sério e não é novidade, mas uma questão que ocupa a dogmática há anos. Assim, a título de exemplo, na Alemanha o tema foi objeto de debates nas cortes, já com o julgamento do caso RGSt 71, 176-178, 3 D 970/36, 12.04.1934, tendo sido discutida em textos chave como: KIELWEIN, G. *Unterlassung und Teilnahme*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, R. V. Decker's Verlag, Hamburg, 1955, p. 225-232.

Nesse ponto, antes de avançar, vale tecer uma elucidação metodológica acerca do estudo de soluções propostas pela dogmática de diferentes países. Não se ignora que cada país tem sua própria legislação, sua própria construção jurisprudencial e doutrinária, suas próprias estruturas jurisdicionais, em suma, sua própria tradição jurídica, inserida em uma realidade cultural, política, econômica e social única. Não obstante, a construção racional de argumentos em outras ciências jurídicas permite a reflexão crítica e localizada e pode servir de impulso para o aperfeiçoamento do próprio Direito¹²³. Destaque-se, ainda, que há uma construção técnica universal da dogmática, ou seja, “[a]s demandas políticas, as urgências, são nacionais ou regionais, mas a técnica de elaboração dos sistemas é universal”¹²⁴. Por fim, vale destacar que o que de fato importa são as razões, seguindo um caminho em que se busca a solução correta para o problema a partir da discussão e argumentação, sob “a inquietude que pressupõe o aprender”¹²⁵.

3.1. Posições unitárias

De um modo geral, as posições que refutam a diferenciação das formas de concurso de pessoas nos delitos omissivos impróprios podem ser agrupadas em duas correntes. De um lado, há aqueles que, partindo de uma argumentação fundamentada no domínio do fato, defendem que o omitente no concurso de pessoas em que o fato principal é realizado por comissão é sempre partícipe. De outro lado, alguns entendem que o omitente garantidor é sempre autor, corrente esta que pode ser subdividida entre aqueles que partem de uma argumentação ontológica e causalista e aqueles que partem do dever como fundamento para o tratamento indiferenciado.

¹²³ Assim: “O aperfeiçoamento de conceitos, sua problematização, sempre move a novas reflexões e impulsiona o avanço do conhecimento jurídico. Em tal sentido os aportes que podem fazer todas as vertentes da ciência jurídica alemã são eventualmente úteis”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. Trad. Rafael Fagundes. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, a. 15, nº 17-18, p. 39-46, 2011. p. 41.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. Trad. Rafael Fagundes. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, a. 15, nº 17-18, p. 39-46, 2011. p. 45. O teórico destaca ainda a inserção dos países da América Latina na tradição europeia continental de direito, não sendo descartáveis os aportes de diferentes nações da Europa, além de identificar um espírito do sistema de clara inclinação alemã.

¹²⁵ GRECO, Luis. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. *En Letra: Derecho Penal*, a. I, nº 2, p. 1-5, 2016. p. 5.

3.1.1. Posição que entende que a omissão, em concurso com comissão, é sempre participação: teoria do domínio do fato

As teorias do domínio do fato consideram autor aquele dotado do domínio real e partícipe aquele dotado do domínio potencial¹²⁶. Isso porque o autor que atua ativamente tem controle sobre o curso do delito e, assim, “[...] obstrui o acesso direto do garantidor inativo ao resultado punível”¹²⁷. Assim, de um modo geral, quando houver um executor ativo autorresponsável, o interveniente omitente será apenas partícipe¹²⁸. A autoria do omitente somente poderia ser afirmada quando a produção do resultado depender exclusivamente da sua atuação¹²⁹ ou quando, não obstante a barreira da vontade do

¹²⁶ Adotam essa posição: GALLAS, Wilhelm. Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung.” JZ, v. 15, n° 22, p. 686–692, 1960. p. 687.; WEIGEND, Thomas. § 13: Begehen durch Unterlassen. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-van, RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus (eds.). *Leipziger Kommentar StGB Online*. Berlin: De Gruyter, 2020. Num. 95; KIELWEIN, G. Unterlassung und Teilnahme. *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, R. V. Decker’s Verlag, Hamburg, 1955, p. 225-232.

¹²⁷ Destaca-se em nota o excerto mais amplo: “Enquanto a parte que age ativamente controla o curso do delito por meio de suas ações, ela “obstrui” o “acesso” direto do garantidor inativo ao resultado punível: a não intervenção do garantidor só pode ganhar importância para a ocorrência desse resultado como uma não prevenção da parte que age e, portanto, apenas como uma “promoção negativa” da atividade desenvolvida por esta última. Visto dessa forma, entretanto, o garantidor omissor desempenha apenas o papel de um acessório em termos de valor ao lado do autor do crime.” GALLAS, Wilhelm. *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*.” *JuristenZeitung*, v. 15, n° 22, pp. 686–692, 1960. p. 687. Tradução livre.

¹²⁸ Nesse sentido, WILHELM GALLAS: “No entanto, é preciso dar um passo além e assumir que, além do autor de um delito doloso, qualquer garantidor que não o impeça de levar a cabo o resultado do delito é, em princípio, responsável apenas como cúmplice” (Ibidem. p. 687.). Com algumas ressalvas, THOMAS WEIGEND: “A responsabilidade criminal por autoria através de omissão, de acordo com as regras gerais, só é levada em consideração caso se constate que o garantidor, pelo uso de seus poderes individuais (inclusive na hipótese fática de envolvimento de terceiros), se encontra-se na posição de conseguir evitar o resultado. Mas mesmo quando essa condição é cumprida, o garantidor confrontado com um autor determinado (que pode ser uma pessoa a ser supervisionada por ele ou um terceiro que ataca seu pupilo) normalmente, em comparação com um autor ativo, não terá o domínio potencial da ofensa no sentido de poder dominar o acontecer típico sem esforço especial caso apenas decidisse intervir. Uma intervenção bem-sucedida do garantidor é muitas vezes impedida pela barreira da ativa vontade de autor do terceiro, que é muito mais difícil de superar do que fazer uso ativo de seu próprio poder. Portanto, como regra, em casos de inatividade em face de uma agressão criminosa, é apropriado punir o garantidor apenas como cúmplice. Entretanto, pode-se conceber casos em que o garantidor poderia facilmente impedir a realização do delito, especialmente se ele for física e/ou psicologicamente superior ao autor ativo de tal forma que ele (potencialmente) o “teria em suas mãos” – por exemplo, se o pai puder impedir que sua filha de 14 anos bata em uma outra criança o crime simplesmente intervindo verbalmente.” WEIGEND, Thomas. § 13: Begehen durch Unterlassen. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-van, RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus (org.). *Leipziger Kommentar StGB Online*, n° 95. Berlin: De Gruyter, 2020.

¹²⁹ O garantidor então “se torna autor do delito em virtude de sua posição no fato conjunto, porque então ele sozinho decide sobre o ‘se’ da conclusão do delito.” KIELWEIN, G. Unterlassung und Teilnahme. *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, R. V. Decker’s Verlag, Hamburg, 1955, p. 225-232. p. 227. LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 343 e ss.

executor ativo, o garantidor puder, sem maiores esforços, impedir o resultado¹³⁰. Por consequência, se, no caso concreto, o executor ativo perder o domínio do fato, o omitente se torna autor, uma vez extinta que a barreira entre ele e o impedimento do resultado¹³¹. A solução assim proposta torna a responsabilidade do garantidor inteiramente dependente de fatores ontológicos: de seu potencial poder de impedir o resultado.

Os críticos a essa posição questionam a própria equivalência entre ação e omissão¹³², pois a relevância da presença de um concorrente que atua de forma comissiva tornaria o garantidor omitente figura acessória ou marginal. Essa crítica, contudo, não é tão simples. Há inúmeros trabalhos que defendem justamente uma assimetria — tanto dogmática¹³³ quanto moral¹³⁴ — entre a ação e a omissão. Note-se ainda que há inclusive ordenamentos que determinam a redução de pena para a omissão imprópria, como o Direito Penal alemão. Trata-se de questão que requer, portanto, uma análise aprofundada em um trabalho monográfico próprio, ultrapassando os limites da discussão aqui proposta.

Há, contudo, outras críticas consistentes à solução do domínio do fato. Inicialmente, é contundente a discordância de VOLKER HAAS à proposta por não fundamentar a transferência do princípio do domínio do fato para a omissão. Como critério formulado para os crimes comissivos de resultado, o seu manejo nos delitos omissivos exige maior reflexão e adaptação aos pressupostos e estruturas próprios a essa forma delitiva¹³⁵.

¹³⁰ WEIGEND, Thomas. § 13: Begehen durch Unterlassen. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-van, RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus (eds.). *Leipziger Kommentar StGB Online*, nº 95. Berlin: De Gruyter, 2020.

¹³¹ Acrescente-se em nota, como exemplo, a decisão BGHSt 32, 367, 374 (Caso Wittig), em que o BGH adotou uma leitura fundamentada no domínio do fato para tratar como autor um médico que, respeitando a decisão de um terceiro suicida, lhe deixou falecer. A corte entendeu que alcançado o estado de inconsciência, o suicida perde a possibilidade de influir sobre os fatos. Desse modo, a partir de então, o resultado dependeria unicamente da conduta do garante. O problema é que a conduta do médico é objetiva e essencialmente a mesma. A alteração de circunstâncias não modifica o seu dever de forma posterior.

¹³² Por todos: TOYOTA, Motoko. Beteiligung bei Unterlassungsdleikten. *Ritsumeiken Law Review*, nº 28, p. 30-45 jun. 2011. p. 35.

¹³³ No Brasil: CUNHA LUNA, Everardo da. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 20, nº 80, p.125-136, out./dez. 1983, p. 131 e ss.

¹³⁴ Por todos: SMITH, Patricia. Bad samaritans, acts and omissions. In: FREY, R. G.; WELLMAN, Christopher Heath (eds.). *A companion to applied ethics*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005. p. 475-486. Destaque-se ainda HORÁCIO SPECTOR, que defende a assimetria entre a ação e a omissão justamente diante de casos em que há um agente autorresponsável que atua ativamente entre o omitente e o resultado (SPECTOR, Horacio. The moral Asymmetry between acts and omissions. In: KESSLER, Ferzan; MORSE, Stephen J. (eds.). *Legal, Moral and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 187-202).

¹³⁵ HAAS, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, 5, p. 392-397, 2011. p. 395.

Pode-se ainda confrontar essa posição por recorrer a uma categoria dogmática que não se presta à diferenciação entre autores e partícipes para a solução do problema. Trata-se de uma proposta que baseia a escolha pela figura central e marginal do delito a partir do caso não com fundamentos jurídico-normativos, mas puramente naturalísticos, vinculados à dominabilidade. Aproxima-se, portanto, antes, de uma análise sobre a capacidade físico-real de agir do indivíduo, critério este que determina propriamente a sua punibilidade e não se presta a diferenciar a forma de concurso pela qual atua.

Essa aproximação à capacidade de agir torna ainda mais problemática a solução proposta, na medida em que, em diversos casos, um resultado que se dá por forças da natureza pode impor maiores desafios ao salvamento do que o resultado decorrente de um ato comissivo de um terceiro. Imagine-se, de um lado, o imenso desafio imposto pelo socorro a uma criança que cai em um rio profundo e de forte e agressiva correnteza, requerendo para o salvamento considerável emprego de força e energia. De outro lado, suponha-se o pequeno desafio que demandaria o socorro de uma criança prestes a ser agredida por um terceiro, que interromperia sua ação pela simples ameaça de denúncia às autoridades¹³⁶. A barreira imposta pela vontade de um terceiro, em alguns casos, não será maior que aquela imposta pelos desafios da própria natureza.

Acrescente-se, ademais, que a proposta, ao partir da dominabilidade, faz com que não se analise o efetivo dever ou compromisso assumido pelo garantidor para com o resultado e tampouco fica evidente ou devidamente fundamentada a razão pela qual o garante omitente seria considerado uma figura marginal em relação ao autor comissivo quando ambos violariam, em princípio, deveres primários.

A proposta acaba por ensejar ainda inconsistências práticas. Como visto, a concepção parte de um conceito de domínio do fato visivelmente naturalístico ou causal, em um sentido de dominabilidade. O domínio é compreendido nesses termos como uma manifestação do controle sobre o desenrolar do injusto e, dessa forma, consiste em um conceito voltado para o “fazer” e não para o “dever”. Como se trata de um conceito

¹³⁶ Assim, a crítica elaborada por SCHÜNEMANN: “Não seria convincente, admitir que o garante seria sempre autor quando a causação de um resultado se dá por forças da natureza, e no caso da causação de um resultado por ato comissivo de um terceiro admitir sempre a cumplicidade, porque, num caso concreto, pode ser muito mais fácil impedir a prática de um crime (por exemplo, ameaçando denunciar tal prática às autoridades), do que, por exemplo, socorrer uma criança que, por acidente, caiu na água ou está em meio a chamas” SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor §§ 26, 27. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLÜCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (eds.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021. p. 831.

voltado para o estado das coisas, modifica-se conforme o desenvolvimento ontológico dos fatos. Assim, circunstâncias fáticas externas exercem papel definitivo na forma como serão punidos os indivíduos cujo comportamento é objetivamente idêntico e objeto de normas idênticas.¹³⁷ E não se pode perder de vista que, embora o domínio ou, melhor dizendo, a capacidade físico-real de agir possa se alterar, os deveres que se dirigiam ao destinatário tendem a se manter.

3.1.2. Posições que entendem que o garantidor é sempre autor

Em sentido contrário à proposta anterior, há diversas teorias que propõem que o garantidor será sempre autor e nunca partícipe. Nessa concepção, não há participação omissiva, ou seja, não há diferenciação entre pessoas que omitem.

a) *Compreensão finalista da participação como conceito ontológico*

Partindo de uma perspectiva finalista e ontológica da participação, ARMIN KAUFMANN defende a impossibilidade formal e valorativa de participação na omissão e por omissão.

Inicialmente, o teórico entende não existir participação na omissão, uma vez que, diante de uma omissão como fato principal, “não existe ação típica alguma que possa ser sustentada faticamente e falta resolução do fato que possa ser sustentada

¹³⁷ Assim o exemplo de ROXIN: “Se o garantidor não impede o disparo mortal do assassino e a vítima more instantaneamente, será sempre apenas um cooperador. Mas se a vítima que sangra podia ainda durante um momento ter sido salva ao ser levada ao hospital, o garantidor que, consequentemente, [por sua decisão] permanece inativo, ascende de imediato à categoria de autor, ainda que, em ambos os casos, apenas lhe possa ser reprovada a sua não intervenção”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 807. Tradução livre. O garante está inerte em ambas as situações. Na primeira, contudo, há um terceiro autorresponsável que realiza uma ação causal, elemento este que faria do garante cooperador. Ao passo que, no segundo caso, por se tratar de situação envolvendo a possibilidade de intervenção para conter o sangramento que levaria à morte, ou seja, fatores decorrentes da natureza das coisas, sem influência de um terceiro autorresponsável entre os acontecimentos (ainda que por um terceiro causado), tornar-se-ia o garantidor que não adota medidas de salvamento para impedir o resultado em autor. No mesmo sentido, Herzberg: “Se aquele que não atua inicialmente age apenas como um cúmplice, ele não se torna um autor de omissão depois que o autor tenha terminado seu trabalho (a vítima que foi empurrada para a água ainda pode ser salva); isso se torna óbvio quando tomada como comparação situação correspondente partindo de um crime comissivo. Se alguém, em nome do autor ausente, verifica e ajusta novamente a máquina infernal pouco antes da explosão — desnecessariamente, por si só — isso é, em regra, apenas cumplicidade — mesmo de acordo com o critério do domínio do fato — embora ninguém “obstrua” o “acesso” do agente ao resultado punível (cf. Gallas) e “a ocorrência do resultado criminoso dependa exclusivamente de sua conduta” (cf. Kielwein).” HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 116, tradução livre.

psiquicamente”¹³⁸. E ainda: “a indução de omitir tampouco é concebível, pois como não existe o <<dolo de omissão>> não pode se realizar o elemento essencial da indução, o suscitar uma decisão do fato”¹³⁹. Para o teórico, o dolo somente poderia ser reconhecido como controle final ou domínio final do curso causal e o domínio ativo somente seria possível nos delitos comissivos.

Quanto à participação omissiva propriamente dita, KAUFMANN entende que todo garante que pode impedir o ataque ao bem jurídico reúne todos os requisitos do autor omissivo, não havendo razões materiais e critérios para diferenciar um auxílio por omissão. Acrescenta ainda que não é possível uma contribuição ser causal por omissão e, assim, tampouco seria possível favorecer, por omissão, um delito comissivo.¹⁴⁰ Ademais, considera incoerente diferenciar penas de um mesmo comportamento quando diante de um contexto coletivo ou de um contexto de ordem natural¹⁴¹. A título de exemplo, não haveria por que diferenciar a pena de um salva-vidas que se omite em salvar a criança que se afoga após cair sozinha na piscina daquela de um salva-vidas que se omite em salvar uma criança lançada na água por um terceiro para afogar. Diante dessas hipóteses, KAUFMANN entende que aqueles que defendem a participação omissiva imprópria teriam o ônus de fundamentar o porquê dessa diferenciação valorativa.

Por fim, submete ainda a possibilidade de participação por omissão ao teste da tentativa, afirmando que reconhecer a possibilidade de participação por omissão levaria a hipóteses absurdas e infinitas de se responsabilizar indivíduos por omissão, inclusive por fatos imaginados¹⁴². Essa crítica, contudo, apenas se sustenta na Alemanha, onde é

¹³⁸ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 203.

¹³⁹ Ibidem. p. 204.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 301.

¹⁴¹ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 203. p. 302.

¹⁴² Ibidem. p. 298-299.

possível tanto a tentativa de instigação (§30, 1, do StGB)¹⁴³ quando a tentativa inidônea (§22 e §23, 3, do StGB)¹⁴⁴, casos estes que o Código Penal brasileiro não admite.

Passa-se, então, ao enfrentamento de cada um desses argumentos. Quanto ao primeiro deles, vale evidenciar que, por um lado, de fato será autor o garante que pode impedir o ataque ao bem jurídico e que reúne todos os requisitos do autor omissivo. No entanto, a mera posição de garante não implica satisfazer a todos os requisitos da autoria omissiva. Ainda que o omitente tenha uma relação juridicamente fundada de vigilância ou proteção sobre um determinado bem jurídico, a natureza dos deveres de impedir o resultado que lhe são impostos não necessariamente se subsomem à autoria comissiva.

Quanto à suposta ausência de razões materiais para fundamentar a omissão imprópria, foi possível verificar densamente no capítulo anterior a relevância do problema e as inúmeras razões para fundamentar uma diferenciação. A ausência de critérios não justifica afastar a possibilidade de diferenciação — em especial diante de fortes razões de legalidade e proporcionalidade —, mas sim um desafio a ser enfrentado pela dogmática.

Quanto ao argumento da causalidade, diversos trabalhos contemporâneos fundamentam a causalidade da omissão imprópria¹⁴⁵. Não seria tão simples, portanto, afastar, imediatamente, a possibilidade de um favorecimento omissivo impróprio causal.

¹⁴³ Assim: “§30 Tentativa de participação. (1) Quem tente determinar outro a cometer um crime ou instigar a ele, será punido conforme o preceito sobre a tentativa de crime. Entretanto, deve-se atenuar a pena segundo o § 49, 1. Assim rege o § 23, 3. (2) Do mesmo modo será castigado, quem se declare disposto, quem aceite o oferecimento de outro ou quem com outro ajuste para cometer um crime ou instigá-lo”. Tradução livre do original: “§ 30 Versuch der Beteiligung. (1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend. (2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.”.

¹⁴⁴ Assim: “§ 22. Tenta cometer um fato punível aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo” e “§ 23. [...] (3) Se o autor desconhece, por uma incompreensão grave, que a tentativa não poderia levar à consumação do delito devido à natureza do objeto sobre o qual, ou dos meios pelos quais, o delito seria cometido, o tribunal poderá abster-se de impor uma penalidade ou atenuá-la a seu critério (§ 49, 2.)”. Tradução livre do original: “§ 22. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt” e “§ 23. [...] (3) Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2.)”.

¹⁴⁵ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018; RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023; ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 171 e ss.; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 254-285; ROXIN, Claus. *Problemas de causalidade intermediada psiquicamente*. In. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 152-181.

A objeção desmantela-se também diante de um raciocínio oposto: são diversos os trabalhos que afastam a causalidade da participação¹⁴⁶, de modo que a ausência de possibilidade de causalidade por omissão tampouco ofereceria fricções com a imputação da participação. Essas dificuldades, todavia, não podem ser utilizadas para fundamentar a impossibilidade da participação omissiva imprópria, sendo necessário extrapolar as dificuldades práticas e superficiais para enfrentar a questão em seus fundamentos.

b) Teoria dos delitos de infração de dever

É muito difundida a posição segundo a qual aquele que viola um dever especial é sempre autor, afastando-se assim a possibilidade de diferenciação entre as formas de intervenção dos omitentes. Essa posição teria sido originalmente formulada por ARMIN KAUFMANN¹⁴⁷ e posteriormente desenvolvida por CLAUS ROXIN¹⁴⁸ a partir da sua teoria dos delitos de dever¹⁴⁹.

Para ROXIN, o autor é a “figura central” do acontecimento típico¹⁵⁰; o partícipe, a figura marginal. Para a melhor identificação das figuras central e marginal do acontecimento típico, ROXIN formula critérios específicos para as diferentes

¹⁴⁶ Destaca-se: “[...] é inegável a existência de situações nas quais a afirmação do conteúdo causal de condutas participativas é duvidoso” e “[...] não pode soar blasfêmia a investigação de certas complicitades secundárias que não dispõem de conteúdo causal.” BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 51. No mesmo sentido: BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. T. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 267; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 637, OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 80-98; VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 82.

¹⁴⁷ Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 203.

¹⁴⁸ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. *passim*. Importante notar que, embora ROXIN tenha cunhado a teoria dos delitos de dever e defendido, inicialmente, de forma rigorosa que os delitos de omissão imprópria se enquadram nessa categoria, o teórico, posteriormente, parece ter aderido à proposta de Bernd Schünemann para a fundamentação material dos deveres de garantidor. Não obstante, o teórico não parece ter alterado sua posição sobre o concurso de pessoas nos crimes omissivos impróprios. Assim, em seu manual, ROXIN parece ainda considerar que aquele que viola um delito especial é sempre autor, apenas acrescentando à teoria dos delitos de infração de dever o requisito da equivalência ao tipo penal comissivo para conformar autoria. Desse modo, diante de uma violação de um dever especial, é preciso observar a correspondência para com o tipo da Parte Especial. Se verificada, tem-se hipótese de autoria, do contrário, trata-se de participação (Idem, 2014. p. 802 e ss.).

¹⁴⁹ A tradicional teoria dos delitos de infração de dever consolidou no Brasil um amplo entendimento no sentido de um conceito indiferenciado de omitente. Nesse sentido, por todos: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 404-409.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 42.

manifestações do delito. Nos delitos de domínio¹⁵¹, crimes comissivos de resultado, a autoria seria identificada a partir do critério do domínio do fato. Para os delitos de dever, entre eles os crimes omissivos impróprios, o teórico adota o critério da titularidade do dever, a partir da ideia de que a autoria se constitui pela violação do dever. Especificamente no que concerne à omissão imprópria, autor é quem tem o dever de garante. Em suas palavras, “[d]omínio do fato e posição de garante são, por conseguinte, critérios de autoria autônomos e equivalentes”¹⁵². Não obstante, os resultados práticos sobre as formas de manifestação da participação são muito diferentes.

Com base na ideia de que o decisivo para a configuração da autoria nos crimes omissivos impróprios é a infração do dever, será sempre autor o titular dos deveres especiais, que o colocam em condições de atuar por omissão imprópria. E, segundo a teoria, os deveres de garante não seriam passíveis de gradação, fundamentando sempre a autoria. Assim, para todas as posições de garante há uma identidade de conteúdo dos deveres, o que demanda um tratamento igual para todos os garantidores.¹⁵³ Diante disso, não há que se falar em participação omissiva imprópria¹⁵⁴.

A infração ao dever de evitar o resultado seria o fundamento do tipo e, portanto, a sua violação corresponderia sempre necessariamente à autoria. Dessa forma, todo

¹⁵¹ Uma primeira formulação da teoria dos delitos de dever se encontra na obra “*Política criminal e sistema de direito penal*”, na qual ROXIN identifica dois métodos empregados pelo legislador para a formulação dos tipos penais. Por um lado, nos delitos de comportamento, o método adotado seria o da descrição mais precisa possível dos comportamentos, enquanto, por outro lado, nos delitos de dever o legislador estaria concentrado na violação de um dever, independentemente da forma externa pela qual aparece o comportamento (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64 e ss.). Falava-se então em um fundamento para a sanção nos delitos de dever com base no papel social assumido por alguém, sendo autor aquele que viola as exigências de prestações oriundas de um papel social por ele assumido, seja por meio de um agir ou de um omitir. Em “*Autoria y dominio del hecho*” passa-se a uma classificação em delitos de domínio e delitos de dever, concentrando-se ROXIN no que aqui interessa — a teoria dos delitos de dever — antes na violação de deveres propriamente dita do que nos papéis assumidos pelo indivíduo em sociedade. Idem, 2016. p. 343 e ss. Recentemente o teórico parece propor uma junção das propostas, conceituando os delitos de dever como “delitos em que a autoria é caracterizada pelo fato de que alguém viola ou negligencia o dever decorrente de seu papel social e, dessa forma, provoca um ataque típico a bens jurídicos. O critério da violação dos requisitos de um papel social, que eu já havia enfatizado em 1970 como característica dos delitos de dever, destina-se a identificar uma característica dos delitos de dever que é essencial para eles e sua diferenciação dos delitos de domínio, mesmo na visão de Schünemann: a saber, que o autor deve ter violado um requisito de relacionamento jurídico-social que existia antes do delito e que vai além da obrigação de evitar o delito que se aplica a todos”. Idem, 2014. p. 522.

¹⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 807.

¹⁵³ Assim: “*Sobre todo, no se puede efectuar una graduación valorativa entre deberes de garante que se “corresponden” más con la autoría o más con la cooperación o complicidad en los delitos comisivos, porque cada deber de garante tiene igualmente por contenido la evitación del resultado*”. Ibidem. p. 810.

¹⁵⁴ Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 839.

garantidor, como destinatário de um dever de impedir o resultado, seria autor ao infringir esse dever que lhe é imposto.

A participação, formulada a partir dos comportamentos comissivos, não tem correspondência na omissão. Pois, segundo aqueles que adotam essa posição, o sujeito que se omite não prestaria jamais ajuda, mas apenas se omitiria a impedir um resultado, realizando o tipo de omissão de forma independente. Se o critério para autoria está no dever especial, aqueles intervenientes que não têm uma posição de garante são considerados partícipes. Entende-se o auxílio como conceito secundário, que cumpriria uma função “residual” ou de “captação”, na qualidade de figura subsidiária que permite abranger as formas de intervenção que não se amoldam à autoria¹⁵⁵.

Vale observar que, para ROXIN, sua posição nada mais é que a adoção de uma solução diferenciadora para a contribuição de autores e de partícipes, uma vez que considera os garantidores como autores e os demais, que não atendem ao requisito típico, como partícipes. Ao se considerar essa teoria como unitária, adota-se um olhar concentrado sobre os comportamentos omissivos. Afinal, adotar o dever de garante como critério diferenciador leva a um resultado unitário sobre os comportamentos omissivos: o garantidor é sempre autor, sendo inviável pensar em uma participação omissiva imprópria¹⁵⁶.

Trata-se, inicialmente, de uma proposta questionável por sua amplitude, uma vez que toda e qualquer posição de garantidor fundamentaria uma mesma responsabilidade especial, igualmente ampla, independentemente dos deveres concretos dirigidos ao garantidor, para todo e qualquer delito envolvendo determinado bem jurídico¹⁵⁷.

A teoria da infração de deveres, tal como formulada, desconsidera que há uma diferença qualitativa entre autoria e participação. Trata-se de uma concepção

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 803.

¹⁵⁶ ROXIN reconhece três exceções ao critério: crimes de mão própria, tipos que requerem um elemento subjetivo especial e cometimento de auxílio por pessoa sob vigilância. No entanto, esses casos não colocam em questão a diferenciação entre autores e partícipes na omissão imprópria propriamente dita, apenas dizem respeito à imputação do fato conforme o art. 30 do CP. Assim, por exemplo, o garantidor que não impedir um perjúrio somente poderia ser cúmplice, uma vez que o delito de perjúrio decorre de um juramento de própria mão. ROXIN enquadra sob o mesmo grupo os casos em que se requer um elemento subjetivo especial, como o ânimo de apropriação ou obtenção de vantagem. Por fim, será apenas cúmplice pai, garantidor responsável por uma criança menor de idade, que omitir o dever de impedir que o seu filho menor auxilie como cúmplice o delito de furto realizado por um terceiro. Para o teórico, o pai não ostenta uma posição de garantidor face à vítima, mas apenas teria o dever de impedir a ação do filho e deverá responder, então, como este. *Ibidem*. p. 803.

¹⁵⁷ HAAS, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, 5, p. 392-397, 2011. p. 395.

problemática, pois autor e partícipe são destinatários de diferentes normas de comportamento – a proibição resultante dos tipos penais na Parte Especial não se confunde com a proibição de concorrer para esses delitos, estabelecida pela articulação entre as normas da Parte Geral e da Parte Especial¹⁵⁸.

Com efeito, o tratamento unitário acaba por sobrevalorar o aporte omissivo do partícipe, em violação à individualização de responsabilidades e à proporcionalidade. A ausência de uma teoria da participação, em última análise, tem por consequência a punibilidade, sob o manto da autoria, de comportamentos que objetivamente não passam de um simples auxílio. E o teórico reconhece que isso ocorre¹⁵⁹.

Verifica-se ainda um óbice de proporcionalidade no que concerne à impunidade do cúmplice pela tentativa de participação em relação à punição do autor pela tentativa de um delito omissivo impróprio. Ao considerar o garantidor sempre como autor, promove-se uma antecipação da tentativa nos crimes omissivos impróprios de forma indiferenciada e desproporcional ao que ocorre nos delitos comissivos, em que a punibilidade do partícipe é suspensa até o início da execução.

Ademais, a doutrina vem construindo crescentes críticas à teoria dos delitos de dever no concurso de agentes sob a perspectiva da teoria das normas, apontando para o equívoco na própria categoria da “infração de deveres”. O comportamento injusto, seja comissivo ou omissivo — próprio ou impróprio —, representa sempre uma violação de dever, seja um dever geral de não lesar (*neminem laedere*), deveres objetivos de cuidado ou deveres especiais. Em outros termos, todo injusto penal tem por fundamento um dever, que se consubstancia como norma na forma de mandados ou de proibições¹⁶⁰.

De fato, ROXIN tem razão ao afastar a discussão acerca da gradação de deveres de evitação do resultado, mas o que se coloca em questão nos casos de concurso é, na verdade, a qualidade desses deveres, como principais ou como acessórios. Trata-se de

¹⁵⁸ RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos improprios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 215; GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12 e ss.

¹⁵⁹ Assim por exemplo: “[...] ambos tienen que ser autores de administración desleal, pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el <<deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos>> que le incumbe [...]” ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 389.

¹⁶⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 61.

uma diferença de comando, que se expressa não em termos de graduação ou intensidade, mas de estrutura.

Há, ainda, um intrigante problema sob o prisma da ingerência a ser considerado. Caso se considere que o comportamento prévio do partícipe ativo fundamenta um dever de garante por ingerência, o partícipe ativo que tem a possibilidade de agir para evitar o resultado decorrente do perigo criado por seu comportamento deveria ser responsabilizado, a título de autoria, em virtude da omissão subsequente¹⁶¹. Levando o argumento às últimas consequências, não haveria auxílio, mas sempre ingerência. Diante desse resultado disparatado, três são os caminhos possíveis: a) simplesmente aceitar a situação, hipótese em que a participação seria absolutamente reduzida (se não extinta), pois todo aporte fundamentaria, em verdade, a posterior responsabilidade por ingerência; b) sustentar uma solução a partir do concurso aparente entre a participação comissiva e a autoria omissiva imprópria, o que proporcionaria sérias dificuldades para fundamentar as razões pelas quais a participação comissiva deveria sobrepor-se à autoria omissiva; c) negar que a omissão imprópria fundamente sempre autoria, adotando uma construção diferenciadora que permita a solução da controvérsia a partir do concurso aparente entre a participação comissiva e a participação omissiva imprópria subsequente, permitindo, assim, superar as contradições valorativas apontadas anteriormente. Esta última parece oferecer o caminho coerente.

3.2 Posições diferenciadoras

As críticas contundentes às tradicionais teorias unitárias sobre o concurso de pessoas na omissão imprópria fomentaram o surgimento de um amplo debate, com a elaboração de diferentes soluções diferenciadoras, as quais delimitam, também nos crimes omissivos impróprios, omissões que fundamentam a autoria e omissões que fundamentam a participação. Antes, portanto, de apresentar a posição adotada nesta tese, é importante apresentar um panorama das propostas já formuladas, apontando para seus avanços e para a forma pela qual podem contribuir para a formulação de um raciocínio que melhor resolva o problema.

¹⁶¹ Problema endereçado no capítulo 2.3.

3.2.1 Solução com base na causalidade

YAO LI busca na causalidade uma solução para a diferenciação entre autoria e participação. Formula o seguinte critério: o omitente que, se houvesse realizado a ação devida, teria impedido o fato com probabilidade próxima da certeza é autor; ao passo que é partícipe o omitente que, por meio da ação devida, apenas aumenta a chance de que o resultado não se realize, ou seja, não teria impedido o fato com probabilidade próxima da certeza, mas apenas dificultado a sua realização¹⁶². A teórica retoma os desafios da causalidade na omissão, questionando, inicialmente, se a causalidade do comportamento omissivo do cúmplice deve ser compreendida a partir da ideia de que a execução da ação devida impediria o resultado com probabilidade próxima da certeza ou se basta que a ação devida tornasse o delito mais difícil.

YAO LI retoma, então, entre outros, um interessante julgado do *Reichsgericht*, que, em 1937, considerou participação por omissão a conduta de um oficial de navio que não impediu ou sequer dificultou o contrabando realizado pelos tripulantes do navio sob o seu comando (RGSt 71, 176-178, 3 D 970/36, 12.04.1934). Admite-se, com isso, que é suficiente para a responsabilidade penal do partícipe por omissão que o ato omitido houvesse dificultado o delito.

YAO LI passa então a analisar a causalidade do auxílio ativo, defendendo que deva ser compreendido não no sentido de que, sem o aporte, a infração não teria ocorrido, mas sim que a ação do partícipe possibilita ou favorece o delito principal na sua forma concreta. Conclui a teórica que, se para o auxílio ativo o requisito de causalidade for o de que o auxílio possibilite ou favoreça o injusto, “então a abordagem da jurisprudência na área da omissão é apenas consistente: quem, como garantidor, não tornar a violação do bem jurídico mais difícil, é punido como cúmplice”¹⁶³. Assim, o raciocínio aplicado à

¹⁶² LI, Yao. Beteiligungs durch unterlassen. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95. p. 93.

¹⁶³ “Geht man also bei der aktiven Beihilfe von einem Kausalitätserfordernis dahingehend aus, dass die Beihilfe die Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt oder die Tatbegehung erleichtert, dann ist der Ansatz der Rechtsprechung im Unterlassensbereich nur konsequent: Wer als Garant die Rechtsgutsverletzung nicht erschwert, ist als Gehilfe strafbar.” LI, Yao. Beteiligungs durch unterlassen. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95. p. 92.

omissão nada mais seria que uma “imagem-espelho” ¹⁶⁴ dos requisitos da causalidade ativa.

Assim compreendida a causalidade, YAO LI conclui que deve ser responsabilizado como autor o garantidor omitente que, se houvesse adotado o comportamento devido, teria impedido o resultado com probabilidade próxima da certeza. Por outro lado, o omitente garantidor que, ao adotar a conduta devida, apenas dificulta o fato, permanece como figura marginal do resultado, sendo, portanto, cúmplice.

A proposta de YAO LI traz contribuição importante ao evidenciar o impacto que um agente autorresponsável entre o omitente e o resultado pode ter para a sua responsabilização. Os critérios, contudo, não são isentos de críticas.

A começar, a proposta enfrenta resistência no que concerne ao seu próprio ponto de partida: a causalidade. Aplicam-se aqui as críticas apresentadas anteriormente à proposta unitária da teoria finalista referentes à causalidade. Não há um consenso sobre a causalidade da omissão imprópria, tampouco sobre a causalidade do auxílio e da instigação. Adotar, portanto, a causalidade como plano para a solução exige um esforço de fundamentação sobre cada um desses pontos, indicando inclusive por que esse mesmo critério não deveria ser aplicado ao concurso de pessoas nos crimes comissivos.

Nesse ponto, parece ganhar espaço no Brasil a teoria da diminuição do risco para a causalidade na omissão imprópria, defendida, entre outros, por LUÍS GRECO¹⁶⁵. Essa solução é, de pronto, incompatível com o critério de diferenciação entre autores e partícipes de YAO LI com base na causalidade da autoria como evitação do resultado e da participação como criação de uma chance.

Especificamente quanto à proposta de YAO LI, ao orientar-se para as circunstâncias fáticas, o critério acaba por ser circunstancial. Nesse sentido, a teórica afirma que, enquanto for possível impedir o resultado com probabilidade próxima da certeza, o garantidor será autor, mas, a partir do momento em que não mais for possível impedir, mas somente dificultar o delito, então o dever do garantidor se transforma em

¹⁶⁴ LI, Yao. *Beteiligungs durch unterlassen*. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95. p. 93.

¹⁶⁵ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 40-41.

um dever relativo ao agravamento (*Erschwerungspflicht*)¹⁶⁶. Com isto, a participação é transformada em um tipo penal subsidiário, que acolhe comportamentos que não atendem aos pressupostos de responsabilidade penal da omissão, sendo a punibilidade estendida para além dos limites legais.

Surge, com isso, a possibilidade de responsabilização a título de omissão imprópria de pessoas não por um dever especial de impedir um resultado, mas por um suposto dever de sua dificuldade. Isso porque o art. 13, §2º do CP estabelece como fundamento da omissão imprópria o dever especial de agir para impedir o resultado. Esse dever fundamenta sempre a responsabilidade a título de omissão imprópria, seja o omitente autor ou partícipe. A punição para além desse dever é uma indevida expansão penal sem fundamento legal para subsidiá-la.

3.2.2 Solução com base na capacidade físico-real de agir

WOLFGANG JOECKS recorre à capacidade físico-real de agir como solução para a diferenciação entre os concorrentes nos delitos omissivos, partindo da premissa de que a posição de garante não determina ainda a responsabilidade do indivíduo como autor. A responsabilidade dos intervenientes deve ser verificada no caso concreto, conforme a possibilidade do sujeito de evitar o resultado delitivo.¹⁶⁷ Dessa forma, quem domina o curso causal e pode salvar diretamente o bem jurídico é autor; ao passo que quem somente pode evitar o resultado com a ajuda de terceiros é partícipe.¹⁶⁸

De modo semelhante é construída a proposta de HARRO OTTO, para quem o garantidor é partícipe quando só pode cumprir seu dever por meio do autor por comissão

¹⁶⁶ LI, Yao. Beteiligungs durch unterlassen. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95. p. 94-95. Nisso se aproximando da proposta de HERZBERG e de OTTO, que serão abaixo analisadas. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 260 e ss. e OTTO, Harro. La complicitad por omisión. *En Letra: Derecho Penal*, a. III, nº 5, p. 188-205, 2017.

¹⁶⁷ “Daraus ergibt sich aber – entgegen Rudolphi – noch nicht zwingend, dass die Pflicht/Garantenstellung bereits die Täterstellung begründet. Wege zur Abwendung des Erfolges können unterschiedlich sein. So kann der Unterlassende selbst die Möglichkeit haben, den Erfolg allein abzuwenden. [...] Es gibt aber auch Fälle in denen ein Einschreiten selbst nicht möglich ist, man sich also z.B. der Hilfe Dritter (der Polizei) versichern muss. Auch im Bereich der Unterlassung kann man ggf. Nach dem Grad der Beherrschung des auf Abwendung des Erfolges gerichteten Kausalverlaufes differenzieren. Insofern ist der Auffassung zu folgend, die auch für diese Fälle auf das Kriterium der Tatherrschaft abstellen will.”. JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53-54.

¹⁶⁸ JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53 e ss.

(relação fática de dependência) e é autor quando pode impedir o resultado independentemente dos eventuais demais autores paralelos por comissão¹⁶⁹. O teórico reconhece também a participação quando o garantidor deixa de dificultar a realização do tipo, diante da impossibilidade de impedi-lo por completo¹⁷⁰.

As propostas parecem confundir deveres de garantidor e proposições de necessidade prática, ou seja, com a ação que o indivíduo deve adotar para satisfazer o dever que lhe é imposto, pois sujeitam a diferenciação entre autores e partícipes à possibilidade de agir para evitar o resultado ou de agir recorrendo à ajuda de terceiros para tanto¹⁷¹. Por exemplo: o pai possui o dever de garantidor de levar seu filho ao médico quando doente, impedindo que seu quadro de saúde se agrave e que venha a sofrer lesões ou a falecer. Omitir-se desse dever torna ao pai autor do fato principal, ainda que, não sendo um médico, não possa ele mesmo diagnosticar a moléstia, receitar medicamentos ou realizar a cirurgia que a criança precisa para se salvar. Da mesma forma, o pai que não sabe nadar e que não pode entrar na água para salvar seu filho menor que se afoga, cumpre o seu dever de garantidor ao chamar socorristas.

No que concerne à participação por omissão imprópria como violação de um dever de dificultar o fato principal, aplicam-se as críticas apresentadas para a proposta anterior, que destacam a indevida expansão penal para a responsabilização de indivíduos a título de omissão imprópria sem um dever especial de impedir resultados.

Assim, por um lado, é interessante para a diferenciação entre autores e partícipes levar em conta a forma como a conduta esperada e exigida do indivíduo poderia impactar o caso concreto. Esta análise, contudo, deve partir de uma rede de competências e funções distribuídas entre as pessoas de forma prévia aos fatos, envolvendo deveres pessoais e individuais de cada um em relação ao resultado. Em outras palavras, o rendimento de tais dados pode ser melhor explorado analiticamente a partir dos deveres que incumbem a cada um, inseridos em contextos de vinculação jurídica.

¹⁶⁹ OTTO, Harro. La complicitad por omisión. *En Letra: Derecho Penal*, a. III, n. 5, p. 188-205, 2017. p. 188.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 204-205.

¹⁷¹ JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53 e ss. De modo semelhante, embora afaste sua proposta da causalidade e a localize no tipo objetivo, HOFFMANN-HOLLAND aduz que: “O crucial é se o ataque ao bem jurídico é direto - então autoria - ou derivado - então cumplicidade.” HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen. *ZStW*, 118, heft 3, 2008. p. 630.

3.2.3. Solução material quantitativa

RICARDO ROBLES PLANAS elaborou uma teoria diferenciadora com base em um critério material quantitativo: o *quantum* da intervenção dos concorrentes. O que importa é a relevância da omissão na determinação do fato, ou seja, o “valor da omissão para o conjunto do fato”¹⁷². O teórico defende uma análise sobre a intensidade da omissão na determinação do fato¹⁷³, de modo que o omitente será autor quando sua omissão representar a totalidade da lesão, e partícipe quando o valor da omissão representar apenas um fragmento da lesão.

De modo semelhante, ANDREAS MOSENHEUER propõe um critério analítico-quantitativo a partir da teoria do domínio do fato. Em lugar de pensar o domínio como questão de imputação, sugere compreender o domínio da situação como questão comparativa quantitativa: estabelecer graus de responsabilidade¹⁷⁴. Parte, então, de uma comparação avaliativa do domínio decisório do autor e do partícipe¹⁷⁵. O garantidor omitente, em comparação com o autor comissivo autorresponsável, teria uma autoridade decisória reduzida, o que o tornaria uma figura marginal e não central do acontecer típico¹⁷⁶.

Para demonstrar sua proposta, o teórico indica como partícipe o pai que vê impassível a mãe agredir seu filho de um ano. Em contrapartida, se o garantidor tiver um poder de inibição superior ao do executor do delito, o omitente será autor. Assim, é autor o pai que, sem reagir, observa o filho de cinco anos agredir seu irmão mais novo de um ano. Diante da omissão simultânea de diversos garantidores, serão todos autores, na qualidade de figuras centrais do delito, nenhum deles sendo dotado de um poder decisório superior, ainda que se possa considerar um grau maior de injusto para uma dessas figuras¹⁷⁷.

Não obstante o avanço destas propostas na direção de uma adequada valoração do aporte do sujeito, com a sua análise individualizada, elas permanecem adstritas a um

¹⁷² ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 74.

¹⁷³ Ibidem, 2007. p. 74.

¹⁷⁴ MOSENHEUER, Andreas, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 193 e ss.

¹⁷⁵ Ibidem. p. 196.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 195.

¹⁷⁷ MOSENHEUER, Andreas, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 199.

fundamento que encobre as diferenças qualitativas da autoria e participação. Parte-se de uma posição segundo a qual todos os concorrentes realizam o mesmo tipo penal, diferenciando-se apenas quanto ao grau de suas contribuições. Destarte, em função de seu ponto de partida, não consistem na opção mais adequada ao princípio da legalidade, uma vez que requerem uma interpretação extensiva do tipo penal da Parte Especial para além dos limites de seu sentido literal possível para, assim, abarcar as diferentes formas de concorrer para o delito¹⁷⁸. Ademais, acabam por retomar uma noção de merecimento de pena, evitando-se o enfrentamento da questão central: a participação como um problema de imputação.

3.2.4 Teorias que diferenciam com base nos grupos de deveres de garante

Tem-se, ainda, um conjunto de teóricos que empreende a diferenciação com base nos tipos de deveres de garantidor: garantidores de proteção de bens jurídicos são, em regra, autores, e os garantidores de vigilância poderão ser considerados partícipes¹⁷⁹. Apresenta-se, a seguir, um panorama breve dos fundamentos oferecidos pelos principais defensores dessa posição.

a) Teoria do dever subsidiário de “retirar o auxílio”: a não dificuldade do crime como participação

ROLF DIETRICH HERZBERG parte da participação enquanto facilitação do crime principal cometido pelo autor para, então, buscar um raciocínio invertido que expresse a omissão: aquele que não ergue nenhum obstáculo para dificultar o crime principal é partícipe por omissão¹⁸⁰. O teórico entende que há também um dever secundário de omitir

¹⁷⁸ Observações críticas sobre o modelo unitário se encontram no capítulo 2.

¹⁷⁹ Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 428; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 260 e ss.; BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafrahmengmilderung beim Begehen durch Unterlassen*: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 99-100. De modo semelhante, embora sob diferentes premissas – competência de organização ou competência institucional: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 55 e ss. No mesmo sentido, LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 67 e ss.

¹⁸⁰ “Um garantidor não precisa ter a possibilidade de evitar completamente o resultado. É suficiente para ajudar e ser cúmplice se ele puder dificultar o crime e não o fizer. O paralelo com o agir comissivo é óbvio.

a prestação de auxílio decorrente dos deveres de impedir resultados, o qual poderia ser observado como um mandado de retirada da assistência. Salienta, por conseguinte, que enquanto a autoria exige um agir para a evitação do resultado, para a participação basta que o garantidor não realize ações que dificultariam o resultado. Assim, considera participação a omissão em dificultar o fato principal¹⁸¹.

A partir dessa premissa central, HERZBERG observa uma diferença entre as posições de garantidor de vigilância e de proteção: diante de fatos cometidos por autores autorresponsáveis, garantidores de vigilância são, em regra, partícipes, enquanto os garantidores de proteção, em regra, são autores.

No caso dos garantidores de vigilância, haveria uma aproximação às hipóteses de participação, de modo que, quando presente um autor autorresponsável, deve-se verificar a posição ocupada pelo omitente garantidor e a possibilidade de domínio sobre o acontecimento como um todo, o que, em geral é afastado e, assim, a omissão do garantidor de vigilância tende a ser compreendida como mera omissão de dificultar os fatos. Somente haveria autoria do garantidor de vigilância nesses casos quando o indivíduo fosse também considerado autor na hipótese em que houvesse apenas instigado ou auxiliado comissivamente o delito¹⁸².

A falha em evitar o resultado corresponde à ajuda qualificada e à facilitação que o autor poderia ter prescindido. É verdade que a omissão em si não acarreta nada, nem a ajuda causal nem a mera facilitação, mas a posição do garantidor existe para compensar isso.” HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 117.

¹⁸¹ Posição semelhante parece ser adotada por Alejandro Turienzo Fernández: “Sobre estas premisas, cabe expresar que, como la conducta omisiva del garante se corresponde, en lo esencial, con la falta de contención de un determinado curso de riesgo encuadrado dentro de seu ámbito de organización, a fin de poder responsabilizar a un sujeto a título de partícipe omisivo hará falta que este también haya quebrantado su compromiso de garante previamente asumido. Pero su contenido y alcance, a diferencia del compromiso asumido por el autor omisivo, no va a poder consistir en tener que neutralizar inmediatamente el curso lesivo. Más bien, en coherencia con lo explicado antes, tendrá que venir referido a dificultar la materialización de este curso de riesgo o, si se prefiere, a contribuir a impedir tal situación de la mano de una intervención auxiliar. Únicamente así cabrá equiparar satisfactoriamente la conducta de aquel garante que omite dificultar la producción del delito con la de quien por vía activa facilita la comisión del hecho penal”. TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 138.

¹⁸² Assim, em tradução livre: “O garantidor de vigilância, portanto, só pode ser autor por omissão em casos excepcionais, ou seja, na hipótese em que se ele também tornaria um autor (mediato) de crime caso tivesse instigado ou auxiliado o autor do delito de forma deliberada e comissiva. Exemplos: A reconhece que B acha que o revólver, que A entregou por descuido (ingerência) ou deixou sem guarda (dever de asseguramento do proprietário), está descarregado e que quer puxar o gatilho contra C como uma brincadeira; A percebe que seu filho de sete anos está se preparando para destruir a propriedade de outra pessoa. Nesses casos, se alguém quiser falar em domínio do fato e autoria mediata de A, considero que seria uma questão principalmente terminológica e faria sentido fazê-lo.” (HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 260-261.).

Em contrapartida, quanto aos garantidores de proteção, verifica-se, em regra, autoria. Isto porque, ao dever de proteção interessa o resultado, “e não como ele é alçado”. O que torna “mais apropriado relacionar a omissão do garantidor de proteção diretamente ao resultado”¹⁸³ do que verificar sua posição ou domínio sobre os fatos. A excepcional responsabilidade a título de participação ocorreria quando o indivíduo, por seu agir, no caso concreto, pudesse apenas dificultar, mas não impedir o resultado; quando o garantidor não possuir o elemento subjetivo especial do tipo; ou em casos de delitos de resultado vinculados a um comportamento.

Opõe-se à proposta de HERZBERG, inicialmente, o fato de que a omissão imprópria se caracteriza pela violação de um dever de impedir um resultado. Dessa forma, haveria uma extensão das hipóteses de punibilidade para além dos limites e fundamentos legais caso se admitisse a participação omissiva imprópria não como um dever de evitação, mas sim como um dever de dificultar o resultado. Tanto a autoria quanto a participação por omissão imprópria caracterizam-se a partir de um genuíno dever de garantidor, ou seja, um dever de impedir o resultado.

Além disso, a possibilidade de impedir o resultado não diz respeito propriamente ao dever do garantidor, mas sim, a depender da forma como se analisem os fatos, à causalidade (possibilidade próxima à certeza de impedir o resultado ou a melhora na condição do bem jurídico¹⁸⁴) ou à sua capacidade de agir. Nesse sentido, envolve uma verificação empírica ou ontológica de que a intervenção do garantidor não permitiria impedir por completo o resultado, apenas o dificultaria. Esta constatação deveria ensejar o afastamento da responsabilidade penal e não permite o salto para a responsabilização subsidiária sem lastro em um dever especial. A participação é um injusto autônomo, decorrente da violação de um dever acessório (também) especial de impedir um resultado. Não se trata de figura residual e não se presta a ampliação da omissão imprópria para além dos deveres especiais de sorte a acolher quaisquer contribuições causais ou

¹⁸³ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 262.

¹⁸⁴ A causalidade na omissão não será objeto do presente trabalho, pois trata-se de tema complexo e que merece um debate alongado, o que desviaria este texto de seu propósito delimitado. Assim, para maior aprofundamento, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 265 e ss.; GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018. *passim*; e RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023. *passim*.

facilitadoras do delito que não se amoldem diretamente aos tipos penais que descrevem a autoria.

Por fim, a proposta enfrenta ainda dificuldades ao fundamentar a diferenciação nos diferentes gêneros de dever de garantidor. Isto porque nem sempre é possível estabelecer uma separação precisa entre deveres de vigilância e deveres de proteção. Argumenta-se que um mesmo fato pode ser formulado sob a ótica do dever de proteção ou de vigilância conforme a perspectiva para sua análise em que “a proteção para uma pessoa é vigilância, em seu favor, dos perigos que a ameaçam e a vigilância de uma fonte de perigo é proteção para as pessoas em perigo em cada caso”¹⁸⁵. Nos debates sobre a questão, é comum o recurso ao exemplo do salva-vidas: seria o salva-vidas protetor dos nadadores face aos perigos das piscinas ou seria o vigilante desses perigos?¹⁸⁶ Se a delimitação entre posições de garante de proteção e de vigilância nem sempre é factível, tampouco será a identificação da forma de concurso¹⁸⁷.

b) Teoria do domínio sobre o fundamento do resultado

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 969.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 969 e HAAS, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, 5, pp. 392-397, 2011. p. 395. Outro exemplo encontra-se na análise de THOMAS ROTSCH sobre a decisão BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08. O teórico, ao analisar a responsabilidade do chefe do departamento jurídico de uma instituição de direito público responsável pela limpeza de ruas mediante a cobrança de taxas, considera tratar-se de garantidor de proteção, o qual deveria proteger os cidadãos usuários das estradas submetidas à limpeza e taxação de cobranças de tarifas excessivas. O teórico que, ademais, considera possível a participação omissiva imprópria de garantidores de proteção, conclui justamente que referido indivíduo poderia ser responsabilizado por participação omissiva imprópria, pois deveria ter intervindo contra a fraude perpetrada por funcionários, sob ordem de outro dirigente, para cumprir com o seu dever de proteção. ROTSCH, Thomas. *Entscheidungsbesprechung zu BGH, Urt. V. 17.7.2009 – 5 StR 394/08*. *ZJS*, nº 6, p. 712-718, 2009. Afirmar a posição de garantidor do chefe do departamento jurídico da instituição, contudo, não parece ser tão simples. Em se tratando de contextos complexos, como o Direito Penal Econômico, deve-se ter em conta que “[...] la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión: una dimensión ad intra, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa, que hace del administrador un garante de protección (Beschützergarant); y una dimensión ad extra, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa, en cuya virtud el administrador aparece como un garante de control (Sicherungs – o bien Überwachungs-garant).” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106. p. 80). A posição de garantidor do chefe se aproxima antes de uma posição de garantidor de vigilância sobre a fonte de perigo empresa, uma vez que possui relação juridicamente fundada com a instituição e que seus deveres expressam natureza centrífuga, ou seja, no sentido de conter os riscos decorrentes de uma fonte de perigo. Diferentemente, os deveres de proteção possuem uma natureza centrípeta, uma vez que consistem na proteção de bens jurídicos vulneráveis contra todos os perigos que possam lhe atingir. Este não parece ser o caso dos cidadãos usuários das ruas a serem limpas pela instituição em que trabalha o garantidor.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. Pflichtdelikte und Tathertschaft. In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luis (eds.). *Festschrift Für Bernd Schünemann Zum 70. Geburtstag Am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, Inc., 2014. p. 519. Tradução livre. p. 528 e ss.

BERND SCHÜNEMANN entende que os deveres jurídicos extrapenais decorrentes da lei e do contrato, assim como a ingerência, são meros epifenômenos da verdadeira razão para a equiparação entre a ação e a omissão: a assunção fática seja de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado ou vulnerável¹⁸⁸, seja de uma função de vigilância de uma determinada fonte de perigo¹⁸⁹. O teórico trabalha, portanto, com a fundamentação material da posição de garantidor, a qual justificaria a sua equivalência com a comissão. SCHÜNEMANN assevera que tanto a ação quanto a omissão constituem manifestações de um princípio normativo unitário para todos os delitos, sendo preciso apenas identificar a sua correspondência¹⁹⁰.

Nas condutas comissivas, a autoria encontra seu fundamento no domínio do fato, o qual é constituído com referência ao movimento corporal¹⁹¹ e, mais recentemente, com referência ao acontecimento global como essência da autoria¹⁹². A estrutura comum, ou *tertium comparationis*, entre a comissão e a omissão seria justamente o domínio sobre o fundamento do resultado. O domínio na omissão imprópria — domínio sobre o fundamento do resultado — apresenta-se sob diferentes formas: a primeira delas consiste no domínio sobre uma causa essencial para o resultado (deveres de vigilância), a segunda forma se trata do domínio sobre uma coisa perigosa (dever do tráfego jurídico — *Verkehrspflichten*) e, por fim, tem-se o domínio sobre o desvalimento da vítima (deveres de proteção)¹⁹³.

¹⁸⁸ Assim emprega Schünemann o termo “*Verwundbarkeit*” em: SCHÜNEMANN, Bernd. Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 164, n. 12, pp. 678-688, 2017. p. 685.

¹⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Organização de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 168.

¹⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 429.

¹⁹¹ Ibidem. p. 282.

¹⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Organização de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 171.

¹⁹³ Embora inicialmente tenha adotado uma teoria do dever formal, ROXIN termina por se filiar à proposição de SCHÜNEMANN, reconhecendo que “o critério interpretativo escolhido por Schünemann é o mais plausível”. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 852. A proposição de Schünemann parece influenciar ainda: HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Derecho penal: parte general*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 341. Embora tenha incorporado a teoria material do dever, não deixou de diferenciar os delitos de domínio dos delitos de dever e tampouco parece ter aderido à proposta de Schünemann para a diferenciação entre autores e partícipes: “O critério comum que supera as diferenças na qualificação do autor em delitos de domínio e delitos de dever é, portanto,

Em sua obra *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, SCHÜNEMANN defende que a diferenciação entre autores e partícipes na omissão imprópria deve observar se a função abarca o resultado diretamente ou apenas por meio do fazer do terceiro agente. A partir desse critério, o teórico estabelece que o garantidor de proteção é sempre autor, o garantidor que tem dever de tráfego é sempre partícipe e o garantidor de vigilância pode ser autor ou partícipe, conforme o caso¹⁹⁴.

A proposta de SCHÜNEMANN parte de um critério interessante, buscando a diferenciação a partir de como o dever do garantidor o vincula a um resultado. Conforme se verá adiante, a solução adotada no presente trabalho compartilha da percepção de que o que determina se o omitente é autor ou partícipe é o dever, sendo este o ponto de partida da análise. Aproxima-se ainda da intuição de SCHÜNEMANN de que o caminho estaria em observar se o dever abarca em si, de modo direto ou não, o resultado.

A proposta, contudo, em lugar de buscar um aprofundamento sobre essa relação de vinculação entre o omitente e o fato, acaba por saltar para a diferenciação entre os gêneros de dever de garantidor, ponto a partir do qual passa a enfrentar dificuldades. Isto porque, como visto, não é tão simples estabelecer uma separação precisa entre deveres de vigilância e deveres de proteção. A delimitação entre posições de garante de proteção e de vigilância nem sempre será factível, o que, consequentemente, acaba por inviabilizar o estabelecimento de critérios precisos para a diferenciação da autoria e participação.

Em trabalho mais recente, SCHÜNEMANN parece mudar um pouco sua posição e adotar um critério temporal para a diferenciação:

Como nos crimes omissivos impróprios o domínio do garantidor sobre o fundamento do resultado corresponde e substitui o agir ativo dos delitos comissivos, possui o garantidor no estágio da execução uma similar e grande responsabilidade pelo acontecimento como o autor de crime comissivo, e é por essa razão responsável como autor (de omissão), ao passo que uma omissão no estágio preparatório é equivalente a uma participação ativa e só pode ser fundamentada como cumplicidade¹⁹⁵.

melhor caracterizado pelo conceito de "figura central" que escolhi, do que pelo "domínio sobre a causa do resultado", pois permite que a unidade da perpetração, mas também a diversidade de suas manifestações, surja." ROXIN, Claus. Pflichtdelikte und Tathertschaft. In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luis (eds.). *Festschrift Für Bernd Schünemann Zum 70. Geburtstag Am 1. November 2014*: Streitbare Strafrechtswissenschaft. Berlin: De Gruyter, Inc., 2014. p. 519. Tradução livre.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 428.

¹⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luis. § 25. Rn. 235, In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (ed.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021. p. 830, tradução livre.

A partir disso, SCHÜNEMANN volta à distinção entre os deveres para afirmar que, normalmente, a omissão dos garantidores de proteção se dará no estágio de execução do crime, como no caso de uma mãe ou uma babá que não impede que uma criança seja perigosamente maltratada por outrem¹⁹⁶. Aqui se trata de uma omissão no estágio da execução do crime de maus-tratos, de lesões corporais graves ou de homicídio.

Em contrapartida, a omissão dos garantidores de vigilância normalmente só tem algum papel no estágio preparatório, como sucede com o farmacêutico que, obrigado a vigiar um produto venenoso, previne ou impede que um amigo se apodere do veneno e envenene sua sogra. Neste caso, a omissão do farmacêutico se dá na fase preparatória do homicídio¹⁹⁷. Na sequência, SCHÜNEMANN afirma que nada impede, porém, que a omissão do garantidor de vigilância tenha lugar na fase executória, como seria o caso do dono de um servil pitbull, que vê impassível seu amigo lançar o cão em cima de sua sogra¹⁹⁸. Não fica evidente se, no último caso, o teórico entende ser o garantidor de vigilância na fase de execução autor ou não, mas parece ser razoável a interpretação de que SCHÜNEMANN concebe que o garantidor de vigilância possa ser autor ou partícipe, conforme intervenha ou não intervenha na fase preparatória ou na execução.

Por outro lado, embora alcance resultados muito semelhantes à sua posição inicial — afinal, conclui novamente que os deveres de garantidor de proteção levariam à autoria, enquanto os deveres de vigilância poderiam fundamentar autoria ou participação —, a explicação temporal para a solução traz novos problemas. Não se explicam os motivos pelos quais *normalmente* os garantidores de proteção somente poderiam intervir na fase executória.

É inclusive possível reformular o caso acima para abarcar deveres de proteção. Imagine-se, por exemplo, que o mesmo farmacêutico acima exemplificado se deparasse com a situação em que deve evitar que sua esposa se apodere desses remédios para ministrá-los posteriormente para seu filho. Sua omissão ocorreria, então, assim como no exemplo anterior, ainda no estágio preparatório, ainda que vinculado por um dever de proteção.

¹⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. § 25. Rn. 235, In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (ed.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021 p. 831.

¹⁹⁷ *Ibidem*. p. 831.

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 831.

Ademais, seria ainda preciso explicar por que, nos casos de omissão, os intervenientes seriam sempre autores após iniciada a execução, ao passo que, nos casos de comissão, o marco temporal não impacta na diferenciação entre autores e partícipes.

c) *Teoria sistêmica: deveres institucionais e de organização*

A proposta de GÜNTHER JAKOBS também parte de uma teoria material da posição de garantidor, orientada pelos critérios de competências organizativas ou institucionais¹⁹⁹. Para o autor, nos delitos de omissão imprópria, a ideia de capacidade de evitação seria o equivalente à causalidade evitável nos delitos comissivos.²⁰⁰ No entanto, é preciso mais que a mera capacidade de evitação para que se atribua sentido delitivo a uma ação. Dessa forma, exige a verificação da específica relação entre o sujeito e o resultado, que possa fundamentar uma análise de plausibilidade da solução.²⁰¹ Requer-se, adicionalmente, um elemento normativo, representado pela atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do causante.²⁰² O teórico recorre, então, aos conceitos de deveres negativos e positivos, conformadores da ideia normativa de “competência”.²⁰³

A finalidade do Direito Penal na teoria de JAKOBS é a estabilização de expectativas, com o restabelecimento da vigência da norma.²⁰⁴ Essa finalidade de estabilização da ordem não exige que sejam responsabilizados criminalmente todos aqueles dotados de capacidade de evitação de resultados delitivos, mas satisfaz-se com a

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 971 e ss.

²⁰⁰ Assim: “Essa “generosidade” pode ser suportada no âmbito da omissão porque, nas situações que ali ocorrem, é mais fácil fundamentar de forma aceitável que o conflito possa ser resolvido sem contar com o sujeito capaz de evitar, diferentemente de sustentar no âmbito da comissão que se possa alcançar a solução deixando de lado a causa da lesão evitável”. Idem, 1998. p. 97. Tradução livre.

²⁰¹ Destaca-se o seguinte excerto: “Na comissão, via de regra, não se investiga nem a plausibilidade da solução nem a possibilidade de resolver o conflito de outra forma. Em outras palavras: no caso da omissão, a finalidade da imputação penal pode determinar o conteúdo da imputação, enquanto no caso da comissão esse conteúdo encontra-se petrificado”. JAKOBS, Günther. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (org.) *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, p.93-140, p.98. Tradução livre.

²⁰² Destaca-se: “Atuar em último lugar, comissão própria, comissão de mão própria, todos estes conceitos, por tanto, não coincidem com a causação direta, tampouco quando esta é consciente, mas sim requer de maneira adicional a atribuição da causação ao âmbito de responsabilidade do causante, isto é, um elemento normativo”. Idem, 2002. p.05. Tradução livre.

²⁰³ Idem, 2013.

²⁰⁴ Cf. JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito penal*. Trad. Pablo rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

punição daqueles cujo âmbito de responsabilidade — ou cuja competência — lhes determinava que se ocupassem das consequências de certos comportamentos.

Segundo o teórico, os comportamentos humanos regulam-se por meio de deveres negativos e positivos. Os deveres negativos, também denominados deveres de organização, são inerentes a todas as pessoas que vivem em sociedade, as quais têm de se organizar de maneira a não prejudicar os demais.²⁰⁵ Parte-se da ideia de que está assentada na sociedade uma relação sinalagmática entre a “liberdade de comportamento e a responsabilidade pelas consequências”, de modo a conformar uma instituição social que abarca a todos os indivíduos²⁰⁶. Neste contexto, os indivíduos são dotados de liberdade para configurar a realidade, limitados, contudo, pela responsabilidade de contribuir com as competências e atribuições de seu papel.²⁰⁷ A imputação resultaria do descumprimento de uma dessas competências, pela configuração de uma organização estranha ou que avance sobre um âmbito em que a configuração está autorizada a outros.

Os deveres positivos, ou deveres de instituição, referem-se ao que JAKOBS entende por delitos de infração de dever. Também denominados deveres especiais, verificam-se nos casos em que o sujeito se compromete a dar uma assistência a outro em função de existir entre ambos uma comunidade de interesses, ou seja, existem “para a melhora da situação de outras pessoas ou para a realização de instituições estatais”²⁰⁸ (e.g. deveres estatais, relação entre pais e filhos, deveres decorrentes do casamento, as chamadas relações substitutivas como a adoção e a tutela, entre outras hipóteses de confiança especial²⁰⁹). Trata-se de categoria que muito se aproxima do que SCHÜNEMANN considera como garantidor de proteção, fundada no desamparo do bem jurídico. JAKOBS, contudo, fundamenta esses deveres em uma relação institucional, ou seja, de uma comunhão a

²⁰⁵ Nas palavras de Jakobs: “*deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia*” JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996, 2002, p. 03-33, p.31.

²⁰⁶ Nas palavras do autor: “*Se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a todas las personas y, en este sentido, una institución social que incluye a todos*”. Ibidem, p. 03-33, p.03.

²⁰⁷ Idem, 2003.

²⁰⁸ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (org.) *Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)*. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, p.03-33. p.31-32.

²⁰⁹ Idem, 1997. p. 995 e ss.

partir da qual o indivíduo passa a ostentar um modelo ou papel determinado, de modo que o abandono desse rol levaria à responsabilidade por lesão de instituição²¹⁰.

Para JAKOBS, enquanto nos deveres negativos de organização aplicam-se as regras do concurso de pessoas e de diferenciação entre autoria e participação, nos casos de deveres institucionais todo interveniente é sempre autor, “sem uma intermediação acessória”²¹¹. O teórico considera os deveres institucionais como crimes “com deveres que saltam sobre a acessoriedade”²¹², mantendo-se a relação de autoria entre o indivíduo o bem jurídico.

A partir de sua construção de competência por organização e competência institucional, JAKOBS alcança resultados semelhantes aos de SCHÜNEMANN. Em suma, o teórico entende que a competência institucional do sujeito o coloca sempre na posição de autor e a competência de organização dá lugar apenas à participação do omitente²¹³.

A proposta teórica de JAKOBS, na medida em que adota a capacidade de evitação, somada à ideia normativizada de competências, é muito criticada doutrinariamente face à sua potencial aplicação concreta hipertrofiada como forma de responsabilização penal de indivíduos que ocupam posições centrais de gestão e chefia sobre atividades, sem que se demonstre uma relação de causalidade para com resultados delitivos. Assim, há quem entenda que a proposta construída representa a atribuição de responsabilidades independentemente da causalidade, fundamentada unicamente na posição ou papel exercido pelo indivíduo, o que proporcionaria uma hipertrofia da omissão imprópria.

A esses elementos centrais da teoria de JAKOBS são acrescentados critérios de imputação objetiva, como a criação e realização de riscos no resultado, além do tipo penal subjetivo, os quais funcionariam como relevantes elementos de delimitação e restrição de responsabilidade penal. Dessa forma, a inicial separação de papéis é considerada por JAKOBS antes um pressuposto para a liberdade em um modelo complexo de sociedade, que cumpriria a finalidade de balizar o sistema punitivo e a responsabilização criminal ao

²¹⁰ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²¹¹ Vale destacar o seguinte trecho: “Nesses casos, a relação entre o interveniente e o bem é sempre direta, ou seja, sem uma intermediação acessória”. Tradução livre do trecho “*In diesen Fällen ist die Beziehung des Beteiligten zum Gut immer unmittelbar, d.h. ohne akzessorische Vermittlung*”. Idem, 1991. p. 655. JAKOBS traça inclusive um paralelo entre sua compreensão dos deveres institucionais com a teoria dos delitos de dever de ROXIN para reforçar que, assim como propõe o teórico, a esses deveres não se justificaria uma diferenciação (Idem, p. 656).

²¹² Ibidem, 1991. p. 656 e ss.

²¹³ Idem, 1995. p. 67 e ss.

delimitar que nem tudo compete a todos, assegurando a liberdade que, do contrário, seria sufocada por um “controle asfixiante e pela vigilância mútua”.²¹⁴

Note-se ainda que, embora as propostas de JAKOBS sejam consideradas, de um modo geral, materiais, SCHÜNEMANN apresenta uma forte crítica a elas quanto à competência institucional, considerando-as um regresso ao “obsoleto” conceito formal de garante. Isso porque, para que JAKOBS possa assegurar seu normativismo livre de empirismo, precisa se amparar no direito positivo para a verificação de deveres²¹⁵. Do contrário, precisaria recorrer à Sociologia e à empiria para densificar o conceito dos papéis e alcançar suas consequências jurídicas, incorrendo em contradição com a própria ideia de normativismo²¹⁶. Para SCHÜNEMANN, o melhor seria buscar um equilíbrio entre ontologismo e normativismo, evitando-se os problemas de uma posição radical de cada uma dessas teorias²¹⁷.

De qualquer forma, esse não é o espaço para o enfrentamento do denso debate que a construção teórica de JAKOBS como um todo pode proporcionar. A análise aqui apresentada se limita à verificação de sua coerência relativa ao tema em questão, a diferenciação entre autores e partícipes nos crimes omissivos impróprios. Para além dos problemas de compatibilização das premissas teóricas que fundamentam a teoria ao ordenamento e à dogmática atual, trata-se, novamente, de uma proposta amparada na classe de deveres, que não deixa exatamente claro por que a responsabilidade penal em cada uma dessas classes deveria ser diferente na omissão. Aplicam-se as mesmas críticas endereçadas à diferenciação de SCHÜNEMANN.

3.2.5 Teorias que diferenciam com base no princípio da equivalência

As pesquisas acerca de critérios materiais para a posição de garantidor na omissão imprópria culminaram em um deslocamento do elemento caracterizador da omissão, até

²¹⁴ JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (org.) *Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)*. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, p. 03-33, p.09.

²¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (org.) *Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)*. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, p. 35-62, p. 36 e ss.

²¹⁶ Ibidem, p. 45-46

²¹⁷ Ibidem, p. 50.

então alocado na violação de deveres especiais, para a equivalência entre omissão imprópria e comissão²¹⁸. Compreender a omissão sob o prisma da equivalência permitiu que alguns teóricos desenvolvessem propostas que exploram justamente a dogmática da omissão para o estabelecimento de critérios de diferenciação entre autores e partícipes.

Destaca-se aqui a construção de SILVA SÁNCHEZ, que compreende a omissão a partir de sua identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa, afirmando que a participação ocorre nos casos em que “a identidade estrutural [entre ação e omissão] não se estabelece com a realização ativa de um tipo da parte especial, mas sim com o tipo do partícipe, basicamente resultante da articulação entre os artigos 27b e 29 do CP [espanhol] com os tipos da parte especial”²¹⁹⁻²²⁰. Com isso, fundamenta-se a participação omissiva imprópria na identidade estrutural projetada não sobre os tipos penais da Parte Especial, mas sobre o tipo penal da participação.

De modo semelhante, HANS-JÖRG SCHWAB, que defende a diferenciação a partir da comparação avaliativa com ajuda da cláusula de equivalência, entende tratar-se, inclusive, de uma decorrência necessária do princípio da legalidade²²¹. Segundo o teórico, na medida em que a aplicação da cláusula da correspondência tem por efeito a limitação da pena, essa deve sempre ser aplicada quando não houverem expressas ressalvas legais²²².

²¹⁸ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 279 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 802 e ss.; RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 215 e ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, 2017. *passim*; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 120 e ss.; LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 332 e ss.; e SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc./Mes 1, p. 187-264, 1995. *passim*.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 123, tradução livre.

²²⁰ No Brasil, tratar-se-iam dos artigos 29 e 31 do Código Penal.

²²¹ Tradução livre: “[...] a maneira que escolhi para determinar a forma de participação em omissões por meio de uma comparação avaliativa com a ajuda da cláusula de correspondência é a correta.”. SCHWAB, Hans-Jörg. *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*. Berlin: Peter Lang, 1996. p. 191.

²²² Tradução livre: “A cláusula de equivalência é um elemento legal que deve estar presente no caso de um delito de omissão imprópria. [...] Se o legislador quisesse limitar ao delito de mera conduta, ele teria que ter expressado isso na lei. Como não o fez, qualquer não aplicação da cláusula de correspondência violaria o Srt. 103 II GG e o princípio *nulla poena sine lege*, uma vez que toda inaplicação de um elemento legal do delito, que se destina a ter um efeito de limitação da pena, tem um efeito de expansão da pena”. SCHWAB, Hans-Jörg. *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*. Berlin: Peter Lang, 1996. p. 191.

FRANCISCO AGUILAR ressalta que a solução diferenciadora decorrente da equivalência é uma imposição do princípio da igualdade, que determina tratar de modo desigual situações desiguais. Assim, o garantidor deve ser punido por auxílio quando a sua omissão “apresentar o significado de obstaculizar o crime doloso do autor”, equiparando-se ao auxílio comissivo²²³.

Essa posição é criticada como vaga, resultante de uma “valoração intuitiva que não possibilita uma delimitação clara”²²⁴. Partir do argumento do princípio da equivalência, por si só, não é suficiente para que se possa estabelecer os limites entre autoria e participação por omissão imprópria.²²⁵ Embora o princípio da equivalência tenha um valor central como argumento, inclusive a orientar a proposta a ser formulada adiante, é preciso ir além para estabelecer de forma objetiva, tomando como referência os pressupostos e limites das normas penais: quando um comportamento equivale à autoria comissiva ou quando equivale apenas ao auxílio comissivo?

3.2.6 Teoria das normas

As teorias das normas, de um modo geral e simplificado, estabelecem a diferenciação entre autores e partícipes a partir de um corte na causalidade. Em lugar de um regresso ao infinito, acrescenta-se um raciocínio normativo que estabelece o comportamento mais próximo ao resultado como sua *causa libera*²²⁶ ou como uma barreira que aciona a proibição de regresso para os demais²²⁷. O indivíduo cujo comportamento é causa livre para o resultado ou que delimita a proibição de regresso é o autor. Demais comportamentos somente podem ser objeto de responsabilidade penal por meio do estabelecimento de incumbências (*Obliegenheiten*)²²⁸ ou de deveres

²²³ AGUILAR, Francisco. *Estudos sobre cumplicidade destacados da tese*. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 92 e ss.

²²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 811.

²²⁵ Assim: “[...] kann die Entsprechungsklausel allein nicht zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme herangezogen werden [...]”. LI, Yao. Beteiligungs durch unterlassen. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95. p. 88

²²⁶ MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. V. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 25 e p. 187 e ss.

²²⁷ RENZIOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos improprios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 224 e ss.

²²⁸ Essa parece ser a posição adotada por KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Trad. Beatriz

secundários²²⁹. Existem diversas teorias das normas cujas contribuições são imprescindíveis por reiterarem a norma jurídica (a lei, ordinariamente) como ponto de partida e limite intransponível da reflexão penal.

a) *Participação como violação a normas de comportamento*

JOACHIM RENZIKOWSKI, relevante expoente da teoria das normas na dogmática penal, busca reformular por completo a substância e o fundamento da responsabilização dos intervenientes em concurso. Ele se atém às bases diferenciadoras desenvolvidas pela doutrina dominante, afirmando que o partícipe não realiza o tipo penal, bem como com o entendimento de que a participação é a contribuição ao fato principal alheio. Contudo, essa contribuição do interveniente não violaria a mesma norma que o comportamento do autor, mas uma norma distinta, extraída do tipo penal dirigido à participação.

Conforme RENZIKOWSKI, autoria e participação são distintas formas de conduta que têm seu fundamento de responsabilidade também em distintas normas de comportamento. Adota, portanto, uma tese segundo a qual a instigação e o auxílio representam a inobservância de normas de comportamento diferentes daquelas violadas pelo autor. Nesses termos, autor e partícipe seriam destinatários de normas distintas.

A partir do preceito penal, poderiam ser extraídos diferentes gêneros de normas de comportamento: aqueles que embasam os tipos penais e se dirigem aos autores e aqueles que derivam dos tipos penais e se dirigem aos partícipes²³⁰. No que concerne ao partícipe, dirige-se norma autônoma de comportamento referente à contribuição a uma violação da norma pelo autor principal.

A análise dos delitos de lesão se divide em dois planos. Em um plano horizontal está a violação de uma posição jurídica protegida²³¹, a qual configura a razão da punição

Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *RBCCrim*, v. 155, p. 213/225, mai. 2019. p. 188 e MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, n° 2, pp. 225-276, 2014. p. 247.

²²⁹ De modo muito similar, mas valendo-se dos termos dever primário e dever secundário de respeito a norma: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 321.

²³⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.106.

²³¹ A ideia de relação jurídica ou de posição jurídica protegida é proposta por JOACHIM RENZIKOWSKI como finalidade da proteção do Direito Penal. Para ele, a teoria dos bens jurídicos teria um viés demasiado

oferecida pela conduta do partícipe. No plano vertical, tem-se o fundamento para essa punição, o descumprimento da norma de comportamento a ele dirigida, ou seja, a norma concernente à contribuição a um fato de outrem²³². Assim, embora o próprio partícipe não viole a posição jurídica garantida pelo tipo, viola normas de conduta que proíbem a criação de perigo para essas posições²³³, perigo este cuja punibilidade, em função da acessoriedade, está vinculada ao fato principal²³⁴.

O injusto do partícipe não deriva do injusto principal, conforme imposição da proibição de regresso. Identificado o autor principal que diretamente viola uma esfera de interesses, não se poderia estender o fato e atribuí-lo ao partícipe. A responsabilidade da participação é lastreada por uma norma de comportamento autônoma. Essa norma, contudo, é extraída teleologicamente da proibição de lesionar que embasa o tipo, de modo que o injusto do partícipe está voltado para o fato principal²³⁵. A antecipação pelo

coletivista, incongruente com a ordem constitucional individualista vigente em um marco liberal. Assim, para a melhor adequação aos ideais liberais, considera melhor a substituição dos bens jurídicos por uma ideia de direitos subjetivos protegidos, a qual melhor se consubstancia na ideia de posição jurídica protegida. Ibidem. *passim*.

²³² RENZIKOWSKI, Joachim. Direito penal e teoria das normas: *estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 101-103.

²³³ Ibidem, p. 110.

²³⁴ Enquanto crime de perigo, o delito de participação se consumaria com a realização da conduta do próprio partícipe, independentemente do desfecho do fato principal com a realização pelo autor. A punibilidade do partícipe, contudo, estaria sujeita a uma condição objetiva de punibilidade de modo que é necessário que o delito principal seja ao menos tentado para que se torne punível o partícipe. Nesse sentido, as disposições da Parte Geral sobre a acessoriedade da participação não teriam função constitutiva da responsabilidade do partícipe, mas sim uma função de limitação da sua punibilidade decorrente de uma opção político criminal que leva em consideração a necessidade de pena. Assim: “O fato de que a punibilidade da participação dependa do cometimento típico doloso e ilícito do fato por outra pessoa não é relevante para a norma comportamental primária, mas apenas para a norma de sanção secundária. É um pré-requisito independente para a punibilidade da ação de participação, além da ilicitude da participação”. Idem, 1997. p. 152. Tradução livre. De modo semelhante: SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito próprio de participar em el hecho ajeno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. Sobre as condições objetivas de punibilidade: Condições objetivas de punibilidade próprias: “puras causas de restrição de pena. Ainda que configurados o injusto e a culpabilidade, o legislador rechaça, em determinados casos, a necessidade de pena quando não acrescentado uma circunstância ulterior que pode se referir ao próprio fato ou à evolução do mesmo. Assim, serão condições próprias todos os elementos que servem para restringir a punibilidade por razões de proporcionalidade da reação punitiva estatal” BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade. *Revista jurídica*, a. 50, nº 293, p. 29/ mar. 2002. p.31. Maior aprofundamento, cf. BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a responsabilidade do tema na teoria do delito*. 2004, CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad improprias: vestigios de responsabilidad objetiva en el código español. *Revista de derecho penal y criminología*, Espanha. Nº 17, 2006. p. 221-255 e NAPOLITANO, Giovanni. Condizione obiettiva di punibilità. *Annali di Diritto e Procedura Penale*. v. 6, 1937. p. 113-120.

²³⁵ RENZIKOSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 111.

partícipe, por meio de sua conduta, do fato principal é a razão para que se considere perigoso o seu comportamento.

Partindo dessas premissas, RENZIKOWSKI reconhece a possibilidade de diferenciação entre autoria e participação omissiva imprópria²³⁶ a partir de uma equiparação entre normas secundárias que fundamentam a participação comissiva e omissiva. O teórico parte das posições de garantidor (ingerência, vigilância e proteção) para a sua análise comparativa de equiparação entre omissões que configuram participação.

Ele afirma que o dever de garante por *ingerência* não permite imputar responsabilidade por omissão a título de autoria nos casos em que o obrigado a agir omite a evitação de um delito principal de responsabilidade de outrem. O teórico entende que a proibição de regresso opera aqui da mesma forma que nos delitos comissivos, funcionando como uma barreira à responsabilização criminal de terceiros quando presente um autor que diretamente viola a esfera de interesses. Nesse caso, a omissão corresponde apenas ao desvalor de um comportamento de participação²³⁷.

Da mesma forma opera a proibição de regresso nos casos de posição de garantidor de vigilância. Diante de hipóteses em que o indivíduo viola um dever de asseguramento sobre uma fonte de perigo, apenas responde por auxílio uma vez que o delito principal é cometido com o objeto por terceiro responsável. RENZIKOWSKI salienta, ainda, que “[a] finalidade do dever de asseguramento radica em evitar situações nas quais podem ser cometidos delitos com objetos perigosos. Sem embargo, a proibição da participação também tem o mesmo fim.”²³⁸

Quanto aos deveres de proteção, RENZIKOWSKI considera que o “garante não responde pelo comportamento de outros, mas sim pela integralidade da totalidade da esfera jurídica que lhe foi confiada”²³⁹. Nesse sentido, a proibição de regresso não atua, nesse ponto, como barreira que afasta o dever de garantidor fundante de autoria do sujeito

²³⁶ RENZIKOSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

²³⁷ Ibidem. p. 224.

²³⁸ Ibidem. p. 225.

²³⁹ RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos improprios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 228.

que omite a proteção ao bem jurídico protegido²⁴⁰. RENZIKOWSKI dispensa inclusive a necessidade de que o ato omitido pelo indivíduo pudesse impedir efetivamente o resultado, afirmando que: “[c]aso se considere que já se incorre em auxílio quando simplesmente se facilita o delito principal, então a não criação de um impedimento que obstaculize a realização da ação também deveria ser valorada como auxílio”²⁴¹.

A proposta de RENZIKOWSKI oferece interessantes avanços e é, em alguma medida, próxima da construção engendrada nesta tese. Há, contudo, alguns pontos de divergência, em especial quanto à premissa inicial de sua posição acerca da participação como um crime de perigo. É preferível conceber a participação como um delito autônomo, decorrente de uma norma secundária, que, contudo, vincula-se ao resultado do fato principal, ou seja, um crime de resultado. Além disso, embora a solução pressuponha uma análise concreta a partir do princípio da equivalência, em última análise, quando de sua aplicação, perde de vista os deveres em si. Assim, em lugar de partir da natureza secundária do dever, buscando estabelecer o que isso significa, a construção teórica acaba por manter-se adstrita a uma solução casuística que mais se aproxima da diferenciação com base no gênero das posições de garantidor: o resultado alcançado é o de que é possível diferenciar em casos de ingerência e de deveres de vigilância, mas não nos casos de deveres proteção.

b) *Participação como objeto de regras de imputação*

Uma segunda vertente da teoria das normas, que também traz soluções interessantes para o concurso de pessoas na omissão, parte de uma premissa diferente para a responsabilidade do partícipe. Essa corrente é refratária à concepção de um injusto autônomo da participação, defendendo que a responsabilidade penal nessas hipóteses

²⁴⁰ “A teoria da proibição de regresso tem dois efeitos sobre os delitos de omissão: no caso dos deveres de garantidor de vigilância, limita o dever de evitar o resultado, uma vez que, a esse respeito, ninguém é obrigado a impedir a ação autônoma de outro e as consequências daí decorrentes. Em contrapartida, os deveres institucionais de cuidado são dirigidos para a proteção de bens jurídicos protegidos independentemente de estarem ameaçados por processos naturais ou por ações de terceiros. Aqui, a autonomia do agente que atua diretamente não afasta o dever de evitar o resultado; limita, no entanto, o âmbito da omissão de acordo com a infração.” RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 152. Tradução livre.

²⁴¹ Idem, 2017. p. 238, tradução livre.

decorre de regras de imputação e não de normas de comportamento²⁴². Para essa corrente, portanto, o partícipe não viola um dever com o seu comportamento, mas sim uma obrigação (*Obliegenheit*)²⁴³.

Uma *Obliegenheit* pode ser compreendida como “entidade deôntica consistente em um mandado ou proibição menos intensos que um dever (*Pflicht*)”²⁴⁴, ou seja, uma “[e]ntidade normativa vinculante, mas distinta dos deveres”²⁴⁵. Trata-se de um conceito transplantando da civilística, âmbito no qual há fortes discussões sobre sua melhor compreensão²⁴⁶. Nessa feição, tal forma de obrigação seria um imperativo hipotético, de modo que sua violação não é contrária ao direito ou ilícita, uma vez que não representa danos a terceiros, mas sim uma obrigação frente a si mesmo. A consequência de seu descumprimento seria, portanto, incidentes sobre interesses do próprio destinatário e não sobre o de terceiros²⁴⁷. Em outros termos, o ordenamento deixa o sujeito livre de qualquer coação ou dever de indenização pelo não cumprimento da exigência posta sob uma incumbência ou ônus. A consequência do descumprimento dessas regras seria uma desvantagem jurídica ou a perda de uma posição jurídica, mas não propriamente uma sanção ou coação. Assim:

²⁴² Nesse sentido: VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 86; BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. passim; MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014; MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na participação: a distinção entre autoria mediata e instigação a partir de um conceito restritivo de facto*. Lisboa: Âncora Editora, 2022; Idem, 2019. Parece trabalhar com a imputação também: KINDHÄUSER, Urs. A lógica de contrução do delito. In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. Organização de Beatriz Corrêa Camargo; Inês Godinho; Bruno de Oliveira Moura. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p.73-85. Não obstante, em outro artigo da mesma obra, o teórico trata do partícipe como destinatário de uma norma de proibição (KINDHÄUSER, Urs. A acessoriedade limitada da participação. In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado democrático de direito*. Organização de Beatriz Corrêa Camargo; Inês Godinho; Bruno de Oliveira Moura. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 184). No Brasil, Beatriz Camargo entende ser o concurso de pessoas um problema de imputação e defende a compreensão da participação como tipo de imputação: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018 e Idem, 2020. p. 107-114. p. 107.

²⁴³ Não há uma tradução para o português precisa do termo *Obliegenheiten*. Na teoria das normas brasileira, o conceito se aproximaria ao de ônus ou incumbência. Opta-se aqui por, adiante, manter o termo em alemão, buscando explicá-lo sem confusões ou tentativas de aproximação a categorias do Direito brasileiro que não expressam adequadamente o seu significado. Para melhor compreender a questão, cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. 1982.

²⁴⁴ MONTIEL, Juan Pablo. ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal? *InDret*. Barcelona, n. 4, pp. 01-29, out. 2014. p. 3.

²⁴⁵ Ibidem. p. 3-4.

²⁴⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. 1982.

²⁴⁷ Op. cit. p. 3.

o ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vinculada pela *Obliegenheit* deseja evitar a desvantagem deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa, porém, censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.²⁴⁸

Voltando à participação, a doutrina que adota essa posição costuma partir da proibição de regresso como uma regra que a identificação do autor, agente autorresponsável que diretamente realiza o delito, estabelece um termo à causalidade²⁴⁹. Ou ainda, que a conduta do autor, na qualidade de última intervenção no fato, seria sua *causa libera*, afastando a punibilidade de contribuições causais para o fato que não violem uma obrigação²⁵⁰. Nesses casos, imputa-se o fato do autor para os intervenientes na hipótese de violação a uma *Obliegenheit*, que reverte essa vantagem que lhes era assegurada pela proibição de regresso ou teoria da *causa libera*.

Nesse sentido, a contribuição do partícipe na fase preparatória não representa a violação de um dever — afinal, seu comportamento não se subsume ao tipo penal da Parte Especial —, mas de uma *Obliegenheit*, uma obrigação de não contribuir para o delito principal, cuja violação impediria, então, a aplicação da proibição de regresso. As regras que dispõem sobre a participação não são normas de comportamento e o partícipe não é o seu destinatário. Tais regras teriam o aplicador como destinatário e funcionariam determinando a extensão da punibilidade estabelecida nos tipos penais, permitindo, assim, a atribuição de responsabilidade para os partícipes, que perdem a vantagem da proibição de regresso ao participarem de um delito.

Assim, por exemplo, na teoria das normas defendida por JUAN PABLO MAÑALICH²⁵¹, não é reconhecido um tipo penal da participação ou um delito de

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. p. 182.

²⁴⁹ RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos improprios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 228.

²⁵⁰ “Assim, é uma regra de imputação que não é possível imputar aquilo que o sujeito não pode evitar porque tem sua origem em um agente diferente, pois então a causa não é livre como uma origem-radical, mas um elo em uma cadeia de causas”. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *La libertad del Derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier, 2014. p. 33. Tradução livre. No mesmo sentido, Bruno Moura adota uma posição segundo a qual o comportamento deveria ser compreendido como causa livre e direta para o resultado, caracterizando-se enquanto ação, ou seja, enquanto processo intencional, apenas se não houver sido determinada. MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. V. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 25 e p. 187 e ss.

²⁵¹ MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014.

participação. Compreende-se a autoria e a participação como diferentes modalidades de imputação da quebra de uma mesma norma de comportamento, respectivamente como *fato próprio* e *fato alheio*. A participação consiste, portanto, em um problema de imputação, situado no plano adscritivo. Trata-se de determinar aquelas ações principais, que “satisfazem por si mesmas a descrição que especifica o correspondente tipo de ação”²⁵². A participação, em contrapartida, configura intervenção acessória, conectada causalmente ao resultado, porém externa à descrição específica de determinado tipo de ação.²⁵³

Segundo MAÑALICH, para que a violação de uma norma de proibição ou de requerimento seja imputável a alguém a título de autoria, deve-se verificar dois requisitos. Inicialmente, a conduta deve poder ser considerada *principal*. Requer-se ainda que o sujeito “exiba o status de destinatário da norma em questão”²⁵⁴. *Autor* é a pessoa para quem a norma representa razão imediata para omitir ou executar uma ação de certo tipo²⁵⁵. Quanto à participação, MAÑALICH aduz que o partícipe não viola, por si, norma alguma.

²⁵² MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 247.

²⁵³ MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. V. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 25. URS KINDHÄUSER, professor que influenciou fortemente a construção acadêmica de MAÑALICH e MOURA, teria estabelecido essas premissas a partir de um resgate às teorias clássicas da imputação de HRUSCHKA. Contudo, em trabalhos mais recentes, parece não mais reduzir a participação a um problema apenas de imputação. Assim: “normas de comportamento proibem a realização de um tipo delitivo e constituem, com isso, o objeto do injusto penal no caso de uma infração. As regras de imputação definem quem possui responsabilidade (penal) pelo injusto realizado”. Segundo sua concepção, autor é quem viola o dever de evitação do fato, sendo considerado capaz de evitação por força de lei. A coautoria e a autoria mediata seriam hipóteses de ampliação de responsabilidade excepcional para duas formas de concurso, a partir de critérios estabelecidos nas regras de imputação do Código Penal. Por fim, a participação encontra-se orientada por normas de comportamento secundárias, as quais não proibem a realização de um tipo penal, mas a instigação ou o auxílio à violação da norma de comportamento penal de natureza primária. Assim, a “participação é acessória porque, sem uma ação principal, ela não possui um objeto relevante para imputação penal” KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *RBCCrim*, v. 155, p. 213/225, mai. 2019. p. 188.

²⁵⁴ MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 247.

²⁵⁵ Note-se que a autoria mediata e a coautoria também dependem de normas de extensão ou um raciocínio abstrato para a sua punibilidade. Ou seja, não podem ser direta, imediata e automaticamente extraídas dos tipos penais da Parte Especial. Para MAÑALICH, a autoria mediata pode ser atribuída ao homem de trás quando a quebra da norma não é imputável a alguém em posição imediata de executar a ação ou omissão. A coautoria requer a “viabilidade de uma interpretação do comportamento discreto, de duas ou mais pessoas, como constitutivo de não omissão conjunta de uma ação submetida a proibição, ou ainda da não execução conjunta de uma ação submetida a requerimento, conforme o caso, de acordo com um esquema de representação recíproca” (*Ibidem*, p. 248). Quando os intervenientes pertencerem todos ao círculo de destinatários da norma em questão, lhes poderá ser imputada a violação da norma como uma infração de dever conjunta.

Ao partícipe imputa-se a violação da mesma norma cuja violação é imputável ao autor (ou coautores). Imputa-se, contudo, a título de “participação em uma (única) infração de dever por parte de outro(s), cujo comportamento representa um pressuposto constitutivo da significação ‘assessorialmente’ delitiva do comportamento daquele”²⁵⁶.

Diante do exposto, MAÑALICH busca construir um aparato conceitual que permita transpor a distinção analítica entre ações principais e ações auxiliares para o contexto da omissão de garante.

Para ser autor direto do delito de omissão imprópria devem ser satisfeitas as seguintes condições: a) a partir de uma norma de proibição deve ser possível a formação por transformação de uma norma de requerimento; b) a violação ao requerimento deve apresentar *status* de uma ação principal – em outros termos, a ação de impedimento de um resultado delitivo não executada pelo sujeito deve apresentar o status de uma ação principal; c) que o indivíduo conte com a oportunidade de executar a ação impeditiva²⁵⁷.

MAÑALICH destaca tratar-se de um erro categorial o salto para a conclusão de que o garante de proteção é sempre autor em separado, erro baseado em uma confusão entre a pergunta pelo fundamento da posição de garantia e a pergunta sobre os critérios de imputação da quebra de uma norma de requerimento dirigida a garantidos. Conforme o teórico, ser garantidor não tem relação com a imputação e com ela não se confunde. Identificar a posição de garantia é simplesmente identificar um pressuposto para a atribuição de responsabilidade. A determinação sobre autoria e participação é problema situado no plano adscritivo e, portanto, distinto da identificação da posição de garantia.

A análise sobre o *status* da violação ao requerimento como ação principal ou auxiliar é situacional. Conforme MANÁLICH, “dependerá da estrutura situacional da respectiva relação de garantia”²⁵⁸. Para ele, em situações em que a omissão da ação impeditiva do resultado pelo garantidor apresentar o status de uma ação auxiliar, e não de uma ação principal, a contribuição resulta constitutiva apenas de auxílio, como modalidade acessória à quebra da norma imputável em autoria direta para a figura do autor. O autor fundamenta a construção dogmaticamente a partir da ideia de “proibição

²⁵⁶ MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 249. Tradução livre.

²⁵⁷ MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 270.

²⁵⁸ Ibidem. p. 270. Tradução livre.

*de sobrevaloração da contribuição omissiva de um garante, cuja contribuição ativa equivalente resultaria nada mais que constitutiva de auxílio (ou em geral, de participação)”*²⁵⁹.

MAÑALICH pergunta quem é garantidor, para, então, a partir de uma análise situacional, imputar como autor ou partícipe. Contudo, podemos questionar: a imputação não ocorre após a identificação de uma violação a uma norma? Como imputar sem determinar quem, como ou quando uma norma foi violada? Ser garantidor não teria já pertinência a um dever a ser descumprido/cumprido – o que não caberia à participação enquanto problema adscritivo? Como separar a análise de imputação da análise do dever cumprido ou descumprido?

O teórico avança um passo ao direcionar-se para a específica relação de garantia como critério; contudo, em suas conclusões, acaba por deixar a natureza do dever de lado. Embora a compreensão dessa específica relação seja de fato situacional, acredita-se que a chave para a solução do problema está no dever que incumbe a cada pessoa. A proposta pode ser densificada a partir da aplicação de critérios analíticos sobre a natureza dessa relação e sua manifestação. Isso será desenvolvido adiante, na construção da proposta do trabalho.

VOLKER HAAS vai ainda além ao defender que decorre de uma regra de imputação não apenas a punibilidade da participação, mas também a da omissão. Assim, entende que o § 13 I do StGB é uma regra de imputação, que cria uma ficção jurídica ao atribuir à omissão a qualidade de “causa” do resultado, razão pela qual se fala em omissão “imprópria”²⁶⁰.

A partir dessas premissas, HAAS estabelece como critério para a determinação da autoria a correspondência entre o fato e o tipo penal, desde que atendidas as necessárias qualificações do autor e o elemento subjetivo do tipo. A participação, por outro lado, se conforma quando o objeto da imputação apenas preenche as condições do auxílio ou instigação. Para o teórico, o “decisivo” para a correspondência é aquilo pelo que o garantidor é responsável e que pode lhe ser atribuído devido à violação do mandado de evitação do resultado²⁶¹.

²⁵⁹ MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 267-268.

²⁶⁰ HAAS, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, 5, p. 392-397, 2011. p. 396.

²⁶¹ Ibidem. p. 396.

Essa concepção não parece ser acertada, pois a regulação da participação não pode ser reduzida a uma mera incumbência ou ônus, dado que as regras em torno da participação não determinam uma conduta de cumprimento opcional que coloque em jogo apenas um interesse pessoal do indivíduo. Essa ideia esvaziaria o próprio fundamento da participação, que não poderia ser justificado pelos fins de proteção de bens jurídicos e tampouco sob a perspectiva da vítima.

O partícipe não está diante de mera regra procedimental, voltada para o seu próprio interesse. Como sujeito passivo do dever, vincula-se a ele e dele não pode dispor. Esse vínculo é imposto à liberdade do indivíduo em razão da tutela de bens jurídicos, cujo descumprimento importa na aplicação de uma pena. No caso da participação, ativa-se para a vítima o direito à reação, o que demonstra que as regras que regem a participação não se restringem a interesses próprios, mas sim à tutela de bens jurídicos. Em outros termos, o indivíduo pode ser compelido a não violar ou lesar bens jurídicos alheios. Trata-se de regras que podem, portanto, ser impostas ao sujeito, na contramão das incumbências e dos ônus que não podem ser impostos ao sujeito se este optar por não os cumprir.

Além disso, as próprias consequências infligidas ao partícipe de um delito afastam a possibilidade de tratar a regra por ele violada como simples incumbência ou ônus. A participação enseja a aplicação de uma sanção pelo ordenamento, vinculada, inclusive, àquela do delito principal. A partir da perspectiva da sanção, diferentemente de uma incumbência ou de um ônus, a norma que disciplina o comportamento do partícipe representa uma limitação da liberdade em vista de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento.

As propostas que compreendem a participação como um problema adscritivo não se emancipam da ideia de participação no injusto alheio, ou seja, de uma imputação derivativa da responsabilidade ao partícipe, e terminam por deixar pairar questionamentos sobre qual o fundamento de injusto da participação: qual norma a proíbe? A partir de qual proscrição devem os sujeitos de direito orientarem seu comportamento para que não incorram em uma participação? Trata-se de pergunta crucial em um direito penal liberal, no qual seja levada a sério a ideia de um papel preventivo do Direito Penal e no qual devem ser adequadamente demarcados os espaços de liberdade.

Com atenção à legalidade, a adoção de uma proposta como a apresentada acima significa, em última análise, a responsabilização sem tipo penal, uma limitação da liberdade individual sem referência a uma proibição. Ou seja, supera-se o problema da

diluição dos tipos penais decorrentes da autoria fundamentada na causalidade e do conceito extensivo de autor, substituindo-a por um modelo em que, embora assegure uma leitura restritiva dos tipos como referência à autoria, deixa a participação sem uma referência propriamente típica ou mesmo conceitual. Nesses casos, a justificativa para a atribuição de responsabilidade ao partícipe careceria de uma diretiva de conduta, que, de uma perspectiva *ex ante*, permitisse a orientação do comportamento dos seus destinatários e a adequada delimitação da legalidade.

A questão, contudo, não é um problema para os teóricos adeptos dessa concepção, os quais partem de um fundamento jusfilosófico não imperativista²⁶². Trata-se, portanto, de uma forma diferente de olhar para o Direito Penal, compreendendo e admitindo a vigência de obrigações vinculadas ao tipo penal as quais, apesar de não se confundirem com proibições ou tipos penais em si, teriam natureza normativa vinculativa, conformando-se como regras de imputação a determinar a atribuição de responsabilidade aos indivíduos cuja conduta forneça uma razão para tanto.

Adota-se posição diferente neste trabalho, cuja visão orientadora considera que o ordenamento, ao disciplinar a participação, estabelece normas que orientam o comportamento humano, limitam a liberdade do sujeito e impõem a pena como consequência jurídica de seu descumprimento. Trata-se, portanto, de imposição normativa, cujo descumprimento enseja a configuração de um comportamento ilícito. O tipo penal da participação estabelece um dever, um imperativo categórico propriamente dito, na medida em que vincula o indivíduo e limita a sua liberdade, impondo-lhe uma sanção pelo descumprimento. Em outros termos, o seu cumprimento é compulsório e a sua inobservância configura um ilícito²⁶³, acionando a faculdade de defesa da vítima, que se endereça também ao partícipe.

A participação, afinal, não é um problema que diz respeito apenas aos interesses da pessoa, devendo ser considerada também sob a perspectiva daquele que se vê confrontado com um ataque à sua esfera jurídica, o qual ele não é obrigado a tolerar.

²⁶² Trata-se de posição fundamentada no conceito de direito de HART e, portanto, numa forma diferente e compreender o ordenamento. Para maior aprofundamento sobre os argumentos que subjazem essas posições: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 76 e 109 e ss.

²⁶³ “O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser cumprido, sob pena de sanção jurídica – o seu não atendimento configura comportamento ilícito”. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. p. 178

Reconhecer o injusto autônomo da participação, para além de mera regra de imputação, é reconhecer que a vítima tem a faculdade de defesa contra o comportamento do partícipe. Ou seja, não há um dever de suportar a participação; as medidas preventivas e repressivas representam uma reprovação frente ao destinatário do ataque indireto ao bem jurídico.

Embora tome como ponto de partida a participação como regra de imputação — uma premissa diferente da adotada no presente trabalho —, a solução da teoria das normas que compreende a participação como um problema de imputação apresenta um interessante rendimento e inspira a solução a ser aqui alcançada. Entende-se que, de fato, o decisivo ponto de partida para a diferenciação entre autor e partícipe nos delitos omissivos impróprios está no dever imposto ao garantidor, que permite identificar omissões que correspondem à autoria ou à participação. O desafio está em avançar para a determinação analítica capaz de densificar esse critério. Isto porque, enquanto no StGB há uma precisa delimitação do que são a autoria e as formas de participação, o Código Penal brasileiro apresenta mais singela densificação, demandando um esforço dogmático para que o critério apresente resultados consistentes.

3.3. Breve notícia sobre as discussões concernentes à omissão instigadora

A instigação não é objeto do presente trabalho, uma vez que tal forma de participação tem uma complexidade própria e envolve uma série de peculiaridades que demandam uma análise específica. Este tópico apresenta, por conseguinte, uma breve notícia sobre os debates envolvendo a instigação por omissão.

Contra a possibilidade de uma instigação por omissão imprópria, argumenta-se inicialmente que, nas situações em que se discute essa hipótese, haveria não uma genuína omissão, mas sim instigação comissiva decorrente de um silêncio eloquente. A questão pode ser melhor compreendida a partir de um caso:

Caso 1: um empregado conta ao seu superior que, salvo o caso de discordância do chefe, pondera iniciar um arriscado esquema de corrupção, no âmbito de um grande processo de licitação pública. O

superior escuta em silêncio, entendido pelo subordinado como um sinal de assentimento para concretizar seu plano²⁶⁴.

Para aqueles que aderem ao argumento da omissão como conduta concludente, o silêncio do superior no caso configura instigação comissiva. Ou seja, o superior não teria se omitido ao ficar silente, mas comunicado sua concordância com os fatos, determinando o empregado ao seu cometimento, por meio do seu silêncio eloquente. Entende-se, então, que o não fazer indicaria, em verdade, uma instigação ativa por conduta concludente. A instigação, como determinação do querer alheio, pode ser realizada por uma série de meios, entre eles o silêncio eloquente. Seriam essas as situações as quais nomear-se-iam omissão instigadora, casos em que o não-fazer denota, em verdade, um valor informativo, comunicando ao outro que o fato principal “deve ser”.

A hipótese fática apresenta uma formulação que leva à conclusão por um comportamento concludente na medida em que o empregado condiciona o seu agir à aprovação do superior. É possível, contudo, uma formulação mais adequada à realidade comum de contextos coletivos hierárquicos que afasta essa argumentação crítica, assim formulada por BRUNO MOURA:

Variante do caso 1: o superior toma conhecimento de que um empregado está se organizando para iniciar um arriscado esquema de corrupção, no âmbito de um grande processo de licitação pública. O superior permanece inerte e não ordena que o empregado atue conforme a legalidade. O empregado leva adiante seus planos.

Sobre esse caso, defende o teórico que, diante do conhecimento de que terceiros sujeitos à sua alçada estão prestes a cometer delitos relacionados ao objeto social da

²⁶⁴ Caso substancialmente adaptado a partir de outro oferecido por MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, *et al.* (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. v. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 330. O caso permite observar que o problema é atual e passível de manifestar-se em problemas concretos efetivos, diferentemente dos casos pouco realistas em torno dos quais a doutrina costuma se ater, citados como exemplo pelo próprio teórico na construção de seus argumentos, como: Caso: V1 promete a V2, seu vizinho, que esvaziará sua caixa de correio enquanto ele estiver viajando, para evitar chamar a atenção de ladrões que cometem assaltos a casas cujos moradores estejam aparentemente ausentes, na região. V1, contudo, omite o esvaziamento, na expectativa de que o atulhamento de correspondências na caixa de correio de V2 sinalize para os assaltantes a ausência do dono da casa e a oportunidade de praticar o crime de furto. Tudo acontece como esperado e os gatunos cometem furto.

empresa, o superior hierárquico teria o dever de emitir uma norma para evitar sua execução, sob o risco de responder, em caso de inércia, como instigador por omissão imprópria do fato principal.

Contra a possibilidade de instigação omissiva imprópria, há aqueles que defendem que a instigação se configura por uma conduta de realização vinculada, o que afasta a possibilidade de equivalência da omissão. Na qualidade de conduta de “determinar” outrem à prática do crime, a instigação implicaria o exercício de influência psíquica sobre o querer do outro, ou seja, uma específica modalidade de agressão ao bem jurídico. Assim, uma omissão não poderia jamais equivaler à comissão, pois não se conformaria a específica e desvalorada modalidade de agressão descrita na forma comissiva. Assim, a ausência de dissuasão da conduta alheia, que expressaria a omissão instigadora, não corresponderia à instigação ativa, uma vez que o não fazer não seria capaz de mediar o conteúdo de sentido relevante para a determinação do autor.

No entanto, como aduz BRUNO MOURA, “é perfeitamente concebível que uma omissão possa ter o efeito de induzir a decisão alheia”. Afinal, a instigação caracteriza-se pela comunicação prescritiva de que um fato “deve ser”, havendo instigação por omissão quando “exigível a oferta de uma fundada (convvincente) contra-razão”²⁶⁵. O teórico oferece, então, o seguinte exemplo demonstrativo do potencial da omissão em determinar terceiros:

Caso 2: o salva-vidas deixa de fixar na praia bandeira de perigo, o que motiva o banhista — em virtude da ausência daquele sinal — a entrar no mar. O banhista morre afogado.

Há, por fim, quem defenda que, nas hipóteses em que se questiona a omissão instigadora, o autor principal já está decidido a cometer o crime e não pode, portanto, ser instigado — trata-se do chamado pela doutrina de *omnimodo* (ou *alias*) *facturus* —. Eventual omissão, então, representará, no máximo, apoio moral ao executor e, assim, auxílio.

MOURA discorda do argumento ao propor o seguinte questionamento: como poderia o indivíduo estar determinado firmemente ao cometimento dos fatos, mas, ao

²⁶⁵ MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam. v. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 343.

mesmo tempo, aberto a aconselhamento e estímulos psíquicos? O teórico não enxerga, portanto, separação entre decisão e ação de fato, defendendo que, na fase de mera preparação, não há vontade irreversível, mas apenas representação, a qual, no fim, pode revelar-se enganosa. A decisão se forma quando se inicia o fato, antes do que é possível persuadir o autor a não cometer o fato, oferecendo-lhe razões, pedidos, ordens e ameaças²⁶⁶.

Enfrentados os argumentos contrários à omissão instigadora, MOURA defende a sua possibilidade lógico-conceitual e de *lege lata*. A instigação consiste em oferecer para outra pessoa uma razão operativa que o autor mobiliza como razão eficaz para a sua ação. Para o teórico, o instigador é, portanto, um legislador das más ações, emitindo uma prescrição da realização do fato, comunicando que o destinatário da comunicação deve atuar delitivamente. A instigação omissiva, em um raciocínio negativo, ocorreria então quando o sujeito ocupa uma posição de garantidor que inclui um dever de oferecer contrarrazões, prescrições que proíbem a conduta.

A argumentação oferecida por MOURA é convincente e parece necessária até mesmo por princípio de coerência, em respeito à proibição de sobrevalorização do aporte. Afinal, como visto, é possível identificar casos em que a omissão parece equivaler à comissão de instigação, casos estes que revelariam um tratamento desproporcional sob a autoria de omissão imprópria. É preciso, contudo, um enfrentamento mais denso aos argumentos que lhe são opostos e que permita, ainda, um aprofundamento sobre os critérios para a sua identificação e delimitação.

3.4. Síntese conclusiva

O enfrentamento ao problema da diferenciação entre autores e partícipes na omissão imprópria comporta múltiplas interpretações, sendo valiosos os argumentos desenvolvidos pela dogmática. A questão, contudo, encontra-se ainda em aberto, sem que tenha sido alcançado um consenso e, tampouco, uma solução isenta de problemas. Adiante, buscar-se-á uma solução que leve em consideração o progresso da dogmática até aqui, conforme a sistematização apresentada. Vale observar, desde já, que não se buscará uma solução eclética, que combine elementos das diferentes propostas e, assim,

²⁶⁶ MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. v. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 346-347.

também seus déficits, mas que reconheça como as diferentes visões permitem compreender as múltiplas facetas do problema e melhor identificar os desafios que ele envolve.

A observação dos critérios de equivalência é elemento comum de diversas propostas²⁶⁷, com o objetivo de verificar se o comportamento do omitente equivale à realização do crime na forma comissiva e, assim, à sua autoria. A atenção a esse raciocínio de equivalência é valiosa e será levada em conta não apenas para a autoria, como também para a participação, de modo a definir os parâmetros segundo os quais a omissão equivale à participação comissiva em um delito. Assim, a autoria por omissão deve equivaler à autoria comissiva e a participação por omissão deve equivaler à participação comissiva.

O raciocínio orientado pela equivalência a partir do qual se busca conferir precisão sobre as hipóteses nas quais uma omissão equivale, respectivamente, à autoria ou à participação, aponta para a metodologia chave para a diferenciação entre as formas de concurso. No entanto, o princípio da equivalência, por si só, não permite diferenciação entre os concorrentes, sendo preciso densificá-lo. A formulação é logicamente correta, de modo que o presente trabalho valer-se-á dessas propostas já formuladas pela dogmática do concurso de pessoas. Contudo, o verdadeiro desafio não foi respondido por aqueles que formularam essa base lógica: afinal, quando a omissão de um dever especial equivale à realização do tipo comissivo? E quando equivale à realização da participação comissiva? As propostas apontam para o caminho a ser percorrido: identificar qual o elemento distintivo de cada uma das formas de concurso.

Uma relevante parte da doutrina trabalha com critérios de diferenciação que se orientam por aspectos práticos, materiais ou ontológicos, que, em última análise, expressam antes o poder do que o dever de um indivíduo. Assim, SCHÜNEMANN e GRECO adotam como critério a intervenção no estágio prévio ou na fase de execução²⁶⁸; JOECKS

²⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 123; SCHWAB, Hans-Jörg. *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*. Berlin: Peter Lang, 1996. p. 191. De modo semelhante, sob o princípio da igualdade: AGUILAR, Francisco. *Estudios sobre culpabilidad destacados da tese*. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 92 e ss. Mesmo entre autores que não concentram a solução na equivalência, a observância a esse princípio é central. Assim, por exemplo, pode-se mencionar a teoria do dever de ROXIN, que parte da ideia de que o omitente que viola o dever de evitar o resultado é sempre autor, se cumprir os requisitos de equivalência e demais pressupostos do tipo. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 801.

²⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. "Vor §§ 26, 27". In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLÜCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (eds.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021. p. 831.

trabalha com uma diferenciação com base em quem pode salvar diretamente o bem jurídico e em quem somente pode evitar o resultado com a ajuda de terceiros²⁶⁹; HERZBERG, com casos em que a pessoa não pode impedir o resultado, mas dificultá-lo²⁷⁰. Há, ainda, teóricos que trabalham com um corte na causalidade, como RENZIKOWSKI, que compreende a última intervenção como delimitadora a partir da proibição de regresso²⁷¹, e MOURA, que observa a última intervenção como *causa libera*²⁷². As diversas propostas têm algo em comum: identificam que, de algum modo ou em algum aspecto, a relação do partícipe com o resultado não se manifesta de forma direta. Esta é mais uma pista a ser levada em consideração para a diferenciação.

A proposta elaborada a seguir explora os interessantes pontos desenvolvidos por cada um dos autores supramencionados, buscando, a partir de suas contribuições, uma solução no plano normativo, considerando os deveres de cada interveniente.

²⁶⁹ JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53 e ss.

²⁷⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 260-261.

²⁷¹ RENZIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017. p. 228.

²⁷² MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. V. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 25 e p. 187 e ss.

4 PARTICIPAÇÃO OMISSIVA IMPRÓPRIA: CONSTRUÇÃO A PARTIR DE UMA TEORIA DO DEVER

Pressupõe-se que a norma deve ser tida como referência inicial para a construção de um critério diferenciador entre autores e partícipes nos crimes omissivos impróprios. Para tanto, inicialmente, será estabelecido o fundamento deontológico para a participação omissiva imprópria, demonstrando a sua viabilidade normológica²⁷³ (abaixo, 4.1.). Na sequência, a partir da redação legal que estabelece o concurso para o crime na forma do auxílio, será realizado um ensaio estrutural-analítico da participação, buscando conferir maior precisão e identificação dos limites da participação omissiva imprópria (abaixo, 4.2.). Esta análise conceitual permitirá melhor compreender o que caracteriza a participação²⁷⁴ e, assim, buscar, na estrutura da omissão, aquilo que equivale à sua manifestação acessória. Será densificada a proposta de diferenciação com base em uma teoria dos deveres: autoria como violação de um dever direto ou principal e participação como violação de um dever indireto ou acessório (abaixo, 4.3). Em seguida, serão elucidados alguns pontos relevantes para o estabelecimento com precisão dos âmbitos de responsabilidade dos intervenientes (abaixo, 4.4.) e, por fim, será apresentada uma síntese da proposta (abaixo, 4.5)

4.1 Compreensão normológica da participação omissiva imprópria: criminalização de terceiro nível pela combinação recíproca e cumulativa de cláusulas gerais

²⁷³ Como destaca EZEQUIEL VACCHELLI, nenhum desenvolvimento teórico pode “subtrair-se completamente da incorporação, ao menos tácita, de um determinado paradigma normológico” (VACCHELLI, Ezequiel. *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriidad*. Barcelona: Atelier, 2020. p. 91). No presente trabalho, opta-se por evidenciar e conferir protagonismo para esse paradigma, explicitando-o no texto. Entende-se que essa exposição favorece a construção de resultados mais coerentes com o sistema adotado pelo ordenamento penal. Para este primeiro passo, fez-se muito proveito da doutrina italiana, que parece dedicar maior atenção à operatividade das normas – as possibilidades de interação, interferência e combinação entre elas. Embora diversos trabalhos brasileiros, alemães e latino-americanos tratem de hipóteses de combinações de cláusulas e conformação de normas, os trabalhos italianos aqui mencionados dedicaram-se a construir uma verdadeira teoria desses processos normológicos, fornecendo um ferramental único para a compreensão sistemática do ordenamento jurídico penal que não perde de vista as normas. Por todos: RISICATO, Lucia. *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

²⁷⁴ Chama a atenção para a importância de tal metodologia conceitual para melhor precisão da participação CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de auxílio na discussão sobre as ações neutras. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR., José Roberto (org.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020. p. 107-114.

O ordenamento brasileiro adota como técnica legislativa o estabelecimento de formas de manifestação do delito compostas a partir da combinação de cláusulas de extensão da punibilidade previstas na Parte Geral com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie. Em um primeiro nível, há a tipicidade originária²⁷⁵, representada pelos próprios tipos penais incriminadores. Há um segundo nível de criminalização, decorrente da combinação entre cláusulas penais estabelecidas na Parte Geral do Código Penal, com os tipos penais que descrevem crimes em espécie, conformando um tipo penal composto ou acessório (este é o processo de conformação normológico da participação, da omissão e da tentativa). Verifica-se, por fim, um *terceiro nível* de incriminação decorrente da combinação recíproca e cumulativa de cláusulas gerais de incriminação supletiva, resultando em tipos penais de terceiro grau, sobre o qual se dedica este tópico.

Tanto os tipos penais da participação quanto os crimes omissivos impróprios são *formas de manifestação do delito*²⁷⁶ decorrentes de um processo de criminalização de segundo nível, ou seja, não são formulados por uma única e direta disposição penal, mas decorrem da aplicação conjunta de cláusulas gerais previstas na Parte Geral do Código Penal, com uma determinada norma incriminadora. Assim, a participação criminosa, como anteriormente apresentado, não pode ser subsumida diretamente aos tipos penais que descrevem os crimes em espécie (afinal, emprestar a arma para que um terceiro, tempo depois, cometa um homicídio não é o mesmo que *matar*), mas tem seu fundamento deontológico na aplicação conjunta de cláusulas gerais: o art. 29 e o art. 31 do CP combinados com uma determinada norma incriminadora (conformando-se, assim, uma proibição como “não participarás de determinada ofensa de outrem”)²⁷⁷. Também os

²⁷⁵ GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse. Pisa: Pisa University Press, 2022. p. 14.

²⁷⁶ Atribui-se a BELING o conceito de “formas de manifestação do delito” referindo-se a manifestações do delito que não são diretamente tipificadas, mas sim tipificadas a partir de um processo de modificação. O teórico, contudo, preferiu não denominar essas formas acessórias de tipos penais, afirmando que, embora não possua outro nome adequado a propor, não seria o momento de tomar posição no sentido de afirmar que as formas de manifestação do delito decorrentes da combinação de cláusulas conformariam genuínos tipos penais. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002. p. 75-76 e 134.

²⁷⁷ Dedicam trabalhos especificamente ao estudo dessa técnica para composição normológica dos tipos penais da participação: RISICATO, Lucia. Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca: una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 282-307, 2002. p. 283; GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse. Pisa: Pisa University Press, 2022. p. 14. No Brasil, BEATRIZ CORRÊA CAMARGO deriva das disposições da Parte Geral do CP a obrigatoriedade legal da diferenciação entre autoria e participação e reconhecendo que o artigo 31 do CP estabelece as formas tipológicas da participação. Note-

crimes omissivos impróprios decorrem da aplicação conjunta da cláusula geral prevista no art. 13, § 2º do Código Penal, combinada com uma determinada norma incriminadora que estabelece um delito em espécie²⁷⁸.

A participação omissiva imprópria compreende um *tertium genus*, ou um “esquema tripolar”²⁷⁹, a partir da combinação cumulativa de ambas as cláusulas penais estabelecidas na Parte Geral do CP – tanto referente à omissão (art. 13, § 2º do CP) quanto aquelas referentes à participação (art. 29 e art. 31 do CP). Note-se que a participação em um delito omissivo impróprio conforma apenas criminalização de segundo grau, pois não requer a combinação recíproca e simultânea de cláusulas gerais, mas a mera aplicação distinta e sucessiva das duas cláusulas gerais²⁸⁰.

Em outros termos, na medida em que a participação nesses casos sé comissiva (injusto do partícipe: art. 29 e 31 do CP combinados com o tipo penal que descreve o fato principal), a cláusula geral referente à omissão incidirá sobre o delito do autor (fato principal: art. 13, § 2º do CP combinado com o tipo penal) e não sobre o injusto do partícipe. De modo diverso, na participação omissiva, há a combinação recíproca das

se, contudo, que a teórica adota uma perspectiva de teoria das normas que compreende a participação como um problema adscritivo de imputação, e não como objeto de uma genuína norma de proibição acessória ou tipo penal próprio. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 125 e ss.

²⁷⁸ MAÑALICH trata dos delitos omissivos impróprios como tipos penais impropriamente tipificados, mas não reconhece a mesma operatividade para a cláusula penal da participação, que compreende como uma mera regra de imputação. MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014. p. 232. Assim também: “Por suas características estruturais, a norma em exame foi sempre considerada pela doutrina como cláusula de equivalência entre a comissão e o não impedimento do evento lesivo, idônea como tal a constituir o tipo penal do delito comissivo por omissão”. RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1269, tradução livre. Como visto anteriormente, adota essa posição HELOISA ESTELLITA: “O fundamento da posição de garantidor, embora tenha de ser legal, não terá a sua origem em normas extrapenais, mas em normas penais que fundamentem o dever especial de agir para evitar o resultado que incumbe ao garantidor. A punibilidade da violação desse dever especial deverá atender ao princípio da legalidade penal, ou seja, estar definida como crime, o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal de crime e a norma do art. 13, §2º, CP, formando a norma incriminadora omissiva imprópria”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84. No mesmo sentido: RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 283. Parece ser essa também a posição de BIERRENBACH, Sheila A. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 91.

²⁷⁹ GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse. Pisa: Pisa University Press, 2022.

²⁸⁰ RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1299.

cláusulas para a conformação do tipo acessório omissivo (injusto omissivo do partícipe: art. 13, § 2º, do CP combinado com os arts. 29 e 31 do CP combinados com o tipo penal que descreve o fato principal).

A opção pela supramencionada técnica, por um lado, proporciona uma otimização legislativa, na medida em que o legislador torna puníveis os casos de auxílio e de instigação, sem que precise recorrer a delitos especiais para cada uma dessas formas, comissivos e omissivos, com referência a cada crime em espécie estabelecido em lei. A simplificação técnica, contudo, tem por outra face um maior desafio de interpretação e delimitação dos limites dos tipos penais resultantes da combinação de cláusulas de extensão da punibilidade previstas na Parte Geral do CP. Esse complexo procedimento normológico exige os correspondentes cuidados para que, a partir de um esquematismo e uma generalização simplistas²⁸¹, não acabem dissolvidas as particularidades de cada um desses delitos e, assim, violados os princípios da legalidade, proporcionalidade e fragmentariedade.²⁸² Nesse sentido, imprescindível uma leitura restritiva rigorosa das cláusulas incriminadoras da Parte Geral do CP²⁸³ com a correta individualização dos limites de eventual função extensiva de cada uma dessas cláusulas gerais. É essencial o esforço pela densificação de conceitos e critérios em torno das formas de manifestação do delito.

Esta compreensão do processo operativo normológico de composição do tipo penal permite a proposição de um critério normativo para a diferenciação entre autores e partícipes no âmbito da omissão imprópria. Isto porque a análise atenta à composição normológica dos tipos penais autoriza a identificação da diferente natureza dos deveres que fundamentam a responsabilidade em cada uma destas hipóteses: deveres diretos fundamentam a autoria, enquanto deveres indiretos, a participação.

4.2. Compreensão analítica do auxílio: esforços para delimitar o fundamento e essência caracterizadora da participação

²⁸¹ Alerta para tais riscos SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. Tübingen: Mohr, 1970. p. 393.

²⁸² Nesse sentido, adverte LUCIA RISICATO para o risco de colisão com os cânones da proporção, da necessidade e da fragmentariedade do controle penal, decorrente de uma criminalização de terceiro grau descontrolada. RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1268.

²⁸³ Ibidem. p. 1276.

Estabelecida a expressão normológica do tipo penal da participação, constata-se que, para além de causar, o Código exige o comportamento de *concorrer* para determinado delito²⁸⁴ (art. 29 do CP), e não a partir de qualquer manifestação de concurso, mas na forma do auxílio e da instigação (art. 31 do CP). O termo *auxiliar*, referência tipológica fundamental para o presente trabalho²⁸⁵, permite densificar ainda mais a definição dessa forma de participação, compreendida como “a prestação de ajuda para a prática o crime pelo autor”²⁸⁶. Em um esforço analítico para uma delimitação um pouco mais precisa dos limites do sentido literal possível do termo *auxiliar*, recorrendo a uma análise gramatical, é interessante observar que verbos como *auxiliar* e *ajudar*²⁸⁷ são verbos de ação resultativa, caracterizados justamente por terem como objeto o resultado da ação verbal.²⁸⁸ Nesse sentido, indicam uma ação que se desenvolve em um processo e culmina em um resultado, no qual o sentido do verbo se perfectibiliza. Assim, esses verbos abarcam em seu sentido, ao mesmo tempo, “um fazer por parte do sujeito e um

²⁸⁴ Para NILO BATISTA, o verbo “concorrer”, empregado no art. 29 do CP, à luz do princípio da taxatividade, deveria ser interpretado como um sinônimo para a autoria direta, mediata, para a coautoria, para a instigação e para a cumplicidade. Assim, o dispositivo se somaria ao art. 13 do CP para delimitar melhor as hipóteses de responsabilidade criminal, não se tratando de um texto redundante, mas sim cumprindo um papel significativo de limitação. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 45, 54 e ss. Também exploram o sentido do termo concorrer: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128; SCHIRMER, Gabriela. *Concurso de pessoas: imputação e vínculo subjetivo na coautoria*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 44.

²⁸⁵ O trabalho, como já delimitado, propõe formular uma solução a partir da construção de uma teoria do auxílio. Denso e relevante estudo analítico da instigação pode ser encontrado em: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018; MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na comparticipação: a distinção entre autoria mediata e instigação a partir de um conceito restritivo de facto*. Lisboa: Âncora Editora, 2022.

²⁸⁶ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 142.

²⁸⁷ Da mesma forma, verbos como *induzir*, *instigar*, *convencer*, *construir*, *organizar*, *provocar* etc.

²⁸⁸ BRUM, Bárbara Bremenkamp; AMORIM, Carmelita Minelio da Silva; ROCHA, Lúcia Helena Peyeroton da. Estudo de verbos de ação resultativa. Cadernos do CNLF, Rio de Janeiro, v. XVI, nº 04, t. 1 – Anais do XVI Congresso Nacional de Linguística e Filologia 2012. p. 574. As pesquisadoras da Universidade Federal do Espírito Santo desenvolvem trabalho de pesquisa sobre os verbos de ação resultativa a partir da gramática de valências e da perspectiva da linguística funcional. Nesse sentido, buscam pelas propriedades que um verbo apresenta em seu uso em situações reais de comunicação, para, a partir dessa análise, verificar seus aspectos sintático-semânticos. Segundo as autoras, há verbos que apresentam categoria semântica de ação, de processo, de estado, mas também de ação-processo. Os verbos de ação resultativa inserem-se em uma classe aspectual que indica processos culminativos, ou seja, indicam uma ação-processo. Noutros termos, é o resultado, objeto de tais verbos, que especifica suas possibilidades de sentido. O seu sentido, em termos linguísticos, perfectibiliza-se a partir do resultado, enquanto evento concluído, momento em que a perfectividade do verbo se encerra no evento concluído. Confira-se também: BRUM, Bárbara Bremenkamp; AMORIM, Carmelita Minelio da Silva; ROCHA, Lúcia Helena Peyeroton da. Verbos de ação resultativa em contexto de uso. Linguagem em (Re)vista, vol. 10, nº 19. Niterói, p. 160-179, jan.-jun., 2015.

acontecer em relação ao complemento (objeto)”²⁸⁹. Ainda sobre os verbos de ação resultativa, verifica-se uma forte interdependência significativa entre o significado do próprio verbo resultativo e o seu objeto, na medida em que as “metas futuras consistem na continuidade da descrição dos verbos”²⁹⁰⁻²⁹¹.

Quem auxilia, ajuda alguém a realizar alguma coisa – note-se que a própria norma estabelece em seu texto a referência ao fato típico principal como seu resultado, ou seja, como objeto do auxílio. O que fundamenta, portanto, a acessoriedade da participação é o verbo típico do tipo de participação (auxiliar) que requer um resultado (verbo de ação resultativa)²⁹² para se perfectibilizar. Ressalta-se: “participar é ligar-se a algo, é associar-se, é tomar parte em alguma atividade”²⁹³. Por seu comportamento, o partícipe se vincula ao plano objetivado²⁹⁴ e, portanto, ao fato principal, dele tomando parte. Sua conduta, contudo, não é punível quando o delito principal não chega sequer a ser tentado.

²⁸⁹ BRUM, Bárbara Bremenkamp; AMORIM, Carmelita Minelio da Silva; ROCHA, Lúcia Helena Peyeroton da. Verbos de ação resultativa em contexto de uso. *Linguagem em (Re)vista*, vol. 10, nº 19. Niterói, p. 160-179, jan.-jun., 2015, 2012. p. 581.

²⁹⁰ Ibidem, 2012. p. 582.

²⁹¹ A adequada compreensão do verbo *auxiliar* é particularmente relevante nos casos de participação pré-executiva, em que o aporte é prestado na fase prévia, ou seja, antes do início da execução. São justamente as dificuldades de compreensão do que se entende por auxílio nessas hipóteses que levaram os teóricos à construção de diversas teorias sobre acessoriedade da participação, buscando derivar o injusto do partícipe do injusto do autor. Esses casos também desafiaram a construção de teorias do tipo penal da participação inteiramente emancipadas do resultado delitivo, as quais, contudo, tampouco abarcam a integralidade do sentido de auxiliar.

²⁹² ULRICH STEIN, JOACHIM RENZIKOWSKI e MARCELO SANCINETTI, embora defendam a autonomia do tipo penal da participação, entendem que este se esgota com o encerramento da contribuição do partícipe, de modo independente à realização ou não do delito principal pelo autor. A realização do fato principal seria, então, uma condição objetiva de punibilidade que conforma a responsabilidade penal pela participação aos ideais de necessidade preventiva da pena. STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 98. RENZIKOWSKI e SANCINETTI levam essa conclusão às últimas consequências, considerando que o tipo penal da participação é um crime de perigo. RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 152 e SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito próprio de participar en el hecho ajeno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. *passim*.

²⁹³ PIERANGELI, José Henrique. O concurso de pessoas e o novo código penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-72. p. 49.

²⁹⁴ Esta delimitação conceitual é imprescindível para que se compreenda o desvalor da participação enquanto contribuição dotada de sentido delitivo e torna-se clara no contexto do grupo de casos das ações neutras. São atípicos os comportamentos de emprestar, de vender ou de fornecer bens ou serviços para finalidades lícitas, ainda que autônoma e independentemente desviados por terceiro, que de tais bens ou serviços se aproveite para o cometimento de ilícitos. O que o ordenamento proíbe sob a participação é prestar ajuda para determinado delito, ou seja, direcionar o fornecimento de bens ou serviços para um determinado delito, ajudando o autor na realização do fato principal objetivado em um plano. Assim, o vendedor de uma loja pode vender um kit de facas para um cliente, esperando que este último faça um bom churrasco em seu final de semana, sem precisar temer a responsabilização pelos mais diversos desvios de utilização da faca pelo cliente – do contrário, embora com a punibilidade em suspenso, restaria já objetivamente configurada a tentativa de participação para um sem número de crimes que poderiam ser empreendidos pelo autor (e.g. utilizar a faca para crime(s) de roubo, para crime(s) de lesão corporal, para

Para melhor compreender a complexa hermenêutica do verbo, pode-se apresentar um exemplo sobre o uso cotidiano do termo *ajudar*. O marido, em uma tarde de trabalhos em casa com sua esposa, solicita a ela que lhe passe uma caneta para que possa anotar um recado durante uma ligação. A esposa lhe entrega um pedaço de papel e uma caneta. O marido, contudo, muda de ideia e acaba por anotar em seu celular a informação. Nesse caso, podemos nos perguntar: a esposa ajudou o marido a anotar as informações que precisava? Ainda que o marido gentilmente agradeça pela prestatividade da esposa, a resposta a esse questionamento deve ser negativa²⁹⁵. A contribuição não foi aproveitada e, portanto, em nada possibilitou ou favoreceu as anotações realizadas pelo marido.

De modo similar, pode-se tomar como exemplo o verbo convencer. Somente se poderá afirmar que um primeiro sujeito convenceu um segundo sobre alguma questão caso o primeiro tenha, de fato, levado o segundo a acreditar em tal coisa. Até que se verifique esse resultado, o ato de convencer permanece na esfera de uma tentativa, como significante aberto.

Percebe-se que, a própria redação da norma estabelece a acessoriedade da participação, na medida em que i) vale-se de verbos resultativos (concorrer, pelos

crime(s) de homicídio, para crime(s) de maus tratos aos animais, para crime(s) contra o meio ambiente etc.). A eventual utilização do item para o cometimento de um delito decorre de um desvio autônomo por parte do autor e não pode ser atribuído também ao partícipe. Será, contudo, partícipe o vizinho que lhe emprestar essa mesma faca para que mate a esposa, em uma noite em que o vizinho briga ferozmente com a vítima, objetivando o seu plano, situação na qual o fornecimento possui univocamente sentido delitivo. Nesse caso, o fornecimento da faca configura auxílio para o delito de homicídio. Note-se que o auxílio preordena determinado resultado, previsto no plano objetivado a que se vincula o partícipe. Assim, mesmo neste último caso, o eventual uso por parte do vizinho da faca para outras finalidades delitivas para além do plano objetivado para o qual o partícipe cooperou (e.g. o vizinho decide aproveitar o momento de fúria para livrar-se também de seus sogros, dirigindo-se até onde esses residem e cometendo novos delitos de homicídio) não podem ser atribuídas ao partícipe, pois extrapolam os limites de sua contribuição que se direcionava ou vinculava-se a um específico plano objetivado ou resultado. Do contrário, se não se encontrasse a conduta do partícipe vinculada ao fato principal específico, configurar-se-ia já tentativa de participação em toda uma infinidade de delitos que poderiam ser cometidos pelo autor, sendo este quem determinaria a que título responde o partícipe. Para maior aprofundamento acerca das ações neutras: GRECO, Luís. *Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof* (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. Trad. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019; GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 72 e ss.; e GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.136 e ss.; BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

²⁹⁵ “Apesar da intenção do dono do instrumento em favorecer o êxito da conduta criminosa pelo autor, se a execução não é facilitada pelo mesmo no caso concreto, é impossível caracterizar o comportamento do agente como prestação de ajuda para o autor principal. Oferecer ajuda, colocar meios à disposição de outrem, ainda não é o mesmo que efetivamente ajudar o autor na sua prática delitiva”. CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 144.

comportamentos de auxiliar ou de instigar) para instituir a proibição, e ii) estabelece o respectivo resultado a que se vinculam esses verbos (“para o crime”). Dessa forma, o partícipe responde pelo próprio comportamento, quando este satisfizer os elementos do injusto da participação, cuja perfectibilização depende do início da execução do fato principal, momento em que se enlaçam as intervenções em uma totalização de significados, selando, reflexivamente, o sentido do aporte prestado como ajuda ou auxílio, conferindo-lhe sentido delitivo objetivo. O auxílio atualiza-se tipicamente com a execução, momento no qual se materializa o risco no resultado e a ofensividade da contribuição acessória para o bem jurídico²⁹⁶.

O que se pode concluir com isso é que, enquanto a autoria é “autônoma, auto-suficiente”, a participação é “acessória, depende da existência de um fato principal”²⁹⁷. Em outros termos, embora a participação represente um ataque autônomo ao bem jurídico positivado em lei, esse ataque somente se perfaz pelo fato principal do autor, o que é reconhecido pela própria norma que estabelece sua punibilidade. Na participação, portanto, a agressão ao bem jurídico insere-se em um contexto coletivo, tendo o fato principal como objeto imediato ou direto do comportamento e o resultado do fato principal, com a lesão do bem jurídico, como objeto mediato ou indireto²⁹⁸. O que caracteriza a norma de comportamento secundária que estabelece a punibilidade da participação é, pois, um contexto coletivo no qual o comportamento do partícipe se insere.

4.3. Transposição da compreensão analítica do auxílio para a teoria do dever: diferenciação entre deveres diretos (principais) e indiretos (acessórios)

²⁹⁶ MARCELO SANCINETTI, como visto, é contrário a uma tal compreensão e defende que o injusto do partícipe está dado no momento em que a pessoa age. O teórico parte da premissa de que submeter a participação à manifestação do risco no resultado significaria reduzir o direito penal à responsabilidade por resultados, negligenciando o desvalor das condutas em si. SANCINETTI, Marcelo A. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. *passim*. Não obstante a argumentação do teórico, discorda-se da argumentação apresentada. É o próprio tipo penal da participação, ao estabelecer a responsabilidade penal pela conduta de “auxiliar”, em lugar das condutas de “entregar” ou “fornecer”, que acaba por exigir a perfectibilização da conduta no resultado.

²⁹⁷ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 05.

²⁹⁸ A esse fenômeno refere-se SCHMIDHÄUSER como “duplo resultado” (*Doppelerfolg*): “No caso de um crime cometido por um partícipe, o crime objetivamente imputável é um duplo resultado, como já ficou claro em todos os itens acima: o fato principal cometido pelo autor do delito e a influência do partícipe no cometimento desse fato principal. [...] A influência do partícipe no cometimento do delito principal reside no auxílio e na instigação para que o autor conclua o delito”. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. Tübingen: Mohr, 1970. p. 436.

O estudo analítico do auxílio permite concluir que a diferença fundamental entre autoria e participação está na relação direta ou indireta entre o comportamento do indivíduo e o resultado, relação essa expressa no dever que se dirige a cada um desses intervenientes. Enquanto os tipos penais que descrevem os crimes em espécie e têm o autor por destinatários criminalizam ataques diretos ou principais aos bens jurídicos (e.g. ação de esfaquear + resultado morte), o tipo penal da participação criminaliza o ataque indireto ou acessório aos bens jurídicos, o qual somente manifesta sua ofensividade no resultado por meio da realização do fato principal pelo autor (e.g. ação de auxiliar emprestando a faca + resultado direto do auxílio na realização do fato principal + resultado indireto morte).

O dever violado em cada caso é o que permitirá identificar os comportamentos de autoria e participação. Afinal, os tipos penais da autoria ou da participação descrevem deveres cujo fundamento, natureza e forma de violação são completamente distintos. De um lado, a autoria consiste na violação de um *dever direto (principal)*. De outro, a estrutura analítica do auxílio nos crimes comissivos de resultado permite compreender a peculiaridade de sua manifestação como violação de um *dever indireto (acessório)*, cuja manifestação da violação vincula-se em relação de dependência com o fato principal realizado pelo autor²⁹⁹. Ainda que a violação pelo partícipe seja autônoma e possua seu próprio desvalor, a relação de dependência para com o fato principal caracteriza o próprio dever violado pelo partícipe. Em outros termos: trata-se de um aspecto da própria norma que proíbe a participação³⁰⁰.

²⁹⁹ Vale tecer em nota algumas observações acerca da opção por classificar tais deveres a partir dos termos direto ou principal e indireto ou acessório. Por um lado, os termos direto e indireto estabelecem de forma literal a diferença normativa substancial entre a autoria e a participação, identificada a partir do estudo analítico do auxílio. Evita-se o uso dos termos “imediato” e “mediato” para que não se criem confusões em relação à dogmática da autoria mediata. Também não é feito o uso dos termos “primário” e “secundário”, terminologia já utilizada pelas correntes da teoria das normas para expressar a autoria e a participação a partir de um paradigma adscritivo, sendo a participação objeto de regra de imputação e não de uma norma de comportamento. Nesse sentido, por todos: CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³⁰⁰ Como visto no capítulo 3, percorrendo os estratos dos pressupostos dos crimes omissivos impróprios: YAO LI busca na causalidade o fundamento espelho para a participação omissiva imprópria (LI, Yao. *Beteiligung durch unterlassen*. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (eds.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 77- 95); WOLFGANG JOECKS, HARRO OTTO e ROLF D. HERZBERG na capacidade físico-real de agir (JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53-54; OTTO, Harro. *La complicidad por omisión*. En *Letra: Derecho Penal*, a. III, nº 5, p. 188-205, 2017. p. 188; HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 117); ROBLES PLANAS e ANDREAS MOSENHEUER buscam esse paralelo material na

É identificando essa mesma peculiaridade nos delitos de omissão imprópria que se torna possível diferenciar autoria e participação também nesse grupo de delitos. Os crimes omissivos impróprios, como disposto no art. 13, § 2º, do CP, consistem no descumprimento de um dever de agir para impedir o resultado, caracterizado pela especial relação entre sujeito ativo e passivo, dever este que fundamenta uma posição de garantidor³⁰¹. Trata-se, então, de identificar no caso concreto se a ação devida se amolda a um dever direto (principal) ou indireto (acessório), ou seja, se a “*especial relación intercedente*” ou o “*vínculo obrigacional*” entre sujeito ativo e passivo que o caracteriza manifesta-se de forma direta ou indireta, configurando, respectivamente, autoria e participação. Haverá autoria nos crimes omissivos impróprios diante do descumprimento de um dever que esse manifesta diretamente no resultado, haverá participação diante de um dever de impedir o resultado, dever cujo descumprimento se projeta de modo indireto no resultado, perpassando a esfera de responsabilidade de um autor principal³⁰².

intensidade da intervenção (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 74 e MOSENHEUER, Andreas, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 193 e ss.). O que se constatou com recurso ao estudo analítico do auxílio é que o elemento que caracteriza a participação e permite diferenciá-la da autoria não se encontra em nenhum desses elementos, mas sim a partir da verificação do dever que orienta a conduta do partícipe, dever este acessório, que descreve uma vinculação indireta entre o partícipe e o bem jurídico, a qual assim se manifesta no resultado. É, portanto, no resultado que se pode perceber nitidamente a manifestação desta diferença na relação jurídica que fundamenta a responsabilidade de cada um dos intervenientes.

³⁰¹ Entende-se, com referência a MAÑALICH, que a denominação crimes omissivos impróprios decorre da tipificação imprópria desses tipos penais na parte geral do código penal, com referência a cada um dos tipos dispostos na Parte Especial. Trata-se de técnica legislativa similar àquela adotada para a participação, a qual requer um esforço interpretativo sistemático para a identificação dos tipos e das correspondentes normas. Observar essa delimitação jurídico-positiva não significa negar a diferença estrutural entre a omissão imprópria e a omissão própria. Ambos os delitos se diferenciam não apenas estruturalmente, como também em seus fundamentos. A omissão própria descreve deveres de solidariedade dirigidos a todos, enquanto a omissão imprópria descreve deveres especiais, que têm por destinatários os garantidores.

³⁰² Interessante notar que, em última análise, a proposta enfrenta o concurso de pessoas na omissão imprópria sob uma *teoria do dever* de modo a tratar tal forma de manifestação do delito a partir justamente da perspectiva do dever. Nesse sentido, se aproxima em alguma medida do que propunha ROXIN. No entanto, enquanto o teórico compreendia como autores a todos aqueles a quem incumbe um concreto dever de evitar o resultado típico (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 383 e ss.), entende-se aqui que é possível diferenciar nos delitos de dever, especificamente na omissão imprópria, a violação a deveres diretos e indiretos, respectivamente, autoria e participação. Assim, do mesmo modo que nos delitos de domínio, o fundamento deontológico da autoria e da participação é a violação de normas principais e acessórias, também nos delitos de dever pode-se identificar uma diferente base deontológica para cada uma das formas de concurso. Logo, a proposta de solução que busca na forma pela qual os deveres — principal e acessório — refletem a relação do sujeito para com o bem jurídico permite harmonizar a teoria dos deveres de ROXIN com sua teoria do concurso de pessoas. Dessa forma, não se oferece uma resposta diferente para o concurso de pessoas na comissão e na omissão imprópria. Em ambos os casos, deve-se observar os deveres que incumbem ao indivíduo — seja na conformação de mandados ou proibições — para identificar se há autoria ou se há participação. Leva-se a sério o fundamento de

O tipo penal da omissão imprópria determina que aqueles que possuem um dever especial, os garantidores, atuem para evitar resultados desvalorados penalmente. Em função desse dever, os garantidores respondem por sua omissão como se houvessem realizado o delito na forma comissiva. A realização comissiva de tipos penais que descrevem crimes em espécie, contudo, não abarca o auxílio ou instigação desses crimes, que, por sua vez, somente são penalmente relevantes em função do tipo penal da participação, formulado a partir da combinação de cláusula de extensão da punibilidade prevista na Parte Geral com os respectivos tipos.

Do mesmo modo que o auxílio para o delito (e.g. emprestar a arma) não é o mesmo que realizar o tipo penal (e.g. matar), não se amoldando diretamente aos tipos que descrevem crimes em espécie sem que, com isso, dissolvam-se as margens típicas, também não é o mesmo que agir para impedir um resultado (e.g. desativar uma fonte de perigo que poderia levar terceiros à morte) o dever de agir para impedir que terceiros autorresponsáveis realizem delitos (e.g. convocar assembleia para destituir responsável por desativar uma fonte de perigo que pode levar terceiros à morte e que se recusa a fazê-lo) ou se valham de uma coisa perigosa para cometer delitos (e.g. deixar de impedir o uso de uma arma).

Os tipos penais incriminadores não abarcam sob sua descrição, simultaneamente, a proibição de realizar o fato principal e de concorrer para ele. Do mesmo modo, os limites do dever especial de impedir resultados limitam-se ao dever de impedir o resultado e não alcançam, *per se*, o dever de intervir na esfera de pessoas autorresponsáveis para salvar o bem jurídico ou conter riscos de uma fonte de perigo. Em outros termos, impedir um resultado (relação direta) não equivale a agir para impedir que um terceiro cometa um fato principal, culminando no resultado (relação indireta). No entanto, ao proibir a participação, o ordenamento tornou puníveis também comportamentos acessórios, expandindo, a partir da combinação dos artigos que versam sobre a participação, as hipóteses em que se deve intervir para impedir um resultado também diante de um comportamento ilícito de um terceiro autorresponsável.

participação adotado para buscar uma solução coerente para a diferenciação, que se aplique de forma harmônica à teoria dos deveres e que leve a sério a legalidade dos tipos penais e a importância de um sistema diferenciador. Com razão, LÜDERSSEN postula que não se pode “pestanejar” diante da simetria e coerência das soluções, ora adotando um fundamento para a participação, ora outro; ora um fundamento para a autoria omissiva imprópria, ora outro. LÜDERSSEN, Klaus. Der Typus des Teilnehmertatbestandes. In: KÜHNE, Hans-Heiner (org.). *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 452.

O ordenamento, ao tipificar comportamentos estabelece, de forma direta, uma vedação normativa dos resultados reprovados penalmente, ou seja, positiva deveres primários com o objetivo de evitar os resultados indesejados pelo ordenamento. São então acessórios os deveres de agir sobre a esfera de terceiros autorresponsáveis que descumprem seus deveres principais, como forma de ampliar ainda mais o propósito de evitação de tais resultados. É somente a partir da combinação de cláusulas gerais de extensão que se formula um dever acessório de impedir resultados, dever este indireto na medida em que o resultado somente se manifesta a partir da esfera jurídica de terceiros autorresponsáveis.

Veja-se que não se trata de um simples raciocínio de equivalência, mas de uma limitação imposta pelos limites da legalidade. Assim como não se podem ampliar os limites dos tipos penais para abranger a participação, tampouco se admite a dissolução de tais limites no âmbito da omissão. A punição da participação, seja comissiva ou omissiva, decorre de uma escolha político criminal, manifesta pelo estabelecimento de norma de proibição específica, que criminaliza as condutas acessórias para além dos crimes em espécie descritos no ordenamento. Em última análise, portanto, a diferenciação entre autoria e participação na omissão é um exercício de legalidade, em um esforço para precisar os limites dos mandados que incumbem a cada indivíduo.

Interessante observar que, há algum tempo, vem-se chamando atenção para a relevância em identificar concretamente os deveres que incumbem a cada pessoa, com a precisão de seu *círculo de competências*. Nesse sentido, ganha relevância o conceito de âmbito ou círculo de organização ou de competência como “o círculo de deveres concretamente assumido por um sujeito [que] determina a existência ou não de responsabilidade”³⁰³. De um modo geral, recorre-se a esse conceito para buscar maior precisão na identificação da posição de garantidor de indivíduos, verificando se detinham ou não um dever de impedir o resultado e, portanto, podem ser responsabilizados penalmente. Afinal, uma pessoa somente pode ser responsabilizada por aquilo que efetivamente lhe compete³⁰⁴ e nem tudo compete a todos, não importando a posição

³⁰³ ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 23. Tradução livre.

³⁰⁴ “O âmbito do compromisso de cada garantidor determina as situações de garantia que lhe competem” e “Somente nos casos em que o compromisso do garantidor é inequívoco é que é possível dizer que toma em suas mãos o risco real ou hipotético, atuando como ‘barreira de contenção’ dele”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2003. p. 464 e 465, tradução livre.

privilegiada ou os poderes que um indivíduo possui³⁰⁵. Em contextos coletivos, a delimitação de círculos de responsabilidade assume relevância especial na medida em que a demarcação adequada dos deveres que compõem as competências de cada indivíduo será determinante também para a identificação da natureza de sua responsabilidade: a título de autoria ou de participação, conforme referidos deveres sejam, respectivamente, diretos (principais) ou indiretos (acessórios). Assim, deve-se observar concretamente os compromissos assumidos por cada indivíduo, a partir de sua própria relação juridicamente fundada para com o bem jurídico ou para com uma fonte de perigo³⁰⁶, para delimitar se ele é responsável e, se sim, a título de autoria ou de participação.

Nos crimes comissivos, o partícipe viola um dever acessório, a norma proibitiva resultante da combinação entre arts. 29 e 31 e tipo penal que descreve o delito em espécie. Essa norma é caracterizada por um dever acessório ou indireto, na medida em que a violação do partícipe apenas se perfectibiliza quando o autor dá início à execução do delito. Para que a participação comissiva se manifeste no resultado típico, portanto, é necessário o início da execução por terceiro autorresponsável.

Nos crimes omissivos impróprios, o partícipe omitente viola, da mesma forma, um dever acessório ou indireto de agir para impedir o resultado. Esse dever é extraído do tipo penal resultante da combinação entre art. 13 § 2º, c/c art. 29 e 31 e o delito. Essa norma é caracterizada por um dever acessório, na medida em que o resultado da violação dos deveres especiais apenas manifesta-se no resultado a partir do comportamento — comissivo ou omissivo — do autor, agente ou omitente autorresponsável.

É justamente a vinculação entre pessoas autorresponsáveis, com a interpolação de suas esferas de responsabilidades, que conforma um contexto coletivo que impacta normativamente os deveres sob a ótica da participação. Seja em uma função de vigilância sobre uma fonte de perigo ou de proteção sobre um bem jurídico vulnerável, o dever do garantidor é acessório nas hipóteses em que o vínculo normativo perpassa o âmbito de

³⁰⁵ “Este sujeito especial dos crimes omissivos impróprios, que não pode ser constituído a partir de seu status ou de sua qualificação, mas sim a partir de concretos deveres inscritos na relação vital que sua atividade específica guarda com o impedimento do resultado danoso, além de dever de impedi-lo tem de poder impedi-lo: ‘devia e podia’, reza o § 2º do art. 13 CP.”. BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCrim*, nº 38, v. 10, p. 271-291, 2002. p. 283-284.

³⁰⁶ “A demarcação das situações de garantia (relações perigo-bem jurídico) se produz a partir do concreto compromisso do garantidor que, logicamente, terá a ver com a natureza específica de sua relação com a fonte de perigo ou com o bem afetado”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2003. p. 464. Tradução livre.

organização de terceiro autorresponsável. Assim, os casos em que o dever de garantidor determina impedir que terceiros autorresponsáveis cometam delitos ou impedir que terceiros autorresponsáveis se valham de uma fonte de perigo para o cometimento de ilícitos³⁰⁷.

4.3.1. O dever de agir para evitar que coisas perigosas sejam aproveitadas por terceiros autorresponsáveis no cometimento de ilícitos

Um dos mais clássicos e introdutórios exemplos de auxílio apresentado nos manuais é o de uma pessoa que fornece para outra a arma para o cometimento de um delito: um caçador, proprietário de uma espingarda, empresta para seu vizinho a arma para que este mate um desafeto. Aquele que tem em seu âmbito de organização uma coisa perigosa possui também o correspondente dever de impedir que terceiros possam se valer desse instrumento para o cometimento de ilícito. Assim, voltando ao caso do caçador acima, será também partícipe, embora por omissão imprópria se este voltou de sua caçada deixando sobre a mesa o seu rifle e permanecendo inerte ao ver seu vizinho aproximar-se, dizer que finalmente decidira executar o plano de livrar-se do desafeto, tomando, ele próprio, a arma da mesa³⁰⁸.

O garantidor que tem em seu âmbito de organização instrumentos perigosos, como uma arma, tanto não poderá fornecê-los para terceiros, como tampouco deixar de impedir que terceiros se valham dela para o cometimento de ilícitos.

Note-se que o cenário mencionado requer algo mais que a simples violação de deveres objetivos de cuidado, que representaria hipótese de crime culposos, o que não é

³⁰⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 757 e ss.

³⁰⁸ Em ambos os casos, discute-se o delito de homicídio, prevalecente no concurso de crimes em relação a eventuais crimes concernentes ao porte e posse de armas de fogo. Note-se apenas que, no caso das armas de fogo, o perigo da coisa é tamanho para o legislador brasileiro que o ordenamento prevê um tipo penal específico para a violação de deveres de asseguramento em face de menores de idade: o delito de omissão de cautela (Lei n.º 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento): “Art. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa”. Os deveres de asseguramento não se confundem com o dever de impedir o resultado e sua violação, geralmente, por si só, sem que sobrevenha um resultado típico não configura crime, ressalvada a criminalização em tipo penal específico. Com isso, há uma antecipação da criminalização para abarcar estágios prévios à configuração da participação: o mero permitir que um indivíduo não responsável se apossa da arma, ainda que não acarrete um resultado penalmente desvalorado, seja um acidente envolvendo o próprio agente não responsável, seja a lesão ou morte de terceiros, já configura crime.

discutido no presente trabalho (e.g. seria responsabilizado por crime culposo o bioquímico dedicado ao estudo de um produto altamente tóxico que omite cuidados sobre suas amostras, de modo que um terceiro acaba por ingerir o produto em erro; em contrapartida, responderia por crime comissivo doloso o bioquímico que intencionalmente aloca uma amostra do produto altamente tóxico junto aos temperos da cozinha, de modo a fazer com que um terceiro acabe por ingerir o produto em erro).

Ao tratar da participação omissiva imprópria pela omissão em relação às coisas perigosas, discutem-se situações em que há a violação de deveres especiais. São hipóteses em que se verifica o conhecimento do garantidor, o qual não apenas viola deveres objetivos de cuidado, mas vincula-se ao plano delitivo de terceiro, em uma relação acessória, ao deixar de agir para impedir que o terceiro cometa delito com as coisas perigosas sob sua esfera de responsabilidade (assim, seria responsabilizado como partícipe por omissão imprópria o bioquímico dedicado ao estudo de um produto altamente tóxico que assiste impassível enquanto sua namorada se apropria de veneno, a fim de realizar um plano que, há meses, vinha nutrindo — matar a um desafeto —, plano este que sempre discutira com o parceiro³⁰⁹).

Será participação a omissão de dever especial de agir para impedir que terceiros se valham de coisa perigosa sob o âmbito de organização do garantidor. Esse dever é acessório ou indireto, na medida em que o desvalor da omissão somente se manifesta pela atuação de terceiro autorresponsável. Nesses casos, portanto, o garantidor tem um dever de evitar resultados que se perfectibilizam pela atuação de um terceiro.

4.3.2. O dever de agir para evitar o cometimento de ilícitos por terceiros autorresponsáveis

O dever de impedir que terceiros autorresponsáveis cometam crimes é acessório e, portanto, seu descumprimento significa participação e não autoria, tenha o garantidor

³⁰⁹ Nesse ponto vale tecer em nota algumas observações acerca do crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Partindo do caso discutido, pense-se numa variante na qual o bioquímico dedicado ao estudo de um produto altamente tóxico assiste impassível enquanto sua namorada se apropria do veneno para realizar o plano de ceifar a própria vida, plano este que sempre discutira com o parceiro e que de fato realiza naquela noite. Neste caso, o bioquímico seria autor do delito de auxílio ao suicídio por omissão imprópria, uma vez que o ordenamento optou por criminalizar numa forma autônoma as condutas acessórias ao suicídio, ainda que este último não seja um delito. Nesse sentido, a conduta se amoldaria ao tipo penal descrito no art. 122 do CP c/c art. 13, § 2º do CP, tipo esse que criminaliza comportamentos acessórios, tendo por núcleos típicos descrições de formas de participação.

a função de proteção ou de vigilância. Como visto, o dever de impedir será acessório sempre que o desvalor da violação pelo omitente de seus deveres especiais manifestar-se no resultado apenas a partir do comportamento do autor, sujeito autorresponsável. Nestes casos, verifica-se a equivalência da omissão apenas para a participação comissiva, afinal o garantidor possui o dever de evitar resultados que se perfectibilizam pela atuação de um terceiro.

Pode-se questionar se essas conclusões seriam problemáticas por conferir um diferente tratamento para o omitente em hipóteses em que o perigo advém da natureza ou do comportamento humano³¹⁰. Segundo essa linha argumentativa, não seria racional tratar de modo diferente ao pai que se omite de salvar o filho diante de um ataque de um feroz cão ou de um terceiro autorresponsável que decide matar a criança. Afinal, não seria idêntico o comportamento do pai em ambos os casos?

Embora possa gerar algum questionamento em um primeiro momento, esse argumento logo se dissolve quando confrontado com o aspecto normativo dos comportamentos³¹¹. Seja no crime comissivo ou omissivo, o concurso entre diferentes sujeitos para o resultado típico possui consequências sobre as normas. Esse impacto já demarca os debates acerca dos crimes comissivos, há muito tempo sem maiores questionamentos ou surpresas. Quando confrontados casos de delitos comissivos, são

³¹⁰ Muito se discute sobre o problema da incoerência em diferenciar penas de omissões semelhantes diante de um contexto coletivo ou de um contexto de ordem natural. Nesse sentido, KAUFMANN entende que não haveria por que diferenciar a pena de um salva-vidas que se omite em salvar a criança que se afoga após cair sozinha na piscina daquela de um salva-vidas que se omite em salvar uma criança lançada na água por um terceiro, intentando afogá-la (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 302.). De fato, no caso descrito, o salva-vidas seria autor em ambas as hipóteses, mas, nesse caso o risco de sua omissão não se manifesta no resultado, apenas perpassando a esfera jurídica de terceiro. Em qualquer dos casos, o perigo só emerge quando a criança cai na água e não consegue nadar. Somente então é acionado o dever de agir do salva-vidas, no exercício de seu dever de vigilância sobre a fonte de perigo piscina. Sua atuação não perpassa o âmbito de responsabilidades de terceiros, mas consiste na direta gestão do perigo da piscina. Um cenário de fato questionável surgiria na hipótese em que um terceiro mantém submerso um desafeto com a finalidade de afogá-lo na piscina. Nesse caso, seria até mesmo questionável se estaria abarcada pelo dever especial do salva-vidas a intervenção, afinal esta não se daria sobre o perigo da piscina, mas sim sobre terceiro autorresponsável que dolosamente comete um delito, perigo este que transcende os riscos da fonte de perigo sob a gestão do salva-vidas.

³¹¹ Vale apontar em nota, apenas em reforço à relevância do aspecto normativo para a determinação da responsabilidade de cada indivíduo, o exemplo no qual uma criança se afoga em uma piscina enquanto seu pai e um terceiro assistem inertes. Embora o comportamento do pai e do terceiro seja ontologicamente idêntico, em função da relação juridicamente fundada de custódia sobre a criança, o pai responderá por homicídio na forma da omissão imprópria (sujeito, portanto, a uma pena de 6 [seis] a 20 [vinte] anos), enquanto o terceiro responderá apenas por omissão de socorro (sujeito a uma pena de 1 a 6 meses). Comportamentos ontologicamente idênticos recebem tratamento normativo distinto, com relevantes impactos práticos.

rapidamente percebidos os impactos da figura do terceiro autorresponsável sobre o concurso de pessoas.

Por um lado, o agente que ordenar a um cão feroz que ataque a vítima, a levando a óbito, responde como autor direto de crime comissivo. A substituição do cão por um instrumento humano não responsável, seja na ação ou na omissão, já transforma de modo relevante o cenário: o homem de trás se torna um autor mediato, o que exige maior esforço de justificação, bem como norma específica para fundamentar sua responsabilidade. Substituído o executor por um terceiro autorresponsável, como no caso em que o agente paga uma relevante quantia para que um terceiro cometa um homicídio, já não responde o primeiro agente como autor, mas sim como instigador.

Enquanto no primeiro caso o agente realiza por sua conduta isolada e autônoma todos os pressupostos do tipo penal de homicídio, nos casos seguintes o tipo penal que descreve o crime de homicídio não é integral e diretamente satisfeito pelo comportamento do agente. A responsabilidade do autor mediato e do instigador requerem a complementação típica, a partir de cláusulas gerais de extensão da punibilidade previstas na Parte Geral do Código Penal³¹². Somente a partir desta combinação é que os seus comportamentos podem ser adequadamente abarcados por normas proibitivas, que expressem a diferença normativa entre as situações em questão.

Assim, verifica-se que, embora à primeira vista não pareça haver uma diferença relevante entre as situações em que o perigo é advindo da natureza ou da atuação de um terceiro autorresponsável, normativamente há uma diferença substancial. O ataque de um cachorro e o ataque de um terceiro autorresponsável não são normativamente idênticos. O cão feroz não responderá juridicamente por seu comportamento³¹³, enquanto o terceiro

³¹² Para aqueles que adotam a teoria do domínio do fato, o autor imediato no primeiro caso possui domínio da ação, enquanto o autor mediato no segundo caso possui domínio da vontade. Cada uma dessas formas de domínio estaria contemplada pelo tipo penal que descreve o crime em espécie, mas careceriam de específica fundamentação para a atribuição de responsabilidade aos indivíduos. Quanto ao terceiro caso, o agente que paga terceiro autorresponsável para cometer o delito não teria domínio do fato, não satisfazendo por seu comportamento isoladamente os requisitos da ação típica, somente lhe sendo imputável a instigação a partir da cláusula de extensão da punibilidade da Parte Geral. Para maior aprofundamento sobre a teoria do domínio do fato, cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 133 e ss.

³¹³ E não se olvide de que houve tempos em que o normativo se estendeu ao natural. Há em Minas Gerais o curioso caso da condenação de uma escultura de São Jorge, no ano de 1804. Tratava-se de uma estátua de São Jorge, obra de Aleijadinho, a qual teria sido moldada para uma procissão de Corpus Christi, na cidade de Ouro Preto. Em determinado momento da procissão, a escultura tomba para frente do cavalo que a carregava, o que acabou por fazer com que a lança que portava a escultura atingisse fatalmente o indivíduo que conduzia o cavalo. A escultura teria sido, então, levada à prisão local e posteriormente condenada à

autorresponsável comete um delito e responderá por ele. Inserir nesses contextos a figura de garantidor tem diferentes sentidos e repercussões em termos normativos.

No caso do cão, o garantidor se insere em um contexto no qual, normativamente, seu dever é direto. Caso permaneça inerte, o desvalor de seu comportamento se manifestará diretamente no resultado, sem depender da execução por parte de um terceiro autorresponsável para manifestar-se no resultado. A omissão do garantidor, nesse caso, manifesta-se no resultado diretamente, sem transpassar o âmbito de organização de outras pessoas, o que acarretaria impactos normativos sobre o seu dever.

Em contraposição, no caso do ataque à criança por um agente autorresponsável, insere-se o dever do garantidor em um contexto coletivo, manifestando-se como um dever acessório. O desvalor da omissão da ação devida somente se manifestará no resultado a partir do âmbito de organização de terceiro autorresponsável, o que descumpra a vedação imposta pelo *neminem laedere* e os fundamentos da confiança que regem a ordem jurídica³¹⁴. Em uma sociedade regida por normas, o ataque ilícito de um terceiro autorresponsável é vedado pela lei, que deverá ser violada pelo terceiro no cometimento do fato. O resultado decorrerá então do comportamento ilícito — normativamente relevante — do terceiro, de modo que a omissão do pai quanto ao dever de intervir sobre o agente manifesta-se de modo acessório, como um risco que apenas atinge o bem jurídico, sob o ponto de vista normativo, indiretamente³¹⁵.

prisão perpétua pelo homicídio. O caso absurdo torna-se ainda mais esdrúxulo quando da resposta da Mesa da Consciência e Ordens em Portugal, que, atenta à distribuição de responsabilidades em contextos coletivos, embora não tanto à autorresponsabilidade dos envolvidos, protestou contra a equívoca prisão, afinal, havia sido preso “o glorioso São Jorge, pelo acidente que a ele não cabia culpa e sim a seu azeiteiro e condutor”. MELLO, Anísio. *Estórias e Lendas de Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro*. Iracema, 1997. p. 39 e ss.

³¹⁴ Veja-se que não se trata do isolamento situacional. O ataque do cão pode dar-se em uma rua repleta de cidadãos comuns, que também permanecem inertes diante da situação, respondendo apenas por omissão de socorro, enquanto o pai, garantidor, responderá a título de autoria. Nessa formulação do caso, não há um contexto de concurso de pessoas, em que o coletivo se expressa normativamente. No entanto, quando o contexto coletivo implica em uma interrelação entre as pessoas, com a criação e modificação de vínculos jurídicos, misturando-se as esferas de competência, modificam-se também os deveres e normas que incumbem aos envolvidos. Quando o ataque é realizado por um terceiro autorresponsável, verifica-se uma invasão do âmbito de organização do executor, direcionado à lesão do bem jurídico, em violação ao princípio do *neminem laedere*. O garantidor, ao intervir, não se dirige apenas ao bem jurídico, mas direciona sua intervenção à esfera do agente autorresponsável. É essa interpolação entre âmbitos de responsabilidade que acarreta transformações normativas de natureza concursal sobre os deveres dos envolvidos.

³¹⁵ Embora o presente trabalho se concentre em estabelecer uma diferenciação a partir de um estudo analítico do auxílio, concentrando-se nessa forma de participação como eixo para as construções desenvolvidas, vale chamar atenção, em nota, para o fato de que a própria autoria omissiva imprópria é transformada quando inserido o garantidor num contexto em que a manifestação de sua omissão no resultado se der por meio de pessoa não autorresponsável. Assim, vale traçar alguns apontamentos breves sobre a autoria mediata, embora o enfrentamento dos problemas de autoria não se encontre no escopo deste

Trata-se do impacto normativo do contexto coletivo, inerente à discussão do concurso de pessoas e determinante para a responsabilização de figuras acessórias. Afinal, o partícipe só responde quando o crime chega ao menos a ser tentado pelo autor, ou seja: é preciso verificar um fato principal ao menos no estágio da tentativa, bem como a figura de um autor. Assim, há necessariamente um contexto coletivo para que se discuta o concurso de pessoas e a necessidade de extensão da punibilidade para além dos tipos penais. Vale observar ainda que, por um lado, a violação de um dever direto (principal) será sempre autoria, independentemente do contexto coletivo ou individual. A violação de um dever indireto (acessório), contudo, somente é passível de punição quando vinculada a um fato principal, ou seja, à violação de um dever direto (principal). Ausente um contexto coletivo sequer é possível vislumbrar deveres acessórios. É, portanto, apenas nos contextos coletivos em que se pode falar na constituição de deveres indiretos ou acessórios, ou seja, quando o dever do garantidor é justamente incidente sobre a esfera de organização de terceiros.

Estas conclusões decorrentes de um raciocínio analítico sobre a participação comissiva e os pressupostos a serem satisfeitos pela omissão para sua equivalência à comissão expressam, portanto, o impacto normativo dos contextos coletivos. Em outros termos, não se trata aqui de considerar que o terceiro autorresponsável é uma barreira causal para a intervenção do garantidor (como o fazem os adeptos à teoria do domínio do fato na omissão, por exemplo), mas sim de reconhecer o impacto normativo do concurso de pessoas. Embora o Direito Penal seja pensado a partir do arquétipo da autoria direta

trabalho. Ainda que correndo o risco de pecar pela simplicidade, aponta-se para questionamentos e intuições que possam eventualmente estimular o desenvolvimento de novos trabalhos e pesquisas sobre a questão, sem tomar aqui uma posição. O que se percebe é que, diferentemente dos casos em que há um perigo da natureza, ainda que diante de um instrumento, transforma-se a autoria, requerendo uma maior fundamentação e arcabouço normativo para justificação. A título de exemplo, pode-se apresentar a seguinte hipótese algo semelhante à elaborada por WOLFGANG FRISCH com inspiração no caso BGHSt 49, 61, em que se verificaria autoria mediata por omissão imprópria: “B”, coordenador de uma escola, não impede que uma das crianças leve a cabo lesões corporais contra outro aluno, mesmo ciente do contexto de bullying que se alongava por semanas. (FRISCH, Wolfgang. *Strafrecht: examenswissen, examenstraining*. München: Franz Vahlen, 2022. p. 711). Parece ser possível reconhecer uma forma equivalente de autoria medita por omissão imprópria, subsumindo-a também a deveres diretos de agir: o dever do garantidor de impedir resultados equivale à autoria apenas quando esse dever expressa uma relação juridicamente fundada direta entre o garantidor e o bem jurídico ou a fonte de perigo isso se dá a) quanto o dever vincula o omitente diretamente ao resultado, autoria direta; b) quando o dever de garantidor perpassa terceiro irresponsável e, portanto, mero instrumento, mantendo-se a vinculação direta, sob o ponto de vista normativo, ainda que essa responsabilização requeira previsão em norma na Parte Geral (teoria formal objetiva) ou um raciocínio de equivalência para com o domínio da vontade (teoria do domínio do fato). O estudo da autoria mediata merece, contudo, estudos monográficos próprios, que enfrentem os fundamentos e limites específicos dessa forma de autoria.

em crimes comissivos dolosos de resultado, a realidade social e coletiva não pode ser diluída e ignorada. Ainda que a compreensão normativa do fenômeno coletivo exija um maior desafio, não obstante a complexidade, não se deve buscar uma solução simplificadora que o ignore: o fenômeno coletivo é uma realidade social e que possui impactos sobre a norma.

Excurso – a tendência à expansão penal pela deturpação de categorias da dogmática tratando partícipes como autores para a satisfação de anseios públicos

Desde o julgamento do histórico caso do Mensalão (Ação Penal 470), foi travado um acalorado debate sobre o concurso de pessoas, particularmente acerca do mau uso da teoria do domínio do fato para fundamentar a responsabilidade de indivíduos no midiático caso³¹⁶ – desvio este que veio a se replicar em vários processos nas cortes do país³¹⁷.

A teoria do domínio do fato de CLAUS ROXIN³¹⁸ para a diferenciação entre autores e partícipes nos crimes comissivos dolosos foi utilizada no julgamento da Ação Penal n. 470 para fundamentar a autoria pela simples posição que certos indivíduos ocupavam no topo da hierarquia de instituições financeiras e partidos políticos, afastando-

³¹⁶ Cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APN 470 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal - AIDP*, a. 2, v. 2, nº 2, p.138-164, dez. 2014; BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, nº 17, p. 175-208, jul./dez. 2017; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. *RBCCrim*, v. 102, p. 365-393, maio-jun., 2013; GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *ZIS*, 7-8, p. 386-393, 2015; SOARES, Rafael Santos. A distorção de teorias penais e seus efeitos relativizadores da presunção de inocência. In: PINTO, Felipe Martins (org.). *Presunção de inocência*: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 469-492.

³¹⁷ Um panorama e análise de julgados envolvendo a teoria encontra-se em SANTOS, Mathias Oliveira Campos. *Da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade de empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 257, 2021.

³¹⁸ Foi particularmente a proposição de Roxin aquela que foi posta em debate. Há, contudo, diversas teorias do domínio do fato. Um panorama das diversas vertentes da teoria encontra-se em: ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

se, com o uso retórico do domínio do fato, a necessidade de provas da autoria dos delitos.

Após anos de críticas dogmáticas, os tribunais passaram a reconhecer como indevido o uso da teoria do domínio do fato para fundamentar a autoria, em particular em hipóteses de ausência de provas, considerando apenas a posição ocupada pelo sujeito na hierarquia de determinada instituição para atribuir-lhe responsabilidade³¹⁹. Passou-se, portanto, novamente, a compreender que o domínio do fato tem por função diferenciar autores e partícipes.

Fato é que a responsabilidade individual no caso da Ação Penal 470, como consignou a doutrina à exaustão ao longo das críticas feitas ao julgamento, poderia ser resolvida com recurso às disposições legais do concurso de pessoas do Código Penal, identificando-se os indutores, os executores, eventuais autores mediatos e partícipes. Em diversos casos em que foi aplicada a teoria para fundamentar a responsabilidade penal pela posição ocupada pelos envolvidos, sequer se descreviam delitos comissivos, mas sim hipóteses de delitos de dever, ou seja, omissão imprópria³²⁰. Com isso, os teóricos buscavam evidenciar que não havia no ordenamento brasileiro uma lacuna de punibilidade para lidar com o complexo caso do Mensalão, mas que bastava um olhar aguçado para os recursos dogmáticos da tradição brasileira para que, sem a necessidade de recursos retóricos, pudesse ser resolvida a questão da atribuição de responsabilidade.

³¹⁹ A título de exemplo: BRASIL. STF. Segunda Turma. AP 975. Relator Ministro Edson Fachin. J. 03/10/2017, P. DJe-040 02/03/2018 e BRASIL. STJ. Sexta Turma. Recurso Especial 1.854.893-SP. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz. Julgamento realizado em 08/09/2020. DJe 14/09/2020.

³²⁰ A confusão e má aplicação do domínio do fato a hipóteses de delitos de dever é apontada por GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 108 e ss. Assim também ESTELLITA, que afirma que, quando do julgamento da Ação Penal 470 recorria-se à “fórmula mágica” da teoria do domínio do fato para casos aos quais a teoria sequer se aplicava, como nos casos de delitos de dever. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de gestores e REsp 1.854.893: comentários à decisão do STJ – o vício de denúncias em que falta a descrição de uma ação ou omissão de dirigentes. JOTA – Penal em Foco. 23/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/responsabilidade-penal-de-gestores-e-resp-1-854-893-comentarios-a-decisao-do-stj-23112020>. Acesso em: 7 set. 2021.

As menções à omissão imprópria, contudo, anteciparam um cenário incipiente nas cortes brasileiras: a percepção da omissão imprópria como um interessante recurso para a atribuição de responsabilidade em contextos coletivos, de modo indiferenciado e a partir de suas posições e atribuições em estruturas hierárquicas. Esta tendência ao uso emergencial e moralizante da figura do garantidor manifesta-se com particular intensidade no campo da criminalidade de empresa, âmbito em que tem havido uma descoberta entusiasmada da figura da omissão³²¹. Por um lado, na hipótese na qual um fazendeiro ordena aos peões que cortem madeira de lei, há uma maior tendência para que se afirme que o fazendeiro é mero instigador do delito (art. 45 da Lei n. 9.605/98). Em contrapartida, tende-se a cogitar de uma autoria por omissão imprópria na hipótese de um diretor financeiro de empresa que determina a seu gerente a supressão de tributo, mediante a inserção de dados inexatos em documentos exigidos pela lei fiscal a fim de fraudar a fiscalização tributária (art. 1º da Lei n. 8.137/90), diante da posição ocupada por ele no organograma empresarial.

Deve-se evitar que a mesma tendência hipertrofiante do domínio do fato impere também no âmbito da omissão imprópria, diluindo-se as formas de concurso e atribuindo-se a todo e qualquer garantidor a responsabilidade a título de autoria, como forma de satisfação à anseios e demandas punitivistas de emergência.

4.3.3. Normas de comportamento e proposições de necessidade prática: diferença entre ação de salvamento indireta e dever de agir indireto

Estabelecida a compreensão do dever acessório como expressão da vinculação entre omitente e bem jurídico ou fonte de perigo que perpassa a organização de um

³²¹ Mencionou-se anteriormente, em nota, o estudo de ALEXIS DE BRITO e JOÃO VICTOR DE MORAIS, que aponta para uma progressão de 650% no número de casos de crimes omissivos impróprios em decisões colegiadas do STJ e do STF da década de 1980 a 2010. Do total de acórdãos analisados no estudo, 56% versavam sobre crimes cometidos em contextos empresariais. BRITO, Alexis Couto de; MORAIS, João Victor Macêdo de. A omissão imprópria nos tribunais superiores. *In*: BRITO, Alexis Couto de; MARTINS, Fernanda Rocha (org.). A dogmática penal e os tribunais superiores. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 109-118. p. 113-114.

terceiro, é preciso diferenciar o dever indireto das ações indiretas. A solução aqui desenvolvida está no plano dos deveres e não no plano ontológico, afastando-se as conclusões no sentido de que autor é quem tem o dever de adotar *ações* imediatas, e o partícipe, *ações* mediatas para impedir o resultado. Logo, é relevante considerar o dever de cada interveniente em uma perspectiva *ex ante* para a construção da solução adequada.

A natureza principal ou acessória do dever não se confunde com as ações que devem ser adotadas na prática. Com efeito, a forma de intervenção concreta para satisfação do dever especial depende das circunstâncias do caso e podem requerer uma ação direta ou uma ação indireta, seja para a satisfação de deveres diretos (principais) ou de deveres indiretos (acessórios). Ao se afirmar que o elemento fundamental para a diferenciação entre autores e partícipes é o dever — direto e indireto, respectivamente —, torna-se decisivo identificar concretamente a natureza do dever que vincula o indivíduo ao bem jurídico ou à fonte de perigo. Trata-se, portanto, de uma verificação *ex ante* do compromisso efetivamente assumido pelo garantidor.

Podemos compreender melhor este problema retomando o caso em que o pai vê, sem reagir, seu filho se afogando (semelhante ao caso 1, apresentado sob o grupo controle neste trabalho). Trata-se de um exemplo clássico de dever direto (principal) de garantidor, sendo indiscutível que o ordenamento determina que o pai adote ações de salvamento. Não obstante, a conduta concreta que deve ser adotada pelo pai no caso será condicionada por fatores fático-reais. O pai não estará desincumbido de seu dever caso não saiba nadar, pois pode ainda buscar outros meios de resgatar o filho (e.g. jogar uma boia, chamar um salva-vidas, pedir pela ajuda de terceiros etc.). Assim, para cumprir com sua obrigação, é possível que o pai deva solicitar ajuda a terceiros. Nesse caso, quem imediatamente exercerá a ação de salvamento, saltando na piscina para resgatar a criança, não será o pai, mas sim os socorristas. A ação do pai poderia então ser considerada uma conduta mediata de salvamento, sem que, com isso, o seu dever de garantidor se desnature e se torne um dever indireto (acessório). Persiste o dever direto (principal) do pai em relação à criança, cuja vulnerabilidade está em seu âmbito de competência, de modo que lhe compita, primariamente, o salvamento³²².

³²² Contra esse posicionamento: JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018. p. 53 e ss. JOECKS adota uma posição justamente no sentido de diferenciar entre autoria e participação a partir do domínio sobre o curso causal, expressamente afirmando que é autor quem pode diretamente impedir o resultado, sendo partícipe aquele que apenas por meio da ajuda de terceiros poderia evitar o resultado.

No caso acima, a ação de salvamento se manifesta por intermédio de um terceiro. A ação de salvamento indireta, contudo, não equivale à manifestação indireta do risco. Em outros termos, as ações indiretas de salvamento diferem diametralmente das hipóteses de dever acessório em que o risco ou o desvalor da omissão, e não do salvamento, é que se manifesta por meio do comportamento de terceiro autorresponsável.

Quando se discute se a omissão se amolda a um dever direto (principal) ou indireto (acessório), tem-se um problema de legalidade, voltado para a natureza *ex ante* do dever que vincula o indivíduo: a omissão da ação devida que se manifesta diretamente no resultado amolda-se a um dever primário, ao passo que a omissão da ação devida, que somente se manifesta no resultado através do âmbito de responsabilidade de terceiro autorresponsável, amolda-se a um dever acessório. Em contrapartida, quando se discute se a ação de salvamento adotada é direta ou indireta, o que está em questão não é o dever em si, mas como se manifestarão as mais diversas formas de satisfazê-lo, sem que com isso se altere o vínculo normativo entre o garantidor e o bem jurídico ou a fonte de perigo.

No âmbito da teoria das normas, essa relação de problemas pode ser explicada a partir da diferenciação entre normas de comportamento e proposições de necessidade prática³²³. Por um lado, as normas de comportamento prescrevem o que deve ou não deve ser; por outro, as proposições de necessidade prática expressam o que os destinatários das normas devem ou não fazer para satisfazerem suas obrigações. Reforce-se: para satisfazer e não para violar tais obrigações. A determinação das ações devidas, ou seja, das medidas que deveriam ser adotadas pelos indivíduos dependem não apenas do conteúdo das normas a eles dirigidas, mas também das variações circunstanciais do caso concreto. Ou seja, o destinatário de uma norma tem um dever prévio que mantém sua natureza independentemente das circunstâncias, “mas o que ele deve fazer, a que modo de ação recorrer para satisfazer sua obrigação, depende e varia de acordo com a situação prevalecente”³²⁴. O que determina considerar um sujeito autor ou partícipe é a natureza de seu dever, ou seja, a forma pela qual cada um se encontra, *ex ante*, vinculado ao bem

³²³ VON WRIGHT, Georg Henrik. Ought to be – Ought to do. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; KRAWIETZ, Werner; VON WRIGHT, Georg Henrik; ZIMMERLING, Ruth. *Normative Systems in Legal and Moral Theory*: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 427-438. p. 431 e ss. Destaque-se: “Norms primarily prescribe what ought to or may be; propositions of practical necessity state what the addressees of norms must or may do in order to satisfy their obligations or avail themselves of their permissions” (idem, p. 433).

³²⁴ Ibidem. p. 427-438. p. 433. Ademais: “What the agent has to do for the sake of complying with the norm depends on the prevailing circumstances. The statement that he has to (ought to) do this or that is true or false given the norm and the circumstances” (ibidem, p. 434).

jurídico, ainda que a ação necessária para satisfazer esse dever possa variar no caso concreto.

A relação entre o garantidor e o bem jurídico no caso acima descrito (pai que assiste impassível ao filho se afogar) é estabelecida por um dever direto ou primário, ainda que, para a satisfação desse dever, as ações a serem tomadas para impedir o resultado delitivo envolvam a ajuda de terceiros. A violação de seu dever especial de agir, contudo, manifesta-se diretamente no resultado, sem perpassar a esfera jurídica de nenhuma outra pessoa autorresponsável. O garantidor incumbido de deveres principais tem um dever direto e principal de agir para impedir o resultado, seja adotando medidas de controle direto (e.g. determinar a manutenção da barragem; o recolhimento de um produto; a paralisação de uma obra etc.), seja adotando medidas de controle indireto (e.g. proferindo ordens para que se realizem estas mesmas atividades ou determinando a demissão e substituição de delegados).

Nesse sentido, consubstanciar a natureza dos deveres a partir de sua essência normativa, como deveres principais e acessórios, e não com base na ação que concretamente será necessária, permite alcançar resultados mais precisos e racionais, relacionados de fato ao que se espera do sujeito e à sua omissão no cumprimento do dever, sem sujeitar a medida de sua responsabilidade a circunstancialidades. Não são as circunstâncias que determinam a natureza desse dever. Ela já está determinada a partir da divisão de funções entre pessoas que atuam de forma coletiva, dividindo competências e assumindo compromissos.

Observar o dever e não as proposições de necessidade prática permite construir um critério objetivo *ex ante* válido igualmente para todos os sujeitos obrigados e a partir dos compromissos firmados pelos próprios indivíduos. Afasta-se, com isso, considerações *ex post* a partir do resultado. As possibilidades de ação para satisfação do dever pelo garantidor dizem respeito, em verdade, a depender do olhar que se aplique à questão, à causalidade (possibilidade próxima à certeza de impedir o resultado ou a melhora na condição do bem jurídico) ou à sua capacidade de agir, eventualmente afastando um desses pressupostos para sua responsabilização.

Nesse ponto, cumpre destacar que não há que se falar em responsabilidade penal a título de omissão imprópria nas situações em que o garantidor — embora não possa,

por sua atuação, impedir o resultado — poderia dificultá-lo³²⁵. Como visto, há posições que defendem que aquele que não ergue nenhum obstáculo para o crime, embora não possa impedi-lo, deveria ser considerado partícipe³²⁶. Essa compreensão, contudo, eleva a dever especial o que não passa de mera obrigação de melhoramento ou de adoção das melhores técnicas, ou ainda de mero dever objetivo de cuidado, como forma de suprir o déficit no pressuposto de responsabilidade referente à capacidade físico-real de agir.

Buscar estender os limites dos deveres para abarcar comportamentos que não poderiam impedir o resultado é ir para além da legalidade, ultrapassando o expresso limite que o art. 13, §2º do CP estabelece. Conforme descreve a lei, os tipos penais omissivos impróprios — tanto de autoria quanto de participação — caracterizam-se por um dever de impedir o resultado (pressuposto normativo do crime omissivo impróprio), sendo a capacidade de agir um requisito estabelecido na norma (pressuposto ontológico do crime omissivo impróprio)³²⁷. Cada pressuposto do delito deve ser satisfeito para a sua configuração, seja o delito de autor ou de partícipe, doloso ou culposos, comissivo ou omissivo, entre outros. Cada forma de manifestação do delito tem seus próprios pressupostos de configuração e todos eles devem ser satisfeitos para que a conduta seja punível. A intensidade de um pressuposto não pode sanar os déficits dos demais. Dessa forma, a capacidade pessoal do indivíduo de impedir um resultado não pode suprir a ausência de um dever de garantidor, e tampouco o dever de garantidor pode suprir a incapacidade de agir para impedir o resultado.

A verificação empírica ou ontológica de que a intervenção do garantidor não permitiria impedir por completo o resultado, apenas dificultando-o, não permite o salto para a responsabilização subsidiária sem lastro em um dever especial. A figura da participação não é residual e disposta a acolher quaisquer contribuições causais ou facilitadoras do delito que não se amoldem diretamente aos tipos penais que descrevem a autoria. A participação é um injusto autônomo, decorrente da violação de um dever especial acessório de impedir um resultado.

³²⁵ Essa questão é problematizada por HERZBERG, que, embora considere que os omitentes garantidores de proteção são, em regra, sempre autores, identifica a possibilidade excepcional de participação, quando o indivíduo somente for capaz de dificultar o resultado, em vez de evitá-lo. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 116 e ss. T

³²⁶ Nesse sentido, *ibidem*.

³²⁷ Como já mencionado, no Brasil a cláusula geral que estabelece a punibilidade dos crimes omissivos impróprios (art. 13, § 2º do CP) é mais que uma tímida cláusula de equiparação, elencando os pressupostos mínimos e as hipóteses de posição de garantidor, entre elas a capacidade físico-real de agir para evitar o resultado.

4.4. Precisão dos âmbitos de responsabilidade: observações pertinentes a uma teoria do dever

Defende-se ao longo do trabalho que a autoria é a violação a um dever direto (principal) e a participação a violação de um dever indireto (acessório). Assim, a diferenciação entre essas formas de concurso de pessoas seria fruto, essencialmente, de uma teoria do dever. A solução diferenciadora a partir da análise da natureza dos deveres é particularmente interessante no caso dos delitos omissivos impróprios, âmbito da dogmática em que a atenção para com a natureza e o conteúdo do dever de agir já era maior³²⁸. Não por outra razão tais delitos eram tratados como delitos de dever. Vale, contudo, enfrentar algumas questões que, embora subjacentes às discussões travadas até aqui, merecem evidente elucidação.

Na sequência, em um primeiro subtópico, é abordada a particular natureza do dever especial como um dever de agir para impedir resultados, evitando-se confusões e expansões indevidas de responsabilidade sob o título da omissão imprópria (abaixo, 4.4.1). Em um segundo item, explica-se de que forma podem ser distribuídos deveres em contextos coletivos, o que é permitido e regido pelo princípio da confiança. Assim, analisa-se de que forma esse princípio pode impactar na composição de âmbitos de responsabilidade (abaixo, 4.4.2). Por fim, em um último subtópico, enfrenta-se ainda o fundamento do dever especial em um compromisso concreto de agir, apontando para hipóteses de atipicidade em casos de omissões neutras ou cotidianas (abaixo, 4.4.3).

³²⁸ Nesse sentido, a própria busca por um critério material delimitador da posição de garantia que fundamenta a equiparação da omissão à ação questiona sobre o conteúdo do dever de agir. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 82-83; MARTINS-COSTA, Antônio. Considerações sobre a omissão imprópria e a responsabilidade penal por ingerência. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). *Garantias penais*: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. p. 43-72. p. 49; SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*: con una aportación a la metodología del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 261 e ss.; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*: parte general I – el hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005. p. 384 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 620 e ss.

4.4.1. Os deveres do partícipe devem ser genuínos deveres de garantidor: notas sobre as omissões neutras ou cotidianas

A responsabilidade a título de omissão imprópria decorre da violação de um dever especial: o dever de “agir para evitar o resultado” (art. 13, §2º do CP)³²⁹. A tipicidade do crime omissivo impróprio, seja na autoria ou na participação, requer, portanto, a omissão da ação esperada e legalmente exigida do garantidor, ou seja, a violação do comando legal imposto ao sujeito de ativar-se, agindo para impedir o resultado³³⁰. Não é suficiente, portanto, a violação a deveres objetivos de cuidado ou a deveres de asseguramento. Tampouco o descumprimento de obrigações de melhores esforços³³¹, de obrigações extrapenais de aprimoramento³³² e de obrigações de impor

³²⁹ Em outros termos, o “especial dever jurídico de atuar; atuação que, por força das circunstâncias (o crime exige um resultado), deve impedir o dano ou perigo que consuma o delito”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1993. p. 231.

³³⁰ Nesse sentido, THOMAS ROTSCH: “Pois é precisamente a essência do dever de garante, como requisito da sanção penal por um delito de omissão imprópria, que, justamente, não regula um mero dever de ação, antes pelo contrário, exige do garante a evitação do resultado típico” ROTSCH, Thomas. *Contra el deber de garante del encargado de cumplimiento*. In: ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, derecho penal económico y compliance*: artículos de dos décadas. Organização de Jaime Winter Etcheberry e Ínigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 301-318. p. 313. Sobre o conteúdo abstrato do dever especial como evitação do perigo, seja na autoria ou na participação, SOWADA: “Uma vez estabelecido que um garantidor tem um dever jurídico especial em relação a um bem jurídico específico e a um ataque específico, esse dever sempre consiste na tarefa de evitar o perigo.” SOWADA, Christoph. *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikat*. *Jura*, caderno 8, p. 399-410, 1986. p. 407. Tradução livre.

³³¹ Trata-se, no Direito Civil, dos deveres de diligência característicos de uma obrigação de meio. Enquanto nas obrigações de resultado é pactuado um dever de alcançar certo resultado (e.g. construção de um prédio, elaboração de um trabalho técnico etc.), nas obrigações de meio, o dever prometido diz respeito a empregar uma diligência (meios) para que certa finalidade seja alcançada (e.g. dever do médico de empregar seus cuidados para curar o paciente). As obrigações de diligência são devidas em qualquer obrigação derivada de um contrato, podendo esta ser estipulada de modo especial nos contratos sob a forma dos “melhores esforços”, enquanto referência a uma obrigação de diligência, que diz respeito à perícia, à habilidade e à técnica e cuidado empregado no seu cumprimento. Não se refere, portanto, ao resultado, que é, em verdade, aleatório. Não há promessa de um resultado, ainda que este seja desejado pelas partes. As obrigações de diligência são obrigações vinculadas instrumentalmente ao resultado pretendido, não assumindo o devedor o risco do não atingimento do resultado. MARTINS-COSTA, Judith. A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. *Católica Law Review*, v. IV, nº 2, p. 65-98, mai. 2020.

³³² Comuns, por exemplo, em programas de integridade, em que são assumidas obrigações de aprimoramento conforme metas orientadas por valores empresariais e por uma lógica estratégico-econômica para atingir melhores parâmetros de qualidade e bem-estar no trabalho, valores da empresa a respeito da sustentabilidade, entre outros. Não dizem respeito à conformidade e ao cumprimento normativo e seu descumprimento não pode ser confundido com o ilícito penal. A título de exemplo, o fracasso no cumprimento de metas assumidas internamente de aprimoramento visando os mais elevados parâmetros de qualidade no ambiente de trabalho não se confunde e tampouco permite o salto conclusivo de que há trabalho degradante e condições análogas ao trabalho escravo. Assim, documentos internos de programas de integridade que indicam a assunção de metas de aperfeiçoamento da empresa e que analisem sua implementação não podem ser objeto de inferências penais pelas autoridades sem referência a um genuíno dever jurídico-penal e sem a prova de um fato típico, que se subsuma à norma penal.

barreiras e de dificultar o resultado³³³. Em tais casos não se pode cogitar de participação por omissão imprópria, sendo atípica a omissão, como mera omissão neutra ou cotidiana.

Conferir um genuíno dever especial de garantidor para as hipóteses de participação omissiva imprópria, seria uma expansão da responsabilidade penal para além dos limites legais expressamente estabelecidos no artigo 13, § 2º do CP e representaria uma insuportável restrição à liberdade dos indivíduos³³⁴. A participação se tornaria, então, uma espécie de figura subsidiária guarda-chuva, que acolhe e permite a responsabilização de indivíduos que, na verdade, não satisfazem os pressupostos típicos de responsabilização penal por omissão. E tal expansão para além dos limites da legalidade ensejaria não apenas a punição de comportamentos atípicos, como também implicaria em sujeitá-los a penas elevadas, correspondentes àquelas cominadas para os correspondentes delitos principais comissivos.

O cuidado para o qual se chama a atenção neste tópico não deve ser negligenciado e implica em relevantes consequências práticas, que se tornam evidentes quando ilustradas de forma mais concreta. Para tanto, a título de exemplo, pode-se partir da atribuição de responsabilidade penal a um familiar pela morte de uma criança que não se encontrava sob a sua custódia, ou seja, não sendo o omitente vinculado por um dever especial de proteção (e.g. a avó que observa impassível, juntamente com os pais da criança, enquanto essa se afoga). Considerar tal pessoa partícipe por omissão, não exigindo a verificação de um genuíno dever especial, implica em responsabilidade sem lastro na legalidade, em violação aos requisitos do art. 13, §2º do CP, com severas consequências práticas. Isto porque tanto o homicídio omissivo impróprio como a participação omissiva imprópria em homicídio implicam a responsabilidade penal pela pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos estabelecida no artigo 121 do CP, ainda que aplicada na medida da culpabilidade de cada um dos intervenientes e com a eventual diminuição da pena nos casos de participação de menor importância, de 1/6 a 1/3 da pena. Mesmo com a máxima redução aplicada à participação, o omitente sujeita-se a uma pena maior que aquela estabelecida para a omissão de socorro, delito de omissão própria, caracterizado

³³³ Como visto, essa posição é adotada por HERZBERG para definir a participação omissiva imprópria, expandindo do direito penal ao tornar a participação numa figura subsidiária que acolhe hipóteses que não se conformam às normas penais, ou seja, quando não há a violação de um dever de impedir o resultado ou quando não há capacidade físico real de impedir um resultado. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 117.

³³⁴ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 305-306.

pela violação de um dever geral de solidariedade, ao qual é cominada a pena de 1 a 6 meses, triplicada em casos de resultado morte (art. 135, parágrafo único do CP).

O caso acima permite perceber como é perigoso e arriscado o tratamento descuidado e expansivo da dogmática da omissão imprópria e do concurso de pessoas. Arrefecer a exigência de verificação de um genuíno dever especial para toda e qualquer responsabilidade a título de omissão imprópria traria graves injustiças sobre os mais diversos setores que envolvem a divisão de trabalho, com a desmesurada expansão de responsabilidade nos casos de atividades comerciais, empresariais, médico-hospitalares etc.

Os cidadãos em geral não têm deveres de agir para impedir resultados lesivos para bens jurídicos, afinal, nem tudo incumbe a todos. Somente aqueles que ocupam uma posição de garantidor e, portanto, são destinatários de deveres especiais, é que possuem dever de agir para evitar um resultado e podem ser responsabilizados como se houvessem cometido o fato. O cidadão comum, não se encontrando na posição de garantidor, não será responsabilizado, salvo quando configurada hipótese sujeita a um dever de solidariedade, como as situações que ensejam a omissão de socorro. Ainda assim, estará sujeito a uma punição muito menor que aquela equivalente à comissão do mesmo resultado (e.g. a pena pelo delito de omissão de socorro é de 1 [um] a 06 [seis] meses, sensivelmente menor que aquela do crime de homicídio, que é de 6 [seis] a 20 [vinte] anos, seja a título comissivo ou por omissão imprópria, na forma da autoria ou da participação).

Em suma: a cláusula geral do artigo 13, §2º do CP, que permite a tipificação imprópria das omissões equivalentes às comissões, somente é satisfeita pela violação de um dever especial de garantidor.

a) Deveres objetivos de cuidado não se confundem com deveres especiais

Como visto, nem toda violação de dever é suficiente para fundamentar a responsabilidade a título de omissão imprópria, mas somente a violação de um dever especial de garantidor³³⁵. Com esses deveres não se confundem os deveres objetivos de cuidado. Todas as formas típicas de comportamento possuem como fundamento deveres

³³⁵ SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 29ª ed. München: C.H. Beck, 2014. p. 219. Tradução livre.

objetivos de cuidado, deveres gerais que incumbem a todos³³⁶. E, assim, para que um injusto possa ser atribuído a uma pessoa, verifica-se sempre o descumprimento de um dever objetivo de cuidado para que se possa configurar um delito, ao menos, culposos³³⁷. A violação desses deveres gerais, contudo, não é suficiente para a configuração de um delito omissivo impróprio. A omissão da ação esperada e legalmente exigida do garantidor, em função de seu dever especial de agir para impedir um resultado, é o que permite imputar-lhe o resultado. A inobservância do dever objetivo de cuidado é o que permite adjetivar essa omissão como uma omissão desvalorada e, portanto, no mínimo, culposa³³⁸.

No caso dos crimes omissivos impróprios, na medida em que implicam em uma punição equivalente à conduta comissiva do tipo penal, exige-se algo a mais, seja a omissão autoria ou participação. O especial desvalor da omissão imprópria decorre não da violação de qualquer dever geral pelo indivíduo que ocupa uma posição de garantidor, mas especificamente do não cumprimento, pelo garantidor, de uma ação legalmente esperada, atribuída ao sujeito em função de sua competência.³³⁹ Como visto anteriormente, trata-se de deveres decorrentes da assunção fática de uma função, que constitui uma relação juridicamente fundada de controle sobre uma fonte de perigo, bem como de deveres de vigilância, oriundos de atos de administração e estruturação de uma esfera de organização.

b) Deveres de asseguramento não se confundem com deveres especiais

Tampouco se confundem com deveres especiais os deveres de asseguramento. Deveres de asseguramento não são deveres especiais de garantidor e não constituem, por si só, omissão imprópria. Os deveres de asseguramento (*Sicherungspflichten*) relacionam-se à prevenção de efeitos prejudiciais de um círculo de organização. A omissão imprópria

³³⁶ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 107.

³³⁷ Ibidem. p. 107.

³³⁸ “Essa distinção é relevante porque, na omissão imprópria, trata-se de imputar o resultado à omissão da ação esperada e legalmente exigida do garantidor e não à inobservância do dever objetivo de cuidado, o qual adjetiva essa omissão como uma omissão desvalorada (e, pois, no mínimo culposa). Esses dois deveres podem ser descumpridos simultaneamente ou não. Neste último caso a separação no tempo pode ser relevante”. Ibidem. p. 107.

³³⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 107.

caracteriza-se pela violação de um dever de salvamento (*Rettungspflichten*): o dever de agir para impedir resultados. Diferentemente, os deveres de asseguramento manifestam-se de forma preventiva, determinando a obrigação de adotar, antecipadamente, medidas para a contenção de riscos de um determinado âmbito de organização³⁴⁰.

Há quem defenda a responsabilidade penal a título de omissão imprópria pela violação de deveres de asseguramento. Entende-se que a situação de perigo que enseja o dever de impedir resultados do garantidor englobaria também, *ex ante*, a situação de probabilidade de ocorrência da situação de perigo, a qual fundamentaria a obrigação de adotar medidas preventivas, ou seja, o dever de asseguramento³⁴¹. Assim, o sujeito seria responsável não apenas por agir para impedir o resultado diante de uma situação de perigo, mas de impedir o perigo da ocorrência dessa situação.

Tal compreensão, no entanto, vai longe demais na compreensão dos deveres de garantidor, antecipando a possibilidade de responsabilização para momentos em que sequer há uma situação de perigo. É somente diante da concreta situação de perigo que se aciona, de fato, o dever de agir para impedir resultados decorrente da posição de garantidor³⁴². Embora seja razoável compreender os deveres de asseguramento como uma decorrência instrumental *ex ante* dos deveres especiais de garantidor, cujo cumprimento poderia evitar o próprio aparecimento da situação de perigo que aciona o dever de agir, a mera violação desses deveres instrumentais e genéricos não permite responsabilizar o garantidor por omissão imprópria ou por sua tentativa.

O que pode ocorrer e, então, fundamentar a responsabilidade penal, é que o legislador opte pela tipificação do descumprimento de um dever de asseguramento, na forma de um delito de perigo abstrato. Do mesmo modo que os tipos penais que punem atos preparatórios, tratar-se-ia de uma escolha político-criminal por antecipar a

³⁴⁰ KANG, Jihyun. *Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2015. p. 89.

³⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003. p. 359 e ss. Parece ser essa a posição de MARTINS-COSTA, Antônio. Considerações sobre a omissão imprópria e a responsabilidade penal por ingerência. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. p. 43-72. p. 60.

³⁴² Ademais, como argumenta FELIPE CAMPANA, também as normas penais que descrevem os crimes de lesão e de perigo concreto permitem inferir um perigo de perigo *ex ante*. Assim, por um lado, ou já a criação de um perigo pelo indivíduo levaria a conformação de uma conduta típica e, se dolosa, a uma tentativa comissiva, ou, por outro, a omissão se iniciaria antes da conduta típica comissiva, afinal, o descumprimento de deveres preventivos já a conformaria, enquanto a comissão o faria apenas quando da criação efetiva do perigo. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 67.

responsabilidade penal³⁴³. Nesses casos, de um modo geral, dissolve-se a diferenciação entre ação e omissão, bem como entre as formas de concurso e não há que se cogitar de responsabilidade penal por tentativa³⁴⁴.

c) *Deveres instrumentais não se confundem com deveres especiais*

Há ainda uma série de deveres instrumentais para o cumprimento do dever de proteção ou controle de fonte de perigo, os quais não se identificam, ainda, como os deveres especiais que fundamentam a posição de garantidor. Assim, por exemplo, para que se possa delegar tarefas, é preciso observar certos deveres necessários à delegação: deveres de seleção, instrução e coordenação³⁴⁵. Embora tais obrigações encontrem uma vinculação instrumental aos deveres de garantidor do delegante, sendo requisitos necessários a serem cumpridos para que se possa confiar e, portanto, delegar, elas não proporcionam, autônoma e automaticamente, responsabilidade penal quando violados pelo indivíduo. O descumprimento das obrigações instrumentais afasta a possibilidade de delegação, mantendo-se hígido o dever especial originário, que não se transforma em dever de supervisão.

A delegação e os deveres instrumentais necessários para o ato serão objeto de discussões mais densas adiante. Por hora, para fins do presente tópico, importante esclarecer que, de um modo geral, quando violados deveres instrumentais de seleção de delegados competentes e qualificados, de sua instrução e orientação para a realização das

³⁴³ Sobre a punição de crimes de perigo abstrato como instrumento de antecipação da tutela penal GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato* (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 04.: Esta opção político-criminal é muito criticada pela doutrina, como uma inconstitucional violação ao princípio da lesividade ou ofensividade: GOMES, Luiz Flavio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 120 e ss.; BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. o, 67 e ss. LUÍS GRECO, contudo, chama atenção para o fato de que, nos crimes de perigo abstrato, o problema não está no bem jurídico protegido, o qual será o mesmo que nos crimes de perigo concreto e de lesão. O que se coloca em questão, em verdade, é a legitimidade da estrutura do delito adotada, ou seja, não se trata de *o que* se quer proteger com o Direito Penal, mas sim de *como* se proteger. O teórico propõe, então, critérios para verificar quando tais estruturas são ou não legítimas. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, nº 49, a. 12, p. 89-147, jul.-ago. 2004. p. 118 e ss.

³⁴⁴ CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos*: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 67.

³⁴⁵ A delegação e os deveres instrumentais que ela requer serão objeto de análise aprofundada no tópico abaixo, 4.4.2 “b”.

atividades que lhe serão atribuídas e da coordenação de tarefas, não há, ainda, uma situação de perigo que acione um dever de impedir um resultado. Esta distinção pode tornar-se menos evidente conforme o descumprimento de deveres instrumentais ocorra de modo simultâneo a uma violação de um dever especial, como nos casos em que já há uma situação de perigo configurada ou em que a violação do dever instrumental está intimamente relacionada com a violação do dever especial. Assim, por exemplo, a violação de um dever de supervisão sobre o delegado, que, em uma situação de sensível perigo, executa erroneamente as tarefas levando a um resultado típico. Ao deixar de supervisionar, descumpre-se, simultaneamente, um dever residual instrumental e um dever especial. De toda sorte, o que fundamenta a responsabilidade penal por omissão imprópria é a violação da ação esperada e exigida do garantidor, o que somente é possível quando há uma situação de perigo que acione o dever de agir.

4.4.2. Repercussões do princípio da confiança sobre a divisão de competências

O princípio da confiança preconiza que os indivíduos podem confiar que os demais atuarão conforme as normas e não precisam se preocupar o tempo todo com a conduta não permitida de terceiros. Trata-se, portanto, de um delimitador da responsabilidade em contextos coletivos, o qual pode ser compreendido a partir da seguinte fórmula: “toda pessoa pode confiar, no caso normal, que os outros não cometerão fatos puníveis dolosos”.³⁴⁶ Com isso, há uma limitação do âmbito de responsabilidade de cada pessoa frente a terceiros, o qual circunscreve o próprio comportamento, abarcando somente de modo excepcional a atuação de terceiros³⁴⁷. Assim, ao desenvolver atividades lícitas em sociedade, o indivíduo pode confiar na atuação lícita de terceiros, não

³⁴⁶ ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, nº 6, v. 3, 1997. p. 30. Tradução livre. No mesmo sentido, FEIJÓO-SÁNCHEZ afirma que “se parte como princípio de que os demais respeitarão as normas que regulam os contatos sociais”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha. 1 extraordinario, 2ª época, p. 93-138, 2000. p. 94. Assim também: GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 66.

³⁴⁷ Nesse sentido, MARAVER GÓMEZ destaca o caráter de critério complementar do princípio da confiança para a delimitação negativa de âmbitos de responsabilidade, precisando o alcance de deveres positivos: MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza em derecho penal*: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Navarra: Civitas, 2009. p. 276. De modo semelhante: SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986. p. 42 e ss.

precisando, portanto, contar com o comportamento antijurídico dos demais e, tampouco, contar que suas atividades serão aproveitadas para o cometimento de delitos³⁴⁸.

É esse princípio que permite a atuação em cooperação em contextos que exigem a divisão de tarefas para a sua consecução, verificando-se âmbitos de responsabilidade de diferentes sujeitos autorresponsáveis³⁴⁹. Nesse cenário é imprescindível a confiança entre os envolvidos. Essa confiança, contudo, não é irrestrita, sendo afastada diante i) da existência de circunstâncias que evidenciam a impossibilidade de confiar; ii) da existência de determinada circunstância cuja frequência torne impossível confiar em sua não ocorrência, dado usualmente percebido de forma probabilística ou estatística; iii) da existência de condições específicas de terceiros que fazem com que dele se espere a atitude incorreta, ou quando o sujeito não se mostre digno de confiança; iv) da existência de um dever de evitar ou compensar a conduta incorreta de terceiros (deveres de coordenação ou de controle específicos)³⁵⁰⁻³⁵¹.

³⁴⁸ O princípio da confiança possui origens na jurisprudência alemã, especificamente para a resolução de problemas concernentes aos deveres de cuidado em delitos culposos de trânsito. Buscava-se, com a aplicação do princípio, limitar o excessivo alcance do critério da previsibilidade nos crimes culposos. Embora inicialmente alocado na dogmática dos delitos culposos ocorridos no trânsito, gradualmente percebeu-se que ao princípio da confiança cumpre um papel muito mais relevante para dogmática, passando a integrar os critérios para verificação da criação de risco proibido no âmbito da imputação objetiva. Cf. PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n° 23, v. 13, p. 47-100, 2014. p. 84; SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, *passim*; MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 2007. 484f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Autónoma de Madrid, p. 481, 2007; ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n° 6, v.3, 1997. p. 30-44; BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, n° 38, abr.-jun. 2002. p. 286 e ss.

³⁴⁹ MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Civitas, 2009. p. 289.

³⁵⁰ De modo semelhante, sob a perspectiva da omissão imprópria, ESTELLITA dispõe como limites do princípio da confiança: “a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem (que pode ser o caso do *compliance officer* a depender de suas atribuições concretas); c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primariamente competente tem de retomar as tarefas atribuídas [...], ou quando o delegante percebe a incapacidade do delegado para cumprir as tarefas delegadas”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 152;

³⁵¹ Há ainda um quinto limite, objeto de conflito na doutrina da confiança e aqui não adotado, o qual dispõe que aquele que se comporta de maneira contrária ao dever destrói as bases da confiança e, dessa forma, não pode confiar. Para maior aprofundamento, cf. SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 113-141.

Do mesmo modo que o princípio da confiança cumpre um papel fundamental no concurso de pessoas em crimes comuns comissivos, também nos crimes omissivos impróprios em contextos coletivos terá papel central para a delimitação de esferas de responsabilidade e para a distribuição de deveres³⁵². O garantidor não é sempre responsável por tudo o que se passa e pode confiar na conduta conforme a legalidade dos demais, ainda que incumbido de deveres de proteção ou de vigilância³⁵³. A total desconfiança, afinal, tornaria inviável o desenvolvimento de atividades sociais e econômicas em sociedade e sujeitaria o garantidor a riscos penais em demasia. Compreender a omissão imprópria em contextos de pluralidade de pessoas, com divisão de tarefas não apenas horizontalmente, como também verticalmente, requer, contudo, uma articulação complexa, que permita um olhar para além da responsabilidade comissiva individual para a qual a dogmática penal tradicional é pensada.

Na omissão imprópria, o princípio da confiança cumpre um papel determinante para a delimitação dos deveres de cada um dos concorrentes. Em hipóteses de divisão horizontal de tarefas, o princípio estabelece âmbitos de responsabilidade de cada indivíduo e na divisão vertical de tarefas fundamenta o dever residual de supervisão, bem como deveres instrumentais que devem ser observados para que se afirme uma legítima confiança e, portanto, para que possa delegar.

a) *O papel do princípio da confiança em hipóteses de divisão horizontal de tarefas (especialização)*

³⁵² JUAREZ TAVARES também trabalha com o princípio da confiança para além da imputação objetiva como um “limitador concreto do dever”, embora sua análise se debruce não sobre os deveres especiais, mas sim sobre os deveres objetivos de cuidado. TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 293.

³⁵³ Assim: “Tampouco é substancialmente correto que uma posição de garantidor em relação à vítima fundamente, em geral, uma maior responsabilidade do garantidor pelos atos dolosos de terceiros. Pois o princípio de que normalmente não há por que contar com atos puníveis dolosos alcança a todas as pessoas e, portanto, também aos garantidores. Se, por exemplo, os pais permitirem que sua filha, que foi visitar um amigo da escola, volte para casa sozinha, eles não serão responsáveis por homicídio culposo se a menina for vítima de um homicídio no caminho. Os pais tornam-se puníveis se enviarem a filha sem supervisão por uma floresta noturna na qual vários crimes sexuais não resolvidos contra crianças foram cometidos recentemente. Mas então já existe um caso de propensão reconhecível para o fato; e a punibilidade também surgiria se os pais tivessem enviado, desacompanhado para a floresta, o filho alheio.”. ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la prohibición de regreso. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, nº 6, v.3, 1997. p. 43. Tradução livre.

No plano horizontal, discute-se a divisão de funções e deveres por pessoas em situação de igualdade³⁵⁴, em um mesmo *status* hierárquico, sem que se verifique uma relação de subordinação³⁵⁵. Trata-se, em geral, de garantidores originários, os quais repartem o trabalho entre si, buscando um melhor rendimento coletivo³⁵⁶. Em geral, a divisão horizontal de tarefas é expressão de uma *especialização*, com a atribuição de funções específicas entre as pessoas conforme sua expertise. Cada envolvido pode se concentrar no desempenho mais eficiente de sua área, com a criação de condições para o desenvolvimento e aplicação de habilidades e conhecimentos que permitem alcançar resultados de aprendizagem e técnica mais avançados do que seria possível a um indivíduo isoladamente responsável por diferentes atividades³⁵⁷. Com isso, a especialização com a divisão de funções tem o condão de reduzir os riscos da obra conjunta (e.g. a divisão de tarefas conforme a especialidade permite a redução dos riscos de uma operação cirúrgica, ou decorrentes da fonte de perigo empresa etc.). Afinal, significa que profissionais especializados poderão concentrar suas competências no melhor desempenho e resultado de cada setor.

A viabilidade da especialização requer separar âmbitos de responsabilidade conforme a capacitação de cada envolvido, estabelecendo para cada qual deveres correspondentes à sua competência, para que possam se concentrar nela e aprimorá-la. Com a especialização, conformam-se esferas de competência autônomas, em geral, as quais proporcionam uma liberação de deveres recíprocos de vigilância³⁵⁸. Os demais

³⁵⁴ SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 183.

³⁵⁵ ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 71.

³⁵⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 30.

³⁵⁷ MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales em la ejecución de tareas en grupo. *InDret.*, Barcelona, nº 2, p. 02-23, abr., 2007. p. 08.

³⁵⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 36. SILVA SÁNCHEZ possui uma posição peculiar, segundo a qual, embora haja uma exoneração de deveres de vigilância recíprocos entre diferentes esferas de organização, subsistiria um dever de intervenção: “Em minha opinião, portanto, os membros de um conselho de administração têm deveres recíprocos de garantidor. Entretanto, esses deveres não são deveres de vigilância. Isso significa que os conselheiros não têm o dever de organizar mecanismos de vigilância recíprocos para a conduta uns dos outros. Mas significa que se um conselheiro adquire conhecimento, mesmo em termos de probabilidade, do cometimento de um delito por outro, ele pode ser responsabilizado pela omissão desse delito se, tendo a capacidade de fazê-lo, deixar de evitá-lo.”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106. p. 97. Tradução livre.

envolvidos no grupo, que não possuem a mesma competência e especialização, podem confiar que cada um realizará suas funções observando as normas e com um grau de excelência que ultrapassa, em muitos casos, a própria qualificação e conhecimento.

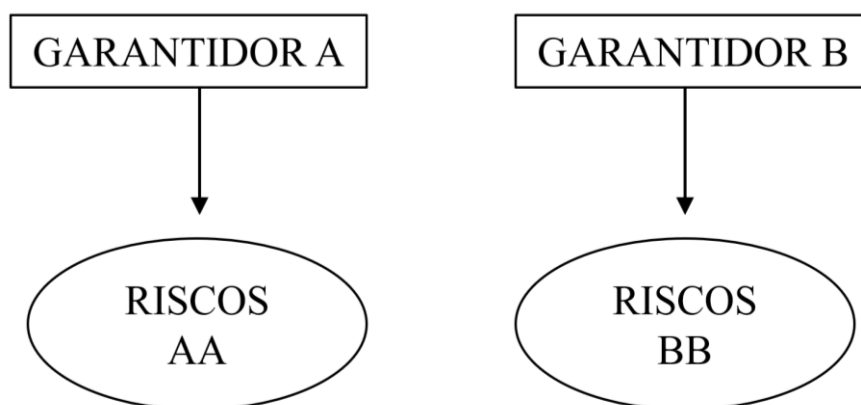
Embora, de um modo geral, a divisão horizontal de tarefas implique em uma exoneração de deveres recíprocos de vigilância, é possível que, quando da divisão de competências, seja mantida a interdependência entre as esferas ou que seja feita a opção por um modelo de gestão caracterizado por um asseguramento duplo ou múltiplo (e.g. estabelecer o dever para uma enfermeira de contar os equipamentos médicos ao longo de um procedimento cirúrgico, para evitar que algum fique esquecido no corpo do paciente)³⁵⁹. Por um lado, a especialização proporciona a diminuição de riscos com a aplicação de melhores técnicas e conhecimentos mais aprofundados; por outro lado, enseja um incremento de risco na medida em que acarreta a divisão e dissolução do poder de informação entre diversas pessoas³⁶⁰. Em contextos de risco particularmente elevado, portanto, é possível optar por um modelo de asseguramento que proporcione maior controle e integridade, o qual implica numa assunção fática de deveres de vigilância recíprocos e de intervenção diante da identificação de uma situação de perigo³⁶¹.

³⁵⁹ Destaca-se: “No entanto, é questionável se, nesses casos, pode-se falar adequadamente de deveres de controle em relação à conduta de terceiros. Nesses casos, o sujeito não controla que o terceiro aja corretamente, mas tem um dever de cuidado definido, independentemente de o terceiro agir corretamente ou não. Ou seja, seu dever é antes <<compensar>> os riscos que a conduta inadequada do terceiro pode gerar. Ele compartilha com o terceiro o dever de controlar um determinado tipo de risco, de modo que os deveres de cuidado se sobrepõem. Dessa forma, é feita uma tentativa de diferentes maneiras para garantir que o resultado prejudicial não ocorra.”. MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 2007. 484 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidad Autónoma de Madrid, 2007. p. 156. Para maior aprofundamento: MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Civitas, 2009. p. 291 e ss. Tradução livre.

³⁶⁰ MARCO MANSDÖRFER chama a atenção para o fato de que nem todos os envolvidos na cadeia especializada de prestação de serviços ou de produção compreendam, necessariamente por completo, as consequências de seu atuar. O teórico aponta que a especialização enseja desafios decorrentes da prestação parcial de contribuições, seja no sentido de assegurar um bom fluxo de informações, seja na compatibilização de trabalhos realizados de forma isolada. MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales em la ejecución de tareas en grupo. *InDret.*, Barcelona, nº 2, p. 02-23, abr. 2007. p. 08.

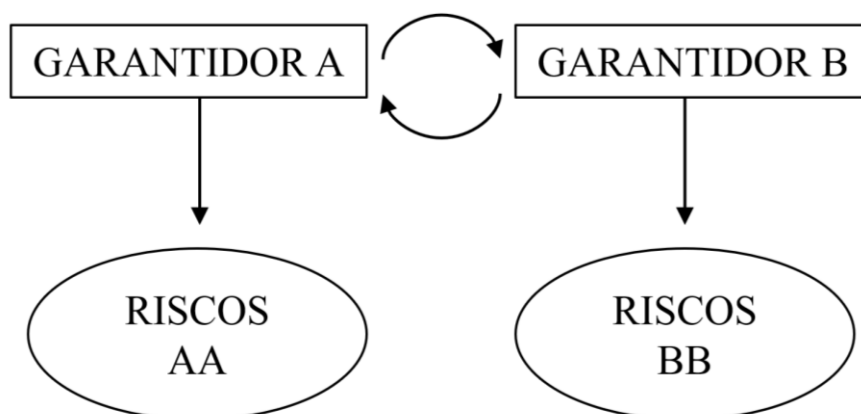
³⁶¹ A questão da exoneração de deveres de vigilância recíprocos em hipótese de separação horizontal de competências fundamentou o trancamento de ação penal em se tratando de executivos que possuíam conhecimentos de não conformidades na operação de barragem no caso do rompimento da Barragem de Fundão. A decisão levou em conta o art. 3º do Regimento dos Comitês da Samarco, que determinava que cada um deveria “atuar estritamente nos assuntos de sua competência”. Desse modo, ausente um dever de controle recíproco, não é possível falar em omissão relevante ou dever de vigilância de indivíduos que compunham comitês cujos objetivos não eram a operação de barragens, mas aspectos outros, como financeiro. BRASIL. TRF-1. 1ª Vara da Subseção Judiciária de Ponte Nova. Processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822. Juiz Federal Jacques de Queiroz Ferreira. J. 20/09/2019. p. 37.

Fixadas estas premissas, é possível avançar para a análise dos impactos sobre a diferenciação entre autores e partícipes em casos de divisão horizontal de tarefas. Nesses casos, como reflexo da *especialização*, cada pessoa é responsável autonomamente por seu próprio âmbito de responsabilidades e, ressalvada a assunção de deveres de duplo asseguração, há genuína exoneração de deveres de vigilância recíprocos.



Assim, por exemplo, a divisão de funções entre médico cirurgião e médico anestesista, cada qual responsável por complexas tarefas que o outro não pode executar. Ou, ainda, a divisão de competências horizontalmente em uma empresa, em que gestores dedicados a aspectos tributários terão expertise no assunto, dedicando-se à conformidade contábil e fiscal da empresa, mas não terão competência sobre o objeto social em si da empresa, como a produção de remédios em uma indústria farmacêutica ou a construção de empreendimentos complexos, como barragens, cuja edificação demanda conhecimentos especializados.

Embora, de um modo geral, a divisão horizontal de tarefas implique em uma exoneração de deveres recíprocos de vigilância, como visto, é possível que, quando da divisão de competências, seja feita a opção por um modelo de gestão caracterizado por um asseguração duplo ou múltiplo. Com isso, no entanto, não há uma assunção por parte dos garantidores dos deveres que incumbem aos outros, mas sim um dever de vigilância que perpassa a esfera de competência dos demais e, assim, um dever indireto em relação à fonte de perigo. O esquema a seguir permite melhor compreender a hipótese:



Em se tratando da vigilância e controle sobre uma esfera de responsabilidades de terceiro, autônoma e não vinculada direta e imediatamente à fonte de perigo, eventual responsabilidade penal caracterizará participação do primeiro dirigente, incumbido de sua supervisão. Cada dirigente, nesse caso, possui deveres de garantidor primários no que concerne à própria esfera de responsabilidade. Sobre as esferas dos demais, possuem o dever indireto de impedir resultados, devendo detectar falhas e tomar medidas para a sua correção, cuja omissão, contudo, apenas manifesta-se no resultado através da esfera de terceiros.

No caso graficamente representado acima, o garantidor “A” possui deveres de vigilância diretos sobre a fonte de riscos “AA”. Deve, portanto, controlar os riscos que dessa fonte podem advir e agir para impedir resultados dela decorrentes. Diante de uma situação de perigo advinda da fonte de perigo “AA”, se o garantidor “A” omitir a conduta exigida e esperada, possuindo capacidade físico-real de agir, responderá como autor a título de omissão imprópria.

O garantidor “A”, contudo, assume também deveres de vigilância sobre o garantidor “B”, que, por sua vez, é responsável por controlar os perigos da fonte “BB”. O garantidor “A”, contudo, não se vincula diretamente à fonte de riscos “BB”, que pertence à esfera de competências do garantidor “B”. Os deveres de agir de “A” somente acessoriamente alcançam os riscos “BB”. Diante de uma situação de perigo advinda da fonte de perigo “BB”, se o garantidor “A” omitir a conduta exigida e esperada, possuindo capacidade físico-real de agir, responderá como partícipe a título de omissão imprópria.

Para melhor compreender o disposto acima, pode-se pensar em um exemplo didático:

Caso: Uma sociedade empresarial limitada, cuja administração incumbe apenas e tão somente a um órgão societário, a diretoria, composto por três diretores: diretor “A”, engenheiro químico, responde pela produção de uma cervejaria, enquanto o diretor “B”, formado em publicidade, responde pelo marketing e a diretora “C”, formada em contabilidade, cuida dos balanços da empresa e do atendimento às obrigações tributárias.

Diante da especialização das diretorias, há uma exoneração de deveres recíprocos de vigilância, de modo que cada diretor responde apenas pelos riscos decorrentes da própria esfera de responsabilidades, ou seja, de sua correspondente diretoria. O cenário ganha maior complexidade conforme sejam previstos deveres de asseguração recíprocos:

Variante: A empresa determina em seu estatuto deveres de vigilância recíprocos, determinando a prestação de contas pelos diretores acerca do cumprimento de suas funções por meio de relatórios que devem ser verificados pelos demais. Diante de irregularidades, os demais devem convocar assembleia e deliberar por medidas.

A partir dessa determinação, cada diretor será responsável como autor diante de omissões no próprio âmbito de responsabilidade. Contudo, serão partícipes quando omitirem os deveres de impedir resultados que envolvam o acionamento da esfera de responsabilidade dos demais. Assim, os diretores “A” e “B” serão apenas partícipes caso verifiquem que vem ocorrendo sonegação de tributos no âmbito da diretoria fiscal da empresa e deixem que esse cenário se perpetue, não convocando assembleia e tampouco deliberando pela adoção de medidas para que a diretora “C” cesse o cometimento de ilícitos, medidas estas determinadas no contrato social da empresa e assumidas faticamente pelos demais diretores.

Observe-se que, quando realizada uma opção por um modelo de gestão caracterizado pelo duplo ou múltiplo asseguração, é importante delimitar os *standards* para satisfação do dever de vigilância recíproca entre dirigentes. Isso porque, uma vez cumprido o *standard* do dever acessório, como, por exemplo, o de vigiar e adotar medidas

como a convocação de assembleia, encontra-se o dirigente liberado de responsabilidade³⁶², mesmo que não cesse ainda o perigo.

b) O papel do princípio da confiança em hipóteses de divisão vertical de tarefas (delegação)

A delegação caracteriza-se como a divisão no plano vertical de competências que permite a terceiros realizarem determinadas tarefas em nome do delegante, com um certo grau de autonomia dentro dos limites do ato de delegação³⁶³. A delegação não se confunde com a mera designação de tarefas e ordens diretas justamente por se tratar de um repasse de função com espaço para alguma autonomia por parte do delegado. Não obstante esse espaço de autonomia, a divisão de tarefas é realizada entre pessoas com *status* diferenciado na hierarquia³⁶⁴, conformando-se relação de subordinação entre os diversos níveis de delegação³⁶⁵. A eficácia do princípio da confiança nesses casos é mais controversa e intrincada. Há quem defenda que, por não ter sido o princípio da confiança pensado para contextos verticais, em hipóteses de delegação vertical de funções deveria prevalecer a desconfiança³⁶⁶.

Assim, por exemplo, METIN KONU aponta que o princípio da confiança foi formulado para contextos de tráfego viário, estendendo-se, em seguida, para situações horizontais de divisão de tarefas, nas quais os envolvidos encontram-se em situação de igualdade, nenhum deles incumbido de deveres de vigilância, organização ou controle. Na delegação vertical de tarefas, prevaleceria a desconfiança, o que explica os deveres de seleção, instrução, monitoramento, organização e intervenção do superior³⁶⁷. O princípio

³⁶² ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 40.

³⁶³ Assim: “Levar aqui a sério a autonomia pessoal supõe levar a sério a delegação e considerar que a tarefa encomendada forma já também parte da atividade autônoma de quem a assume [...]”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2003. p. 114-115. No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 272.

³⁶⁴ Como aponta FLÁVIA SIQUEIRA, trata-se de relação de supra/infra ordenação, baseada na divisão hierárquica de funções “com implicações de mando/obediência”. SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 184.

³⁶⁵ ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023. p. 61.

³⁶⁶ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83 e ss.

³⁶⁷ KONU, Metin. *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*: Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. p. 188.

da confiança e o dever de supervisão seriam, então, mutuamente excludentes, de modo que, se o superior deve supervisionar os subordinados, pode-se depreender que não pode neles confiar³⁶⁸.

Apesar dessas observações, o próprio teórico não leva a sua posição às últimas consequências e assume que “[...] o princípio da confiança também se aplica à delegação vertical para evitar sobrecarregar o administrador”³⁶⁹. KONU salienta que, em última análise, a desconfiança total esvaziaria o propósito da delegação de tarefas, a qual, contudo, seria crucial para a viabilidade do desempenho das atividades empresariais. Assim, é necessário reconhecer uma aplicação do princípio da confiança também na delegação vertical. O que ocorre, contudo, é uma limitação do princípio, que somente é acionado uma vez cumpridos os deveres de seleção, instrução e supervisão adequadamente. Ademais, haveria uma restrição do princípio, que não legitimaria uma confiança cega, mas que subsidiaria um dever residual de intervenção quando “as irregularidades na pessoa ou nas atividades do delegado se tornarem aparentes”, o que tem como consequência que “a confiança no cumprimento adequado das tarefas assumidas não será mais justificada”³⁷⁰.

³⁶⁸ De modo semelhante, entende Silva Sánchez que é próprio ao princípio da confiança a ausência de um dever de procurar conhecimento acerca do modo que um terceiro atua. Assim, o contexto de divisão vertical de tarefas, na medida em que implica em um dever remanescente de supervisão por parte dos delegantes, sinalizaria para um princípio da desconfiança: “A ausência do dever de buscar conhecimento sobre a forma como um terceiro está agindo é, então, o que caracteriza as relações regidas pelo princípio da confiança. E é isso que as distingue de outras relações regidas por um princípio de desconfiança. Nessas últimas, há o dever de obter informações sobre a maneira como um terceiro está administrando sua esfera de competência. Em outras palavras: há o dever de supervisão, controle ou vigilância desse desempenho.”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106. p. 86. Tradução livre.

³⁶⁹ KONU, Metin. *Die Garantenstellung des Compliance-Officers: Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. p. 190.

³⁷⁰ KONU, Metin. *Die Garantenstellung des Compliance-Officers: Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. p. 190.

Majoritariamente, entende-se que o princípio da confiança deve ser aplicado também em contextos de divisão vertical de funções³⁷¹⁻³⁷². Nesses casos, o princípio permitiria a delegação de tarefas executórias, mantendo-se para o delegante um dever residual de supervisão e controle³⁷³. Essa posição é acolhida no presente trabalho.

A divisão vertical de tarefas caracteriza-se pela delegação, ou seja, pela atribuição de tarefas ou funções originariamente atribuídas a um garantidor dentro de um âmbito delimitado de competência, a outro indivíduo sob sua subordinação³⁷⁴. Trata-se de ato lícito, reconhecido pelo ordenamento brasileiro³⁷⁵, o qual permite a designação de pessoas especializadas para a execução adequada de tarefas e o cumprimento de deveres

³⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 279; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 153 e ss.; FIDALGO, Sônia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* (CIADS), v. 9 nº 1, jan./mar. 2020, p. 165; SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 190 e ss.; MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal*: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Navarra: Civitas, 2009. p. 285 e ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa*: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 30.

³⁷² A jurisprudência nacional admite a aplicação do princípio da confiança em relações verticais, como se depreende do julgamento do Habeas Corpus nº 68.871/PR pelo STJ. A corte então decidiu pelo trancamento da ação penal por atipicidade da conduta de um funcionário de uma petroleira, responsável pela gestão de um acidente, bem como pela segurança da equipe de mergulhadores incumbidos da solução do problema. A conduta foi considerada atípica, pois, uma vez cumprido o dever de informação e seleção, o omitente poderia confiar no desempenho das atividades perigosas dos profissionais contratados conforme as normas de segurança. BRASIL. STJ. Sétima Turma. Habeas Corpus nº 68.871/PR. J. 06/08/2009. P. 05/10/2009.

³⁷³ HELOISA ESTELLITA entende tratar-se de um dever de asseguramento secundário, o qual limita-se à verificação de que medidas de segurança foram adotadas pelo delegado. Verificando que não foram adotadas, a confiança não mais se justifica, devendo o sujeito intervir. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 153-154. Assim também: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 276; ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 61; MITTELSDORF, Kathleen. Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern. *ZIS*, nº 3, p. 123-128, 2011. p. 126; e LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2003. p. 116. Em sentido contrário, defendendo a exoneração do primeiro obrigado: BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, nº 38, abr.-jun. 2002. p. 291.

³⁷⁴ No que concerne à criminalidade de empresa, HELOISA ESTELLITA entende que a delegação: “[...] implica a atribuição a um outro membro da empresa das tarefas ou funções atribuídas originariamente a um administrador dentro de um âmbito normalmente delimitado de competência”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 149.

³⁷⁵ Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta o mandato no art. 653 do Código Civil, bem como a relação de trabalho na Consolidação das Leis do Trabalho.

necessários para o desempenho das atividades coletivas – como atividades econômicas, a gestão de empresas, a realização de operações cirúrgicas complexas etc. Atende-se, com isso, a uma necessidade de racionalização que, se bem empreendida, é benéfica para a proteção de bens jurídicos, com a alocação de pessoas conforme sua expertise.

A delegação de funções e deveres implica em uma multiplicação de garantidores em cadeia³⁷⁶. Isso porque, como primeira consequência da delegação, surge uma posição de garantidor do delegado por assunção fática de um dever de garantidor (art. 12, § 2º, b do CP)³⁷⁷. Ao mesmo tempo, o delegante não se desonera por completo, mas tem seu dever originário transformado³⁷⁸: passa a vincular-se a um dever residual de supervisão³⁷⁹. Há, portanto, “retenção do dever de manter a fonte de perigo dentro dos

³⁷⁶ Cf. MITTELSDORF, Kathleen. Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern. *ZIS*, nº 3, p. 123-128, 2011. p. 126; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 146 e ss.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 276; ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 61.

³⁷⁷ Note-se que, como em toda assunção fática, a delegação só se conforma quando o delegado passa a realmente exercer a atividade assumida – momento esse em que o delegante, por sua vez, deixa de praticar pessoalmente as tarefas que delegou. Nesse sentido o enunciado 29 aprovado na plenária de 14/08/2020 da I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): “A responsabilidade a título de omissão imprópria deve observar a assunção fática e real de competências que fundamentam a posição de garantidor”.

³⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ fala, então, em uma dupla eficácia da delegação, no sentido de, simultaneamente, transferir e transformar posições de garantia: “*Aunque ello no se formule normalmente en estos términos, debe entenderse que la delegación de competencias constituye un mecanismo de transferencia y transformación de posiciones de garantía. Transferencia porque, en virtud de la delegación, el delegante hace surgir una posición de garantía en el delegado. Transformación, porque la posición de garantía del delegante no desaparece, sino que se transforma. En virtud de dicha transformación, la posición de garantía del delegante para a verse como secundaria o residual*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106. p. 81. No mesmo sentido: PEÑARADA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 165-202. p. 197; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 172-173.

³⁷⁹ Para SÓNIA FIDALGO, a delegação com fundamento no princípio da confiança ensejaria a completa desoneração do delegante. Um dever de supervisão e vigilância apenas nasceria em contextos excepcionais, em que as circunstâncias do caso concreto façam o superior duvidar da capacidade dos delegados de executarem as tarefas corretamente. Para a teórica, nesses casos não se dissolveria a delegação, mas emergiria um dever de vigilância e controle. FIDALGO, Sónia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário (CIADS)*, v. 9, nº 1, jan./mar. 2020. p. 165-166.

limites juridicamente permitidos”³⁸⁰ ou, do mesmo modo, de supervisionar e assegurar a proteção do bem jurídico desamparado.

Para o garantidor de vigilância, a delegação consiste em um exercício de liberdade de organização, ao qual, contudo, corresponde o dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites permitidos, ou seja, remanesce para o delegante um dever de supervisão³⁸¹. Para o garantidor de proteção, a delegação permite a otimização de custódia, a qual, contudo, não o exime dos deveres de proteção, encontrando-se o bem jurídico vulnerável ainda sob sua esfera de responsabilidade. O garantidor originário, portanto, embora possa delegar tarefas e funções para viabilizar empreendimentos coletivos mais complexos, desincumbindo-se de tarefas executórias, permanece incumbido de vigiar aqueles para quem delega funções e tarefas, não se desonerando completamente de seus deveres originários³⁸².

Com a delegação há uma parcial desoneração, que permite ao delegado exercer as funções executórias delegadas, mas mantém-se o delegante vinculado por um dever de intervir diante de sinais claros de que não mais é possível confiar³⁸³. Isso permite depreender que o delegante não se desvincula por completo, ou seja, não há uma

³⁸⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 151

³⁸¹ WOLFGANG FRISCH trabalha com as ampliações de liberdade (*Freiheitserweiterungen*) como fundamento para a posição de garantidor nesses casos. FRISCH, Wolfgang. *Strafrecht: examenswissen, examenstraining*. München: Franz Vahlen, 2022. p. 711. No mesmo sentido: op. cit. p. 150 e ss.

³⁸² Ibidem, 2017. p. 150 e ss. É relevante considerar nesse contexto que o delegante possui, de um modo geral, grande arcabouço informacional, possuindo uma visão mais ampla do todo das atividades executadas ao longo da cadeia de competentes. Isso torna particularmente importante o dever de supervisão na prática, pois permite melhor coordenar as atividades e mantê-las conforme o risco permitido, com a identificação de falhas e problemas que o delegado possivelmente não perceberia de sua perspectiva.

³⁸³ “Assim, no âmbito das estruturas verticais, o princípio tem dois efeitos particularmente relevantes: a desoneração parcial da vigilância, de um lado, e, de outro, a manutenção do dever de intervir quando há claros sinais de que não há mais fundamento para confiar. O princípio da confiança estabelece, assim, âmbitos de responsabilidade limitando o dever de obtenção de informações.”. Ibidem, 2017. p. 153-154. Importante ainda: “A delegação, que tem efeito exoneratório parcial — vale dizer, exime o delegante de parte de seus deveres —, não consiste meramente na transmissão de tarefas executórias concretas, sob a supervisão ou coordenação do administrador, mas na transferência de esferas de competência e, portanto, de poderes e deveres, o que implica certo nível de autonomia do delegado”. REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. *RBCCrim*, v. 143, p. 45-86, mai. 2018. p. 49 e ss.

No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 276-277. Destaca-se o apontamento de LASCURAÍN SÁNCHEZ que aponta para o fato de que a delegação consiste em “transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiando-se como propio [...]. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2003. p. 117.

delegação total; remanesce um *dever instrumental de supervisão*³⁸⁴. Afinal, para reconhecer a situação de perigo que determina a intervenção, é necessário que o delegante supervisione.

Importante notar que a delegação de tarefas, embora proporcione uma multiplicação dos garantidores em cadeia, conforme o delegado assume também deveres de garantidor, não implica em um ilimitado dever de supervisão do garantidor originário. O delegante tem o dever de supervisionar as tarefas do indivíduo para quem delegou funções e deveres. Se, para além dessa delegação, há uma nova distribuição de tarefas, o delegante originário não tem de supervisionar também os subordinados ao delegado, essa função incumbirá a este³⁸⁵. Se ao garantidor originário incumbisse vigiar e controlar as atividades de todos, seria esvaziada a ideia de delegação, ao mesmo tempo, tornar-se-ia inviável que cumprisse com as próprias atribuições. Há, portanto, um encadeamento de âmbitos de responsabilidade, conformando um limite do dever de supervisão do garantidor delegante, que não se expande desmesuradamente conforme a cadeia de delegação³⁸⁶.

Note-se que, embora o dever de supervisão seja um dever permanente, não se trata de um controle completo e total, mas tampouco permite uma postura passiva e reativa de espera por indícios de atuação defeituosa³⁸⁷. Trata-se de uma obrigação de checagem periódica do desempenho correto das funções delegadas, a qual possibilita a eventual

³⁸⁴ Buscou-se ao longo deste trabalho utilizar a expressão dever de supervisão como referência ao dever residual e instrumental do garantidor delegante. Embora parte da doutrina utilize sem maior discriminação o termo dever residual de *vigilância*, opta-se aqui por “supervisão” ou “fiscalização”, evitando possíveis confusões entre esse dever instrumental e a posição de garantidor de vigilância.

³⁸⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 151.

³⁸⁶ Importante destacar em nota a relevância da compreensão dessa delimitação, imprescindível para assegurar a responsabilidade individual de pessoas autorresponsáveis que se articulam para o desenvolvimento de atividades em grupo, conciliando os limites do Direito Penal ao modelo de divisão de trabalhos moderno. Correspondente a essa delimitação é a técnica de imputação de baixo para cima (*bottom up*), que toma por referência o resultado para, então, avançar gradualmente na verificação de responsabilidade em cadeia de responsáveis, partindo dos mais próximos ao resultado e avançando aos poucos conforme se verifique, de fato, a violação de um dever por parte dos demais. No caminho contrário, e em violação aos princípios da responsabilidade individual dos intervenientes e da legalidade penal, encontra-se a técnica de responsabilidade de cima para baixo (*top down*), que toma por referência o indivíduo no topo da empresa, presumindo sua responsabilidade pela posição sem a identificação concreta de uma violação de deveres, da relação juridicamente fundada entre o sujeito e o bem jurídico, de sua vinculação para com o resultado, de seus conhecimentos etc. Cf. *Ibidem*, 2017. p. 52 e ss.; MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales em la ejecución de tareas en grupo. *InDret.*, Barcelona, nº 2, p. 02-23, abr. 2007. p. 04.

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106. p. 80.

detecção do descumprimento das funções assumidas pelo delegado, sem com isso prejudicar o exercício das próprias tarefas e incumbências. Diante de razões concretas para desconfiar que o delegado não está desempenhando adequadamente as funções, ativa-se o dever de intervir do delegante.

De toda forma, isso só se coloca em questão diante da possibilidade de delegação de tarefas, ou seja, diante de hipóteses de legítima confiança³⁸⁸. Isso porque só é possível delegar quando se pode confiar e, para que se possa confiar, é preciso que o delegante observe deveres de seleção, instrução e coordenação.

O *dever de seleção*, primeiro dever do garantidor originário na delegação, consiste em escolher o delegado adequado para o exercício das funções que lhe serão atribuídas. O garantidor originário somente pode delegar funções quando aquele a quem será delegada a tarefa for pessoa qualificada e capaz de cumpri-la³⁸⁹. Os critérios para a seleção da pessoa adequada levam em conta a qualificação técnica e a experiência profissional do delegado e são fornecidos em concreto, pelo conteúdo das tarefas que serão atribuídas ao indivíduo³⁹⁰. Caso a pessoa escolhida não seja capacitada para a execução da tarefa que assumirá, esse déficit deve ser compensado com a sua preparação, a sua instrução e o seu treinamento, até que seja possível confiar de fato³⁹¹. A escolha de um delegado inadequado afasta o princípio da confiança e autoriza a punibilidade a título de omissão imprópria³⁹².

Para que a delegação seja legítima e o garantidor primário — delegante — possa confiar, é necessário que cumpra ainda com o *dever de instrução*³⁹³. Nesse sentido, deve orientar o delegado de forma precisa acerca das funções que lhe serão atribuídas e sobre o seu âmbito de responsabilidade, fornecendo-lhe as informações necessárias para o desenvolvimento das atribuições que assumirá. O descumprimento do dever de instrução

³⁸⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2003. p. 122.

³⁸⁹ SIQUEIRA, Flavia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 148. Bottini vale-se do termo dever de eleição: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 276.

³⁹⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 156.

³⁹¹ SIQUEIRA, Flavia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 149.

³⁹² REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *RBCrim*, v. 143, p. 45-86, mai. 2018. p. 54.

³⁹³ Também denominado por Bottini como dever de *instrumentalização*, consistente em fornecer os meios, informações e instrumentos para que o delegado possa exercer a tarefa e cumprir com seus deveres. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 276.

também afasta o princípio da confiança e autoriza a punibilidade a título de omissão imprópria.

Por fim, necessário que o garantidor originário observe o *dever de coordenação*, fornecendo condições materiais e organizacionais para que o delegado assumas as tarefas que lhe são atribuídas, desempenhando-as adequadamente. Ademais, para que se possa falar em genuína delegação, deve-se conferir ao delegado um âmbito de autonomia decisional, instrumental ao desempenho adequado das tarefas delegadas³⁹⁴.

Há quem defenda que o descumprimento dos deveres de seleção, instrução e coordenação enseja, no máximo, a responsabilidade por crime (omissivo impróprio) culposo, afinal tratar-se-ia de hipóteses de *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*³⁹⁵. Não se concorda com essa posição, pois entende-se que o descumprimento desses deveres instrumentais, *per se*, não pode fundamentar a responsabilidade penal, mas sim acarretar consequências sobre a possibilidade ou não de delegação. Embora esses deveres possam, em princípio, aproximar-se de deveres objetivos de cuidado, sua observância, em se tratando de hipóteses de delegação de tarefas, possui papel determinante sobre a própria possibilidade da delegação, ou seja, sobre a legitimidade da confiança. Com isso, impacta-se a assunção ou não de deveres pelo delegado, bem como a transformação ou não do dever do garantidor originário em um dever residual de supervisão.

O descumprimento de deveres instrumentais de seleção, instrução, coordenação e supervisão, em si mesmo, não pode fundamentar a responsabilidade penal do garantidor por omissão imprópria, afinal somente o descumprimento de um dever especial de impedir o resultado enseja a tipicidade de um crime omissivo impróprio, seja o delito doloso ou culposo. No entanto, esses deveres instrumentais têm impacto sobre a possibilidade de delegação de deveres originários de garantidor, constituindo o delegado como garantidor secundário e transformando o dever do garantidor originário em um dever de supervisão. Assim, nesses casos, os deveres instrumentais discutidos vinculam-se não a meros deveres objetivos de cuidado, mas a genuínos deveres especiais. Seu descumprimento, por si só, não permite a responsabilização a título de omissão imprópria, mas determina qual dever incumbe a cada interveniente diante do surgimento da situação

³⁹⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 157.

³⁹⁵ Trabalha a delegação como exercício de autonomia: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2003. p. 114 e ss.

de perigo, não permitindo que garantidores originários se eximam de deveres de agir sob o argumento da delegação.

Ausente uma delegação legítima, o garantidor originário permanece vinculado aos seus deveres originários e, portanto, sua omissão configura autoria. Contudo, caso se verifique uma delegação legítima, eventual omissão dos deveres de intervir sobre o delegado fundamentará participação, uma vez que, após a delegação, os perigos concernentes às atividades delegadas passam a integrar a esfera de responsabilidades do delegado, pessoa autorresponsável, qualificada e dotada dos poderes para exercer as funções que assume dentro do próprio escopo de autonomia.

O delegante não poderá, contudo, ser responsabilizado quando há uma delegação de tarefa legítima, cumpridos os deveres instrumentais de seleção, instrução e coordenação, bem como os deveres residuais de supervisão. Quando o delegante adimple com todos os seus deveres, não havendo uma desconfiança que fundamente a ativação do dever de intervenção, não há que se falar em sua responsabilidade ou em concurso por omissão para o fato.

Para tornar mais evidente o disposto até aqui sobre os efeitos do princípio da confiança na responsabilidade por omissão imprópria, vale transpor o raciocínio para um plano mais concreto de aplicação, avançando *pari passu* na verificação da responsabilidade.

Diante de um resultado juridicamente desvalorado, a partir de uma técnica de baixo para cima de imputação de responsabilidades (*bottom up*), identificada a responsabilidade do delegado, passa-se a verificar se o superior — delegante — é também responsável, ou seja, se deveria ter intervindo para impedir o resultado. Inicialmente, é preciso questionar se a delegação era legítima. Em outros termos, colocam-se estas questões: o garantidor originário podia confiar e observou os deveres de seleção, instrução e coordenação?

Em caso negativo, o delegante é responsável como autor, pois sequer se conforma efetiva delegação.

Em caso positivo (o delegante cumpriu os deveres de seleção, instrução e coordenação, os quais, então, cessam), verifica-se legítima a delegação. É então preciso verificar se, após a delegação, o delegante cumpriu o dever de supervisão.

Três são as possibilidades nesse caso: i) o delegante supervisiona o delegado, não identificando motivos para desconfiar; ii) o delegante supervisiona o delegado, identifica

falhas na adoção de medidas de segurança, o que ativa seu dever de intervir; iii) o delegante descumpra o dever de supervisão, deixando de identificar as falhas.

No primeiro caso, o delegante cumpriu com os deveres residuais de garantidor, sendo atípica a sua conduta, pois assegurada a liberdade de delegar pelo princípio da confiança, que se mantém íntegro. Afinal, seria um excesso imputar ao delegante “todo e qualquer resultado lesivo que decorresse exclusivamente da atuação incorreta do subordinado, mesmo diante do cumprimento de todos os deveres que o papel de superior hierárquico lhe impõe”³⁹⁶.

No segundo caso, o delegante cumpre o dever residual de supervisão, contudo, diante de falhas que ativam o dever de intervir, pois não mais se justifica a confiança, permanece inerte e não impede o resultado. Poderá, então, ser, eventualmente, responsabilizado a título de omissão imprópria como partícipe se conformados os demais pressupostos para a sua punibilidade. Isso porque, ainda que tivesse o dever de agir para evitar o resultado, esse dever é acessório, cuja omissão manifesta-se no resultado perpassando a esfera jurídica de terceiro autorresponsável. O perigo encontrava-se primariamente sob o âmbito de autonomia e responsabilidade do delegado, somente incumbindo ao delegante de forma acessória e indireta.

O último caso versa sobre hipótese de violação de dever residual de supervisão, um dever instrumental inerente ao dever de impedir que o delegante possuía originariamente. Por um lado, o descumprimento desse dever não implica, por si só, automaticamente, a responsabilização penal do delegante. Afinal, não se trata de um dever autônomo, mas de natureza instrumental, ínsita ao dever de impedir resultados decorrentes da norma penal. Contudo, o seu descumprimento, somado ao resultado, denotam o descumprimento do dever de garantidor, esse sim, capaz de fundamentar a responsabilidade penal se verificados os demais pressupostos para a responsabilidade a título de participação.

Novamente, uma vez fixadas as premissas, é possível avançar para a verificação dos impactos da delegação para a determinação da autoria e da participação. O que delimita a autoria ou a participação, na condição de diferentes relações de dever, é a específica função assumida por cada indivíduo em determinada organização³⁹⁷. É a partir

³⁹⁶ SIQUEIRA, Flavia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 148.

³⁹⁷ MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales em la ejecución de tareas en grupo. *In Dret.*, Barcelona, nº 2, p. 02-23, abr. 2007. p. 18; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *El delito de omisión*:

da divisão funcional no caso concreto, com a divisão de responsabilidades e, portanto, de deveres, que se conforma, individualmente, a relação juridicamente fundada entre o garantidor e a fonte de perigo ou o bem jurídico protegido, sendo necessário verificar os deveres concretos que incumbem a cada indivíduo para que se possa, de fato, determinar a natureza de sua responsabilidade.

Na divisão vertical de competências, o princípio da confiança permite a delegação de funções (quando passíveis de delegação e observados os requisitos para a legítima confiança), mantendo-se para o delegante deveres de supervisão e intervenção em caso da perda de confiança. Nesses casos mantém-se para o delegante um dever indireto ou acessório que perpassa o âmbito organizativo de terceiro, fundamentando a responsabilidade a título de concurso pessoas, especificamente de participação mediante auxílio omissivo para o fato principal. Em se tratando de um dever de impedir resultados que perpassa o controle sobre pessoa autorresponsável, ou seja, um dever que reconhece o âmbito de organização de um terceiro autorresponsável entre o omitente e o resultado, tem-se mera participação. O dever de agir para impedir o resultado traduz-se no dever de gerenciar riscos de um terceiro autorresponsável, ou seja, de evitar que um terceiro afete o bem jurídico³⁹⁸.

O dever do omitente nesses casos é acessório, pois estabelece relação juridicamente fundada apenas mediata com o bem jurídico. Trata-se o garantidor, individualmente considerado, de indivíduo responsável, o qual tem um dever de impedir o resultado fundamentado no controle sobre uma fonte de perigo ou na proteção de um bem jurídico desamparado, ainda que esse controle — ou proteção — seja exercido de forma fragmentada. Observe-se que, embora o dever do garantidor perpassasse o âmbito de terceiro autorresponsável, não se trata de um controle sobre esse indivíduo, mas sim da tomada de medidas de salvamento dirigidas ao bem jurídico. A omissão da ação de

concepto y sistema. 2ª ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2003. p. 464. No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, nº 38, v. 10, p. 271-291, 2002. p. 283-284.

³⁹⁸ “Assim, é possível sustentar que o dever de agir para evitar o resultado possa se traduzir, em determinado caso concreto, no dever de evitar que um terceiro, na iminência de praticar ação típica, afete o bem jurídico, razão pela qual não nos parece vedado, a priori, o cometimento de crimes de mera atividade – como corrupção ativa, por exemplo – por omissão imprópria, muito embora a exigência de um comportamento determinado feita no tipo penal possa oferecer problemas ulteriores e, eventualmente, inviabilizar a imputação no caso concreto.”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239.

salvamento devida, contudo, apenas manifesta-se no resultado a partir do âmbito de responsabilidade alheio.

Excurso – a (im)possibilidade de controle sobre terceiro autorresponsável: os debates sobre a posição de garantidor na empresa

Os perigos decorrentes da atividade empresarial se manifestam a partir de uma complexa realidade coletiva, razão pela qual esse tem sido um âmbito que desperta relevantes debates, com uma série de estudos especialmente dedicados ao seu enfrentamento.³⁹⁹ Embora o presente trabalho não vá se incumbir de um aprofundamento nas questões envolvendo o Direito Penal de Empresa, vale apresentar um breve excurso endereçado a um debate desenvolvido nesse ramo, que possui sensível repercussão para a dogmática do concurso de pessoas na omissão: a discussão acerca da possibilidade de controle sobre um indivíduo autorresponsável.

A atividade empresarial caracteriza-se pela divisão de tarefas, tanto vertical como horizontal, de modo que, em geral, as situações de perigo na empresa manifestam-se em contextos coletivos – quem controla a empresa dificilmente terá o controle imediato sobre as fontes de perigo, o que passará a integrar o âmbito de responsabilidades de terceiros: demais dirigentes, subordinados, funcionários, colaboradores externos etc.⁴⁰⁰ Os dirigentes controlam e coordenam o desempenho do objeto social da empresa e suas atividades de gestão, mas, de um modo geral, não são encarregados das tarefas executórias em si, como a composição

³⁹⁹ Nesse sentido, para aprofundamento: BOTTKE, Winfried. Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. *Revista Penal*, nº 4, p. 21-29, 1999. p. 24 e ss.

⁴⁰⁰ “A aparente facilidade de aplicar a posição de garantidor decorrente do controle sobre coisas perigosas no âmbito empresarial esbarra na realidade fática de que nas empresas normalmente há muitas pessoas envolvidas nos diversos procedimentos, de forma que quem controla a empresa como um todo dificilmente terá o controle imediato das fontes de perigo. A manutenção das máquinas e o controle da qualidade do produto não serão feitos diretamente pelos dirigentes, mas por outros funcionários, sob a sua supervisão”. ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO; José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 60.

do produto, a verificação de sua qualidade, a extração de matéria, as etapas de produção, o controle e manutenção de maquinário etc.

Diante de tal cenário, há quem defenda que o dirigente não possui dever de impedir resultados quando o perigo é criado por integrantes da empresa, ou seja, pessoas autorresponsáveis⁴⁰¹. De um modo geral, quem defende essa posição entende que a posição de garantidor do dirigente, fundada em poderes de dar instruções e ordens, encontraria uma barreira na autorresponsabilidade dos subordinados⁴⁰². Afinal, pessoas não podem ser controladas da mesma forma que objetos, havendo um limite para as possibilidades de controle pelo superior. A título de exemplo, o dirigente pode determinar a seus subordinados que não vertam resíduos tóxicos em local proibido e eles, mesmo após essa determinação, o fizerem⁴⁰³. A autorresponsabilidade do subordinado enfraquece o poder de direção do superior, que não é capaz de penetrar a formação de vontade do subordinado. Assim, o superior não teria domínio sobre terceiro autorresponsável. Argumenta-se, ainda, contra a posição de garantidor dos dirigentes de empresa sob o argumento de que ninguém está, em princípio, obrigado a impedir que terceiros autorresponsáveis cometam crimes. Não há um dever geral ou de solidariedade de vigiar pessoas autorresponsáveis e impedir resultados típicos resultantes de cursos causais que elas venham a colocar em marcha.

O posicionamento majoritário da dogmática atual, contudo, tem fundamentado a posição de garantidor do dirigente de empresas não em um dever geral de solidariedade, mas sim em um dever especial, como

⁴⁰¹ BEULKE, Werner. Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung. In: GEISLER, Claudius; KRAATZ, Erik; KRETSCHMER, Joachim; SCHNEIDER, Hartmut; SOWADA, Christoph (org.). *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 23-42. p. 39.

⁴⁰² Partindo de tal compreensão, SPRING apenas reconhece a responsabilidade do superior por omissão quando verificado um déficit parcial do subordinado. Como exemplo, indica como responsável o superior que não intervém diante do motorista de transporte embriagado que acarreta lesões corporais aos passageiros. SPRING, Patrick. *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung: Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009. p. 159.

⁴⁰³ Caso semelhante foi objeto de apuração e julgamento em: BRASIL. TJMG. 3ª Unidade Jurisdicional de Divinópolis. Ação Penal autos n.º 0070468-69.2017.8.13.0223. Juíza de Direito Maria Jacira Ramos e Silva. J. 11/03/2021. P. 03/11/21.

contrapartida de sua liberdade de empreender e do gozo exclusivo de direitos, criando riscos pelo exercício da liberdade econômica. Note-se que diferentes foram as teorias formuladas para fundamentar a posição de garantidor de dirigentes por controle da fonte de perigo empresa⁴⁰⁴. As posições de um modo geral se dividem entre aquelas que buscam o fundamento para a posição de garantidor do dirigente i) em razão do controle sobre os subordinados; ii) em razão de ingerência; e iii) em razão do controle sobre a fonte de perigo empresa.

Há posicionamento que defende a *posição de garantidor em virtude do controle sobre o subordinado*⁴⁰⁵, fundamentando-a no poder diretivo do empregador sobre os empregados⁴⁰⁶. Assim, entende-se que o superior é dotado de um poder de comando juridicamente fundado sobre os empregados, poder que lhe confere domínio sobre estes⁴⁰⁷. Assim, em função de seu poder diretivo, bem como de seu domínio da informação, o dirigente teria o controle sobre o trabalho alheio, o que lhe atribui maior possibilidade de evitar resultados. A autorresponsabilidade do empregado seria apenas aparente, uma vez que seus comportamentos não decorreriam de decisões pessoais, mas de observância a regras da associação, não possuindo domínio sobre a informação e estando submetidos, na qualidade de subalternos, a indivíduo com poder diretivo. Defende-se ainda, de modo semelhante, que, se por um lado, não há um poder fático de controle sobre pessoas, da mesma forma que existiria para objetos, há, sim, um poder jurídico de controle. Esse poder de mando juridicamente reconhecido seria

⁴⁰⁴ Para um maior aprofundamento sobre essas posições, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 108-127.

⁴⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 41, n° 2, 1988. p. 536.

⁴⁰⁶ No Brasil, o poder diretivo do empregador sobre empregados é reconhecido juridicamente no art 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴⁰⁷ De modo semelhante, FRISCH aponta para a responsabilidade do dirigente na empresa com fundamento no domínio ou na autoridade legal. FRISCH, Wolfgang. *Strafrecht: examenswissen, examenstraining*. München: Franz Vahlen, 2022. p. 711.

então o fundamento da posição de garantidor do dirigente também pelo controle de pessoas⁴⁰⁸.

A posição que se concentra no poder de controle, contudo, não resolve casos em que, embora seja possível verificar o controle do superior, não há um poder diretivo ou uma relação trabalhista (e.g. membros de um mesmo órgão societário entre si; membros do conselho de administração e da diretoria; dirigentes e prestadores de serviços terceirizados etc.). Mesmo no âmbito das relações de trabalho, é questionável se o poder diretivo de fato ensejaria um domínio sobre o subordinado, afinal, há sim possibilidades de influenciar sua conduta ou mesmo de adotar medidas disciplinares — culminando na demissão do funcionário —, mas não é tão simples afirmar um poder de emitir comandos⁴⁰⁹. Aqueles que adotam essa posição precisam, então, enfrentar o desafio de fundamentar ou de afastar o dever de garantidor nos casos que ultrapassam as relações trabalhistas. Opõe-se, ademais, a essa posição o fato de que o poder de agir não significa que o sujeito *deve* agir⁴¹⁰. A posição de garantidor é anteposta à capacidade de agir e tem por fundamento não um poder, mas sim um dever decorrente de um compromisso juridicamente assumido.

⁴⁰⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 320-321.

⁴⁰⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 115 e EIDAM, Gerd. *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 205. Menciona-se ainda RALPH SCHILHA, quem, na compreensão de ESTELLITA, embora defenda o fundamento da posição de garantidor do dirigente na autoridade conferida pelo poder de direção e de emitir instruções, estabelecido na legislação trabalhista e societária que lhe conferiria domínio, descreve esse poder como limitado às possibilidades jurídicas, aproximando-o antes de um poder de intervenção (menciona, a título de exemplo, o direito estatutário a negar o consentimento, bem como direitos de veto) que de um genuíno poder de determinação e comando. SCHILHA, Ralph. *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Antingengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 165-182. Para aprofundamento, c.f.: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 115.

⁴¹⁰ Nesse sentido a crítica de MITTELSDORF, Kathleen. Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern. *ZIS*, nº 3, p. 123-128, 2011. p. 126.

Outra construção teórica defende a *posição de garantidor em virtude de ingerência*⁴¹¹. É garantidor por ingerência o indivíduo que cria um risco proibido, a partir de um comportamento ilícito anterior⁴¹², do qual emerge um dever de intervir para evitar o resultado lesivo (art. 13, §2º, “c”, CP). Esse seria o caso dos administradores que organizam a empresa de forma perigosa⁴¹³.

Considera-se a proposta que proporciona resultados mais consistentes, a construção da *posição de garantidor em virtude do controle sobre a fonte de perigo empresa*⁴¹⁴. Entende-se que, da liberdade de associar-se e empreender, constituindo a empresa como fonte de perigo permitida de fruição exclusiva, ou seja, excluindo os demais desse âmbito, emerge o dever de evitar lesões e perigos para os bens jurídicos de terceiros. Essa abordagem é perfeitamente conciliável com o princípio da autorresponsabilidade, o qual não impede que o resultado seja atribuído a diversas pessoas, afinal, ninguém pode escusar-se de sua própria violação de dever sob o argumento de que os outros também violaram seus respectivos deveres. O princípio da autorresponsabilidade, na verdade, apenas exige para a responsabilidade de diversos indivíduos um fundamento para tanto, de modo que o fato possa ser compreendido como “expressão da autonomia pessoal de cada interveniente”⁴¹⁵.

⁴¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 265 e ss.

⁴¹² Como anteriormente mencionado, a doutrina majoritária exige que o comportamento prévio seja um risco proibido. Por todos: ROXIN, Claus. *Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal*. Lima: ARA Editores, 2009. p. 18; GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; et al. (org.). *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 112.

⁴¹³ No Brasil, adota essa posição PIERPAOLO BOTTINI, para quem o garantidor responde por omissão imprópria por ingerência em hipóteses de riscos próprios, quando o dirigente descumpra deveres decorrentes de norma de cuidado – assim os deveres de controle, eleição, treinamento, fiscalização, vigilância e intervenção. A empresa é um risco permitido contanto que observadas normas de cuidado para a sua constituição e organização. Inobservados esses deveres, cria-se um risco proibido que fundamenta a responsabilidade. O teórico ressalva ao critério da ingerência a responsabilidade decorrente de riscos alheios, sobre os quais somente poderia falar-se em posição de garantidor decorrente de lei ou de assunção. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 265 e ss.

⁴¹⁴ SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 21; UWE, Hellman. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5ª ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018. p. 353.

⁴¹⁵ WEEZEL, Alex van. Intervención delictiva y garantismo penal: a la memoria de Juan Bustos Ramírez. *ZIS*, nº 8, p. 432-445, 2009. p. 434.

Os dirigentes garantidores incumbidos de evitar lesões decorrentes dos perigos da empresa para terceiros devem intervir não apenas sobre delitos decorrentes de coisas perigosas, mas também dos perigos decorrentes de pessoas, inclusive por comportamentos delitivos. Contudo, se, por um lado, haveria uma aparente facilidade em compreender a posição de garantidor decorrente do controle sobre coisas perigosas, a questão se torna intrincada quando inserida em um contexto coletivo, com a divisão de tarefas entre diversos intervenientes, cujos âmbitos de responsabilidade relacionam-se em cadeia, de modo que o agir para impedir um resultado ultrapassa a própria organização, para implicar na vigilância, no controle e/ou na intervenção sobre o círculo de organização de terceiros, seja sobre os demais dirigentes, seja sobre subordinados⁴¹⁶. Nessas hipóteses, como visto, defende-se aqui que o garantidor responda como partícipe, em se tratando o seu dever de agir de um dever acessório, cuja inobservância manifesta seu desvalor no resultado através da esfera de responsabilidade de terceiros autorresponsáveis⁴¹⁷.

Exercer o dever de controle sobre a fonte de perigo empresa (*Geschäftsherrenhaftung*), evitando perigos que guardem vinculação ao próprio empreendimento⁴¹⁸ não significa afirmar o controle do dirigente

⁴¹⁶ “A aparente facilidade de aplicar a posição de garantidor decorrente do controle sobre coisas perigosas no âmbito empresarial esbarra na realidade fática de que nas empresas normalmente há muitas pessoas envolvidas nos diversos procedimentos, de forma que quem controla a empresa como um todo dificilmente terá o controle imediato das fontes de perigo. A manutenção das máquinas e o controle da qualidade do produto não serão feitos diretamente pelos dirigentes, mas por outros funcionários, sob a sua supervisão”. ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO; José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 60.

⁴¹⁷ Em um paralelo com o concurso de pessoas nos crimes comissivos, o desvalor do risco criado pelo partícipe realiza-se no resultado por meio do cometimento do ilícito principal pelo autor, quem decide o “se” e o “como” do fato.

⁴¹⁸ O âmbito de responsabilidade do garantidor pelo controle dos perigos da empresa restringe-se a infrações penais relativas à atividade econômica da empresa. Nesse sentido: WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal: parte general – el delito y su estructura*. Trad. Raúl Pariona Arana. Breña: Instituto Pacifico, 2018. p. 511; TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 59; SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 145-146; ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 23. Assim, não respondem por delitos praticados pelos funcionários que agem de forma independente e em excesso,

sobre pessoas, mas sim de reconhecer deveres e, em especial, poderes jurídicos para a tomada de providências direcionadas à contenção dos riscos da fonte de perigo empresa. A posição de garantidor do dirigente,

realizando atos não vinculados à empresa. Um dos divisores de águas sobre a questão na Alemanha é o caso “*mobbing*” (BGHSt 57, 42). O caso se referia à prática de lesões corporais — socos e chutes — por um grupo de funcionários contra um trabalhador pertencente a outro grupo de trabalho, hostilizado como carreirista, prática esta que foi observada pelo superior dos agressores ao longo de anos, o qual permaneceu inerte. O BGH absolveu o superior, entendendo que as condutas dos funcionários poderiam ocorrer no interior de qualquer grupo, dentro ou fora de uma empresa, e não eram expressão de perigo específico e inerente à atividade econômica da empresa. Comentam essa decisão: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 115. Parte da doutrina buscava enfrentar o problema dos atos de excesso de subordinados com o critério do controle sobre atos realizados no interesse da empresa. Essa proposta, contudo, oferece alguns problemas, pois permite excluir atividades que, embora realizadas no interesse próprio, possuem vinculação íntima com a atividade econômica da empresa. Nesse sentido, HELOISA ESTELLITA coloca em xeque a posição em face de exemplos como a inserção de dados falsos em demonstrativos contábeis de instituição financeira com o propósito exclusivo de aumento do “bônus” (gratificação por resultado) anual do interessado ou de um funcionário que oferece vantagem para funcionário público, buscando a obtenção de uma licença ambiental, resultado este que lhe asseguraria uma promoção na empresa (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 136). Vale observar que afirmar que o dever de agir do garantidor limita-se aos perigos que guardem vinculação com o próprio empreendimento não significa que sua atuação deva incidir apenas sobre perigos cuja fonte seja a específica área material de atuação da empresa (e.g. riscos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas e empresas dedicadas às criptomoedas; ou riscos de intoxicação decorrentes da inobservância às regulamentações da indústria alimentícia, quando há a produção de alimentos, objeto social da empresa). A “vinculação com o próprio empreendimento” não deve ser mal interpretada como se o dever estivesse orientado apenas a perigos decorrentes do objeto social específico da empresa, excluindo dos deveres de vigilância os perigos gerais inerentes a todos os negócios. Essa posição restringiria demasiadamente o controle sobre a fonte de perigo, deixando de fora da vigilância dos garantidores a realização de perigos decorrentes de toda e qualquer empresa como fonte de perigo — assim os delitos concorrenciais, tributários, contra a administração pública etc. —, abrindo margem para a conformação do que SCHÜNEMANN chamou “irresponsabilidade organizada” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, n° 2, 1988. p. 533). Segundo MIRIAM SAAGE-MAAB, essa seria uma posição mais antiga e superada, segundo a qual a posição de garantidor na empresa se refere apenas aos perigos específicos de sua área material de controle. Uma visão mais recente compreende que os deveres compreendem não apenas os riscos operacionais específicos, mas também as condutas ilícitas de terceiros, quando conectadas com a sua posição na empresa e submetidos a instruções do superior (SAAGE-MAAB, Miriam. *Ahdung wirtschaftsverstärkter Kriminalität — Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern? Neue Kriminalpolitik*, 2014, v. 26, n° 3, 2014, p. 228-241. p. 233-234). Parece mais correto compreender que o dever de agir do garantidor incide não apenas sobre os perigos direta e materialmente decorrentes do objeto social da empresa, mas também dos riscos de sua organização, de sua administração e de sua inserção no mercado, desde que esses perigos se encontrem sob a área de responsabilidade que o garantidor assumiu. Com isso, podem incluir-se sob os deveres de vigilância também delitos concorrenciais, contra a administração pública, crimes tributários etc., excluindo-se do âmbito de vigilância excessos que não se relacionam com os processos empresariais, como injúrias, assédios sexuais, entre outros (ROXIN, Imme. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. Trad. Adriano Teixeira e Alaor Leite. *RBCCrim*, v. 23, n° 112, 2015. p. 61-77. p. 72; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 137).

conforme os compromissos assumidos pelo indivíduo e o modelo de administração da empresa, pode-lhe impor o dever de evitar riscos que perpassam a esfera de responsabilidade de terceiros, valendo-se dos mecanismos jurídicos disponíveis para tanto (e.g. convocando assembleia para a destituição de diretores ou conselheiros, adoção de medidas sobre membros nomeados pelo sujeito etc.⁴¹⁹), hipótese essa, contudo, em que a omissão do dever de agir fundamenta participação e não autoria.

c) Observações acerca da transferência de competências

Até aqui foram enfrentados os problemas da especialização e da delegação, hipóteses em que se discute eventual concurso de pessoas, decorrente da soma de esforços conjunta para o resultado. É preciso, por fim, notar que há ainda casos de transferência de competências, em que há uma completa exoneração daqueles que a transferem, desde que realizada de forma legítima⁴²⁰. Nesses casos não se verifica concurso de pessoas, de modo que os problemas concernentes à diferenciação entre autoria e participação não vêm ao caso quando de uma transferência de competências.

A partir da transferência do risco permitido pelo *transferente*, este não possui mais deveres de observar quaisquer normas de cuidado, não mais detendo obrigações de controle e salvamento. Assim, de um modo geral, para que a transferência exonere completamente o transferente, deve-se constatar um risco permitido e a capacidade agir por parte de quem o assume, tornando-se, a partir de então, garantidor. A título de exemplo, pode-se mencionar a venda de um perigoso cão de guarda, a qual exonera o primeiro tutor de responsabilidade por resultados oriundos dos perigos do cão a partir de então⁴²¹. Ou, ainda, do cirurgião que, após realizar um procedimento cirúrgico exitoso em

⁴¹⁹ SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 162.

⁴²⁰ Assim: “Na transferência há um deslocamento completo do dever de garantia para aquele a quem é transferido o foco de perigo, desde que ele conheça integralmente seus contornos, assuma ou tenha a obrigação legal de controle/salvamento e apresente capacidade de agir de acordo com o esperado”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 290.

⁴²¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2003. p. 116; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 89.

um paciente, entrega-o aos cuidados de uma outra equipe profissional, transferindo-lhe os cuidados futuros do paciente⁴²².

Também a transferência de um risco proibido pode exonerar o *transferente*, desde que o *transferido* possua ciência de todas as características do perigo e a capacidade de restituí-lo aos limites do permitido, concordando com tal transferência⁴²³. O sujeito que recebe a incumbência, ou seja, o transferido, diferentemente do que ocorre na delegação, não atua em nome ou no interesse de quem lhe transfere uma fonte de riscos ou a custódia de um bem jurídico. Com a transferência, o *transferido* assume o risco, em sua integralidade e de modo isolado, incorporando-o a seu próprio âmbito de organização, devendo manejá-lo em seu próprio nome e com autonomia.

De toda forma, nesses casos, não se discute o concurso de pessoas. Não ocorre hipótese de interpolação de esferas de responsabilidade, com o estabelecimento de deveres primários e acessórios. Há apenas um dever especial primário, que muda de titularidade, cessando a responsabilidade do garantidor originário, sem que remanesçam deveres residuais. O que eventualmente pode ser discutido nos casos de transferência é a sua (i)legitimidade, bem como o momento em que se aciona o dever de agir para impedir o resultado, problemas que transcendem o escopo do presente trabalho⁴²⁴.

4.5 Antecipando possíveis objeções à proposta

Desenvolvido o raciocínio até aqui, vale tecer algumas observações acerca de eventuais críticas, buscando-se antecipar possíveis objeções à proposta, tanto no que concerne à sua premissa normológica quanto ao critério em si, oferecendo respostas a essas questões como forma de contribuir para a solidez dos argumentos construídos.

4.5.1. Enfrentamento a algumas críticas sobre essa compreensão normológica

⁴²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 286; BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, n° 38, abr.-jun. 2002. p. 285.

⁴²³ Nesse sentido, o célebre caso discutido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpus n.º 94.543, que tinha por objeto o rompimento de uma barragem em propriedade que pertencia, originalmente, ao Grupo Matarazzo e, posteriormente, a outros proprietários. O caso é discutido densamente em: Ibidem. p. 288 e ss.; e ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 242 e ss.

⁴²⁴ Para maior aprofundamento, cf. Ibidem. p. 242 e ss.

Inicialmente, a compreensão normológica que fundamenta a tese poderá ser objeto de questionamentos. Se, por um lado, as criminalizações de primeiro e segundo nível não ensejam maiores dificuldades ou críticas, é controverso o processo de criminalização de terceiro grau. A essa técnica para a composição dos tipos penais opõem-se os argumentos que serão a seguir enfrentados: alguns teóricos entendem que a combinação ou interferência de cláusulas penais seria uma expansão marcada por um déficit de legalidade (abaixo “a”); especificamente contra a combinação de cláusulas para a criação do tipo da participação omissiva, há quem argumente tratar-se de opção inviável em face da exigência de resultados naturalísticos na omissão imprópria (abaixo “b”); e, por fim, há quem defenda tratar-se de um raciocínio inútil, afirmando-se que bastaria o recurso à omissão imprópria para a resolução dos problemas concretos, sem se recorrer à sua forma acessória (abaixo “c”).

a) Criminalização de terceiro grau: combinação ou interferência de cláusulas penais?

Há quem argumente tratar-se o terceiro nível de criminalização uma “expansão descontrolada dos confins da punibilidade”⁴²⁵, de uma “esquizofrenia hermenêutica”⁴²⁶, que padeceria de uma “grave indeterminação”⁴²⁷, e que, em última análise, permitiria “[...] multiplicar de modo exponencial a taxa de incerteza e imprevisibilidade dos confins do fato típico resultante da criminalização de terceiro grau, dependente da processualização da qualificação jurídica atribuída ao fato”⁴²⁸. Para esses teóricos, não mais se limitaria à combinação de cláusulas, processo sucessivo e independente, mas tratar-se-ia de interferência entre cláusulas com sua aplicação cumulativa e contemporânea, alterando a sua fisionomia e âmbito de operatividade, estendendo

⁴²⁵ RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1295.

⁴²⁶ Idem, 2002. p. 307.

⁴²⁷ GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*. Pisa: Pisa University Press, 2022. p. 15

⁴²⁸ Ibidem, 2022. p. 15

“arbitrariamente” os seus limites para a criação de um híbrido *tertium genus*, incompatível com o princípio da legalidade⁴²⁹⁻⁴³⁰.

Inicialmente, deve-se reconhecer que as críticas têm razão ao alertar para o risco de expansão da criminalização e de distorção do âmbito de operatividade das cláusulas gerais previstas na Parte Geral. E não se pode negar que a norma incriminadora nesses casos exige um esforço muito maior de determinação⁴³¹. É preciso realizar uma leitura sistemática rigorosa para a compreensão e adequada aplicação dessas normas, adstrita aos limites do sentido literal possível que cada uma das cláusulas estabelece.

Dito isso, observa-se que, em geral, a discussão acerca da legalidade é elaborada a partir de ordenamentos em que a omissão imprópria decorre de simples cláusula de equivalência. Assim, estão ausentes maiores precisões conceituais e pressupostos legais que permitam alçar maior grau de legalidade e segurança jurídica na própria omissão imprópria, o que se agravaria em sua modalidade concursal.

O Código Penal brasileiro, contudo, não adota uma cláusula de equivalência similar, mas sim disposições acerca da omissão voltadas para a violação de um dever especial, estabelecendo os pressupostos e formas da omissão penalmente relevante⁴³². Essa redação torna possível estabelecer um processo de combinação entre as cláusulas gerais supletivas orientado pela natureza do dever violado — direto ou indireto —, sem

⁴²⁹ RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1295.

⁴³⁰ Note-se que diversos teóricos que questionam a compatibilidade até mesmo da técnica legislativa de combinação de cláusulas para a conformação do segundo nível de criminalização, defendendo a criação de tipos penais na Parte Especial do Código Penal que estabeleçam delitos omissivos impróprios (por todos, TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 313 e CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Montevideo: D de F Ltda, 2005. p. 209) ou delitos de participação (cf. BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa: a responsabilidade penal dos diretores empresariais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

⁴³¹ Assim reconhece ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84.

⁴³² A dogmática penal cumpre neste ponto um importante papel na densificação dos pressupostos de responsabilização omissiva imprópria, sendo relevante o avanço nos últimos anos com: ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018; GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018; RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

a ampliação do âmbito de operatividade do art. 13, § 2º do CP, mas sim balizado por seus limites.

A técnica legislativa adotada pode ainda ser percebida como um reforço à legalidade, evitando um “dualismo de incriminações desnecessário” e privilegiando, em última análise, o conhecimento da lei, em função da redução de complexidade e do excesso de tipificações⁴³³. Isso porque, se não fosse adotada uma tal técnica, os fenômenos causadores dos resultados teriam de aparecer narrados pelos vieses da conduta comissiva, da conduta omissiva e da participação.

Por fim, no que concerne aos limites da legalidade para o processo de combinação de cláusulas gerais, vale ainda notar que o próprio ordenamento brasileiro estabelece limites expressos à combinação de cláusulas gerais quando entende ser assim necessário. Nesse sentido, o art. 31 do CP, ao estabelecer que a participação somente é punível quando o crime chega, pelo menos, à fase de execução⁴³⁴, veda a tentativa de participação, ou seja, a combinação entre as cláusulas gerais da tentativa e do concurso de pessoas. Também no que concerne aos crimes culposos, diante da positivação do princípio da excepcionalidade dos crimes culposos (art. 18, II, parágrafo único do CP – “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”), parece difícil fundamentar uma possibilidade de responsabilização por participação culposa, decorrente da combinação da cláusula geral do concurso de pessoas aos tipos penais culposos dispostos na Parte Especial⁴³⁵.

b) Exigência de resultado naturalístico em crimes omissivos impróprios afastaria a possibilidade de uma participação negativa?

Há ainda quem questione a participação omissiva imprópria como uma desvirtuação do âmbito de operatividade da norma correspondente à omissão imprópria.

⁴³³ MARCELO RUIVO aponta que a técnica legislativa para a constituição do crime de omissão pelo aproveitamento da descrição dos crimes comissivos, somada à disposição da Parte Geral na conformação de um tipo penal autônomo, teria por fundamento a tutela fragmentária do direito e da intervenção legislativa, em uma equação que privilegia o conhecimento da lei. Assim, na contramão daqueles que entendem que tal técnica violaria a legalidade, Ruivo compreende que, com sua opção, é preservada “a equação de grandezas inversamente proporcionais: quanto menos direito, mais consciência do delito”. RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 283.

⁴³⁴ “Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

⁴³⁵ Busca fundamentar a participação culposa: MARÇAL, Victor Souza. *Da participação culposa no Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, p. 287, 17/02/2020. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/32830>>. Acesso em: 18/02/2024.

Segundo essa posição, a omissão imprópria somente seria cabível em hipóteses de delitos dotados de resultados naturalísticos, o que não seria o caso da participação. Assim, ao se considerar a participação como um delito de resultado jurídico, admitir a combinação de cláusulas ensejaria a omissão imprópria para delitos sem resultado naturalístico. Assim, entende-se que a participação omissiva imprópria, na condição de “impedir o delito de terceiros”, teria por resultado o “inteiro fato ilícito de outro, independentemente da presença ou ausência desse evento no sentido naturalista”⁴³⁶ e, portanto, por ser fundamentada em um resultado jurídico, seria de pronto incompatível com a omissão imprópria.

Inicialmente, discorda-se da consideração de que a participação é, sempre, um delito sem resultado naturalístico. Como visto, o presente trabalho adota a posição segundo a qual a participação é um injusto autônomo, decorrente da combinação das cláusulas gerais do concurso de pessoas (art. 29 e 31 do CP) com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie⁴³⁷. Segundo essa posição, a participação será um delito de resultado naturalístico sempre que se acoplar a um tipo penal que descreve um crime de resultado naturalístico, sendo que o perigo do comportamento do partícipe se materializará no resultado do fato principal por meio da realização delitiva pelo autor. A natureza da participação, portanto, dependerá do crime principal a que se acoplar, o que determinará se o auxílio se manifestará como um perigo, uma lesão, um resultado jurídico, um resultado naturalístico ou por mera conduta.

Ainda que se adote uma posição diferente, no sentido, por exemplo, de reconhecer que o tipo da participação é um crime de perigo⁴³⁸, ainda assim seria preciso superar mais uma premissa para a validade do argumento. O argumento de RISICATO parte da premissa de que a omissão imprópria somente é admitida em relação a crimes de resultado naturalístico. Assim, a própria premissa do argumento acaba por afastá-lo: entende-se aqui que no ordenamento jurídico brasileiro é possível sustentar, a princípio, a

⁴³⁶ RISICATO, Lucia. Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca: una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 282-307, 2002. p. 307.

⁴³⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil*: Lehrbuch. Tübingen: Mohr, 1970. p. 396 e ss.

⁴³⁸ Assim o fazem: RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. p. 152; SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

possibilidade de cometimento de crimes de mera atividade por omissão imprópria⁴³⁹. De fato, o art. 13, §2º do CP determina a responsabilidade penal do garantidor que deixa de observar o dever de impedir um *resultado*, ou seja, requer-se para a construção da omissão imprópria delitos aos quais pertence um resultado. Resultado, contudo, “é tudo aquilo que se pode evitar”⁴⁴⁰, seja uma lesão, a colocação em perigo concreto, ou ainda, no caso dos crimes de mera atividade, um resultado jurídico. Tais delitos, contudo, podem oferecer alguns desafios em particular, decorrentes da descrição de um comportamento determinado para a sua configuração⁴⁴¹.

c) *Inutilidade do raciocínio de criminalização de terceiro grau para a participação omissiva imprópria?*

No que concerne especificamente à participação omissiva imprópria, afirma-se tratar-se de um processo de tipificação modificada ou interferência normativa “absolutamente inútil”, uma vez que as hipóteses de participação negativa no delito podem já ser reconduzidas às hipóteses de omissão imprópria, sem a necessidade de recurso ao concurso de pessoas⁴⁴². Noutros termos, o sujeito seria já responsável, por omissão imprópria, como autor, independentemente se a lesão ao bem jurídico decorre de fatores naturais ou da intervenção de terceiros⁴⁴³.

Para além dessas hipóteses, somente seria possível uma interpretação que conduzisse a uma inaceitável extensão dos confins da punibilidade das omissões, para

⁴³⁹ Cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 141 e ss. Admite a forma omissiva imprópria de delitos de mera atividade também GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Especial – crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte, D’Plácido, 2017. p. 150 e 302. Assim também a posição de teóricos quanto à ordem alemã: JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 951-952.

⁴⁴⁰ Cf. Ibidem. p. 951-952.

⁴⁴¹ “Assim, é possível sustentar que o dever de agir para evitar o resultado possa se traduzir, em determinado caso concreto, no dever de evitar que um terceiro, na iminência de praticar ação típica, afete o bem jurídico, razão pela qual não nos parece vedado, *a priori*, o cometimento de crimes de mera atividade — como corrupção ativa, por exemplo — por omissão imprópria, muito embora a exigência de um comportamento determinado feita no tipo penal possa oferecer problemas ulteriores e, eventualmente, inviabilizar a imputação no caso concreto”. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 239.

⁴⁴² RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995. p. 1295.

⁴⁴³ Assim: “*Se ricorrono i presupposti di operatività dell’art. 40 cpv., l’omittente che versa in situazione di concorso con altre persone non è partecipe, bensì coautore*”. Ibidem. p. 1298.

casos em que a adoção de medidas pelo sujeito não impediria o evento. Isso iria de encontro à regulação da omissão imprópria, que não exige do garante esforços inúteis, mas vincula a responsabilidade penal às condutas que, se adotadas, teriam o condão de impedir o resultado com uma probabilidade ao menos próxima à certeza⁴⁴⁴.

Quanto a essa crítica à criminalização de terceiro grau da participação omissiva imprópria, verifica-se de pronto uma contradição no raciocínio esboçado. Após os teóricos dedicarem inúmeras críticas aos riscos de expansão punitiva decorrente do processo de criminalização de terceiro grau, concluem esses mesmos teóricos por uma criminalização indiferenciada de todos os garantidores, solução essa que, evidentemente, pelos argumentos aduzidos ao longo do trabalho, representa uma violação à legalidade, à proporcionalidade e à autorresponsabilidade.

De fato, seria uma expansão penal indevida estender a responsabilidade por omissão imprópria para hipóteses em que o indivíduo não poderia impedir o resultado. Pressuposto básico e essencial dos crimes omissivos impróprios é o dever de impedir o resultado e não um simples dever de melhores esforços. Seja autor ou partícipe, o garantidor será sempre pessoa dotada de um dever de impedir o resultado. Contudo, como se verá, é também princípio de coerência para com o sistema não elevar a dever direto — dever cuja violação fundamenta a autoria — simples dever indireto ou acessório — cuja violação fundamenta a participação.

4.5.2. Enfrentamento a algumas críticas sobre as consequências do critério

Para além da premissa normológica da proposta aqui formulada, antecipa-se a seguir possíveis objeções que poderiam ser dirigidas ao próprio critério em si, que toma a acessoriedade do dever, identificada pela manifestação indireta do desvalor da omissão no resultado, como critério diagnóstico-distintivo da omissão do garantidor equivalente à participação por comissão. Serão fornecidas razões que afastam os argumentos que apontam para a incoerência em conferir um tratamento diverso a comportamentos conforme inseridos em contextos naturais ou coletivos (abaixo “a”) ou para a incoerência

⁴⁴⁴ RISICATO, Lucia. Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca: una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 282-307, 2002. p. 306.

político-criminal decorrente do suposto tratamento mais benévolo a superiores hierárquicos em relação a estratos inferiores e menos empoderados (abaixo “b”).

a) Diferença no tratamento da omissão em contextos naturais e coletivos

É possível ainda antecipar que sejam apresentados questionamentos acerca da coerência em tratar de modo diverso um comportamento ontologicamente semelhante quando diante de um contexto coletivo ou de ordem natural⁴⁴⁵. Aqueles que assim se posicionam poderiam questionar: por que um garantidor que observa impassível um resultado delitivo ocasionado por forças naturais deveria ser considerado autor (e.g. o pai que assiste seu filho ser atacado por um cão raivoso até a morte), enquanto um garantidor cuja posição de garantia possui semelhante fundamento, que observa impassível um resultado delitivo ocasionado por forças humanas deveria ser considerado partícipe (e.g. o pai que vê seu filho criança ser atacado por um terceiro agressor até a morte)?

Ontologicamente, de fato, a omissão do garantidor em ambos os casos se mostra semelhante. Essa impressão inicial, como anteriormente apontado, não se confirma sob um olhar mais apurado. Isso porque uma pessoa somente pode ser afastada do centro dos acontecimentos, tornando-se acessória, por outra pessoa, que assume a centralidade do fato, seja em crimes comissivos ou omissivos⁴⁴⁶. Seria descabido sequer cogitar de concurso de pessoas e, conseqüentemente, de participação, ausente uma pluralidade de indivíduos. A participação, na qualidade de forma de concurso acessória, somente ocorre diante da realização — comissiva ou omissiva — do fato principal por um terceiro autorresponsável. Nesse sentido, é justamente a presença de outra pessoa que permite a eventual conformação de um contexto coletivo, capaz de transformar a distribuição de mandados e proibições.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, a título de exemplo, KAUFMANN entende que não haveria por que diferenciar a pena de um salva-vidas que se omite em salvar a criança que se afoga após cair sozinha na piscina daquela de um salva-vidas que se omite em salvar uma criança lançada na água por um terceiro, para se afogar. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 302.

⁴⁴⁶ “No entanto, isso não é estranho se nos lembrarmos do fato evidente de que um partícipe só pode ser afastado do centro dos eventos por outra pessoa. Quem abre o caminho para as forças naturais ou não coloca nada no caminho é necessariamente a figura central e, se for responsável, o autor do crime, mesmo que seu comportamento em si deixe espaço para a autoria de outrem. Entretanto, não faz sentido que o julgamento não possa mudar se outra pessoa se interpuser entre o interveniente envolvida e o resultado. Seja como for, a diferença nos resultados não ocorre apenas em casos de omissão; portanto, não é convincente defender uma concepção especial do autor para o delito impróprio de omissão, que é inaceitável para o delito de comissão”. HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 259. Tradução livre.

Importante, contudo, salientar que, conforme desenvolvido ao longo da construção da proposta, contexto coletivo tem implicações normativas sobre a própria distribuição de deveres e responsabilidades os concorrentes. Nesse sentido, o garantidor omitente que, em princípio, seria considerado mero partícipe diante da agressão a um bem jurídico por um terceiro autorresponsável, não se torna autor a partir do momento em que o terceiro agressor se satisfaz com seu ataque e se afasta⁴⁴⁷ (a vítima poderia ainda ser salva se recebesse cuidados ou se fossem chamados os médicos). Do mesmo modo que nos crimes comissivos, o partícipe que fornece a arma para o autor não se torna também autor ao nada fazer diante da vítima caída, que poderia ainda ser salva.

A obstrução imposta pelo terceiro autorresponsável não é mecânica, ontológica ou causal, mas sim normativa. Nas situações de participação por omissão o desvalor da omissão do dever de agir pelo garantidor partícipe somente se manifesta no resultado pelo comportamento — comissivo ou omissivo — do autor. Essa acessoriedade é normativa e, ainda que decorra do contexto coletivo, não é circunstancial ou naturalística.

O impacto da força e resiliência do agressor autor pode ser levada em consideração no plano da capacidade físico-real de agido garantidor, eventualmente fundamentando o afastamento de sua responsabilidade quando averiguado que não poderia impedir o resultado. Isso, contudo, poderia ser constatado do mesmo modo em função de elementos naturais como a força de um cão ensandecido, a força da correnteza etc. Fisicamente, as forças da natureza, em diversos casos, podem se revelar inclusive muito mais intensas que a presença humana, afinal, em diversas ocasiões, é possível que, sem maiores esforços, a ameaça de acionar as autoridades policiais seja suficiente para dissuadir o terceiro agressor.

No entanto, a presença de um terceiro autorresponsável pode, sim, impactar normativamente na distribuição de deveres e responsabilidades no caso concreto. O cometimento de um delito por um terceiro autorresponsável, o autor, interpõe-se normativamente à omissão do garantidor. Nesses casos não se trata de impedir o resultado decorrente de um perigo qualquer, mas sim de impedir o cometimento do delito por terceiro autorresponsável, a quem já se dirige a lei proibindo o comportamento. O bem jurídico não se encontra aqui em completo desamparo, mas se encontra resguardado pela própria lei penal, que proíbe o autor de cometer o delito. A omissão do garantidor viola

⁴⁴⁷ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 116.

um dever acessório de impedir o resultado, uma extensão complementar da punibilidade para evitar a ocorrência do resultado.

O autor responderá pelo delito cometido, sendo coerente a responsabilização proporcional do omitente acessório, cuja omissão apenas manifesta seu desvalor de modo indireto no resultado, perpassando o âmbito de responsabilidade do autor. Como violação de dever acessório, a omissão nesses casos equivale apenas à participação comissiva, de modo que o tratamento como autor seria sobrevalorar irracionalmente o injusto do garantidor.

O critério proposto é, portanto, coerente com a necessidade de diferenciação em específicos contextos coletivos, em que o dever do garantidor é justamente incidente sobre a esfera de organização de terceiros.

b) Atenuação de responsabilidades de superiores em relação a subordinados: tratamento mais rigoroso conferido a intermediários do que a membros do topo?

Antecipa-se ainda possível problematização de ordem político-criminal sobre as consequências do critério nos casos em que o autor do delito é subordinado ou ocupa posição de menor relevo em certo contexto que o omitente partícipe. Alguns exemplos tornam mais evidente a problematização: um médico chefe, responsável pela gestão de uma unidade intensiva, que nada faz para impedir um dos médicos da equipe de desligar aparelhos de pacientes; o diretor de uma empresa que nada faz diante de crimes de corrupção cometidos por um funcionário. Tanto o médico chefe quanto o dirigente empresarial ocupam posições de prestígio, com elevados salários e, possivelmente, poderiam, de alguma forma, aproveitar-se dos fatos cometidos pelos executores. Considerá-los partícipes não seria então injusto?

Trata-se de um questionamento particularmente relevante no momento atual, em que se percebe a ampliação da cultura de controle sobre empresas, com a socialização crescente de riscos e a delegação de deveres. Esse fenômeno proporciona a ampliação de responsabilidades nos estratos intermediários das empresas (e.g. *compliance officers* e

auditores⁴⁴⁸), contexto no qual a doutrina contemporânea identifica uma tendência ampliada da atribuição de responsabilidade sobre intermediários ou funcionários.⁴⁴⁹

Inicialmente, é preciso afastar qualquer linha moralista de argumentação, que parta de sentimentos pessoais de justiça social. A justiça social e econômica não é um problema que deva ou possa ser solucionado pela aplicação de penas, mas está fora do Direito Penal. Pensar soluções para uma distribuição mais equilibrada de recursos, poderes e responsabilidades é importante, porém ultrapassa o escopo criminal. Anseios punitivos de emergência não podem ensejar a instrumentalização do Direito Penal como

⁴⁴⁸ Em 2001, quando vieram à tona os problemas contábeis da Enron, empresa americana distribuidora de energia, a apuração alcançou à Arthur Andersen que chegou a ser condenada por obstrução à justiça. A decisão foi revertida perante a Suprema Corte americana (UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Arthur Andersen LLP v. United States*, nº 04-368 (United States, 544 U.S. 696 (2005)). Syllabus. Data do julgamento: 31/05/2005.). De forma similar, em 2005 apurações incidiram sobre a KPMG em razão da não identificação de fraudes nos balanços da empresa de tecnologia Xerox ao longo dos anos 1990 (SEC Charges KPMG and Four KPMG Partners With Fraud in Connection With Audits of Xerox; SEC Seeks Injunction, Disgorgement and Penalties. U.S. Securities and Exchange Commission. 29/01/2003.). A KPMG tornou-se novamente alvo de apurações em 2014, após a quebra do banco brasileiro BVA, tendo inclusive tido suas contas bloqueadas pela justiça. A título de curiosidade, sugere-se a leitura da reportagem de MARIA LUIZA FILGUEIRAS para a Exame, intitulada *Escândalo da Petrobras põe os auditores na berlinda* (FILGUEIRAS, Maria Luíza. Escândalo da Petrobras põe os auditores na berlinda. Exame. Publicado em 04/03/2015.). Sobre os casos anteriores concernentes a delitos no mercado financeiro, cf. SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

⁴⁴⁹ Assim, por exemplo, MATEO BERMEJO e OMAR PALERMO, ao tratarem sobre a teoria da intervenção na omissão imprópria de *compliance officers*, criticam a atribuição de responsabilidades aos subordinados e o tratamento sob a participação do superior hierárquico. Cf. “Assim, caso se siga esse ponto de vista, o subordinado que atua em último lugar, por ser quem domina o fato, deve ser considerado autor, enquanto os administradores responsáveis por essa decisão, garantidores da evitação do fato inclusive me maior medida, somente podem ser imputados por cumplicidade”. BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 171-206. p. 191. Tradução livre. Sobre a responsabilidade penal do *compliance officer*, confira-se ainda: BLASSL, Johannes Sebastian. *Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten: Zugleich ein systematisierender Beitrag zu rechtssichernden Organisationspflichten und zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2017. p. 329 e ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189; FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do compliance officer no direito brasileiro: funções e responsabilização penal*. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017. p. 143 e ss.; NOLL, Mathias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 235 e ss.; ROTSCH, Thomas. Contra el deber de garante del encargado de cumplimiento. In: ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, derecho penal económico y compliance: artículos de dos décadas*. Organización de Jaime Winter Etcheberry e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 301-318; TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid: Marcial Pons, 2021. *passim*. Quanto à possibilidade de responsabilizar como garantidores por crime omissivo impróprio a auditores externos por crimes no âmbito de empresa para a qual prestam serviços, cf. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Montevideo: D de F Ltda, 2005. p. 187 e ss.

direito de exceção e emergência⁴⁵⁰. De fato, contudo, relevante é discutir a distribuição de poderes e responsabilidades em contextos de realização coletiva de tarefas.

Serão autores aqueles que violam deveres principais, não devendo ser desconsiderado o fato de que as pessoas que ocupam posições de grande relevo em qualquer atividade acumularão diversas responsabilidades e funções que, se mal geridas, fundamentarão a responsabilidade justamente a título de autoria. Respondem como autores sobre resultados concernentes às funções que mantêm concentradas em seu âmbito de responsabilidade, sem delegação ou divisão de competência. E, quanto às funções executórias e operacionais que delegam e dividem, passam a responder em concurso por injustos que terceiros autorresponsáveis, sob sua supervisão, venham a cometer no exercício de suas próprias funções. A dimensão da posição desses indivíduos no topo é, portanto, acompanhada de uma consequente ampliação das hipóteses de responsabilização criminal a que se estão sujeitos, podendo responder não apenas pelos próprios delitos como autores, como assumindo deveres acessórios de supervisão e intervenção, que podem ensejar sua responsabilidade como partícipes.

Trata-se apenas de uma diferenciação de situações que, de fato, são desiguais. O subordinado, com autonomia e plenas capacidades, no exercício das próprias funções que lhe incumbem, dolosamente atua ou omite em contrariedade à lei. E, não obstante as plenas capacidades do subordinado, não há uma exoneração dos superiores quando dotados de dever de supervisão e intervenção. O tratamento coerente e proporcional desses indivíduos como partícipes quando a sua omissão se referir a delitos de terceiros, autores, não é uma atenuação, mas uma extensão das possibilidades de responsabilização sobre a qual é preciso ter muita atenção e cuidado.

4.6 Síntese da proposta: acessoriedade do dever, verificada pela manifestação indireta do desvalor da omissão, como critério diagnóstico distintivo para a omissão do garantidor equivalente à participação comissiva.

⁴⁵⁰ “A empresa – por mais que se apele às necessidades político-criminais onipresentes de responsabilizar aos superiores – não pode constituir um âmbito de exceção no qual não rijam os princípios de autorresponsabilidade e de culpabilidade”. ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 33. Tradução livre.

A participação omissiva imprópria é forma de manifestação do delito cuja norma decorre da combinação cumulativa de cláusulas penais estabelecidas na Parte Geral do CP — tanto referente à omissão (art. 13, § 2º do CP) quanto referentes à participação (art. 29 e art. 31 do CP) — com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie. Formula-se, assim, uma forma acessória de omissão imprópria, caracterizada por um dever indireto, elemento que permite identificar a equivalência da participação comissiva e da participação omissiva.

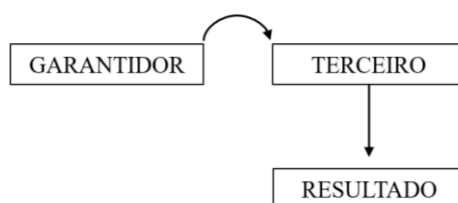
Partindo da norma para o desenvolvimento de um estudo analítico da participação, torna-se possível compreender o instituto e as suas peculiaridades e identificar em que, qualitativamente, essa forma de concurso se diferencia da autoria. Autor é quem viola deveres diretos (principais) de observância às normas; partícipe, quem viola deveres indiretos (acessórios) de observância às normas. Em termos analíticos, o dever indireto ou acessório que expressa a participação é aquele cuja violação manifesta seu resultado a partir do âmbito de organização de um terceiro autorresponsável.

A transposição desse raciocínio para a omissão, por princípio de equivalência, permite diferenciar autoria e participação nos delitos impróprios de omissão, e pode ser realizada por meio de um critério normativo, verificando-se os deveres de cada interveniente no caso concreto, os quais manifestam-se de modo completamente distinto no resultado. É partícipe aquele que possui um dever de impedir um resultado que perpassa o âmbito de responsabilidade de um terceiro, sendo a vinculação indireta ou acessória para com o resultado. O dever do omitente nesses casos é acessório, pois estabelece relação juridicamente fundada apenas mediata com o bem jurídico: o garantidor deve tomar medidas para impedir que um terceiro realize o fato principal e leve ao resultado.

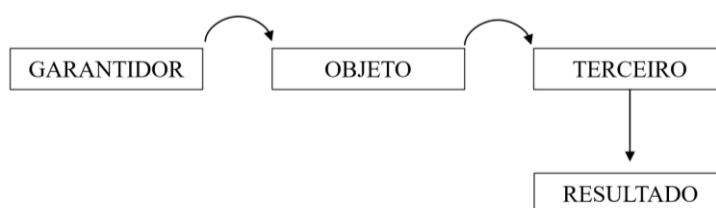
Há autoria e, portanto, violação de dever direto (principal), seja em nível vertical ou horizontal, quando se tratar de controle ou cuidado no âmbito de responsabilidade próprio: nesses casos verifica-se uma relação juridicamente fundada direta entre o omitente e o bem jurídico ou fonte de perigo. Ainda que o garantidor possa satisfazer o seu dever de impedir o resultado com a adoção de ações que envolvam o acionamento de terceiros, recorrendo a uma ação de salvamento indireta, o vínculo jurídico que constitui seu dever dá-se diretamente para com o bem jurídico. A omissão do garantidor, nesses casos, manifesta seu desvalor diretamente no resultado.

Há participação e, portanto, violação de dever indireto (acessório), seja em nível vertical ou horizontal, quando se tratar de controle ou cuidado que perpassa o âmbito de responsabilidade de pessoas autorresponsáveis: nesses casos verifica-se uma relação juridicamente fundada indireta entre o omitente e o bem jurídico. Haverá participação sempre que o omitente violar um dever acessório, ou seja, quando o vínculo jurídico entre o garantidor e o resultado for indireto, de modo que sua violação manifeste seu desvalor no resultado perpassando a esfera jurídica de terceiros. Tal manifestação pode envolver a evitação de riscos decorrentes de pessoas ou do controle sobre coisas⁴⁵¹.

A evitação de perigos oriundos de pessoas pode ser graficamente assim apresentada:



No que concerne aos perigos decorrentes de coisas perigosas, tem-se a seguinte representação gráfica:



A omissão do garantidor, em ambos os casos, apenas se manifesta no resultado, perpassando o âmbito de terceiro autorresponsável.

O que determina tratar-se a sua omissão de participação é a natureza do dever violado e não os poderes que, no caso concreto e circunstancialmente, possa ter o

⁴⁵¹ No caso da generalização horizontal, tem-se por exemplo os casos em que o omitente, violando seu dever, não tranca uma porta, deixando que terceiros adentrem um edifício para realizar um furto. Descumpre-se aqui justamente um dever de impedir que terceiros possam cometer delitos ou lesionar bens jurídicos. Também os casos de deveres de asseguramento sobre coisas perigosas (e.g. proprietário de armas de fogo ou produtos venenosos tem dever de garantidor sobre as fontes de perigo que possuem).

omitente. Assim, não importa, para a diferenciação entre a autoria e a participação, a possibilidade de que, conforme o caso, o omitente pudesse intervir diretamente sobre o resultado.

A natureza do dever imposto, acessório ou principal, é que determina se o omitente responderá como acessório ou principal e não as diferentes formas pelas quais o garantidor pode satisfazer seu dever (proposições de necessidade prática).

Independentemente da forma de concurso, a responsabilidade penal por omissão imprópria requer a violação de um dever especial de garantidor. O art. 13, §2º do CP, na qualidade de componente normológico das diversas formas de omissão imprópria (autoria e participação), exige para a responsabilidade do omitente a identificação de um genuíno dever de agir para impedir o resultado.

Nem tudo compete a todos, de modo que a própria responsabilidade do indivíduo depende de identificar se lhe era exigível e, portanto, devida a ação de impedir o resultado. Apenas caso constatado um dever de agir para impedir o resultado é que se avança para diferenciar se, no caso, esse dever é constitutivo de autoria (principal ou direto) ou de participação (acessório ou indireto).

Deveres objetivos de cuidado, deveres de asseguramento e deveres instrumentais não são deveres especiais de garantidor, de modo que sua violação autônoma e isolada, não implica na responsabilidade por omissão imprópria. Somente constatado o resultado delitivo e um genuíno dever de impedir o resultado é que a omissão imprópria — seja na forma da autoria ou da participação — entra em discussão.

A participação consiste em um injusto autônomo, que requer a satisfação de todos os requisitos legais impostos pelas normas, do mesmo modo que requer a configuração da autoria. No caso da participação omissiva imprópria, são os pressupostos para configuração da tipicidade objetiva: i) situação típica de perigo; ii) resultado lesivo; iii) dever acessório (indireto) de garantidor; iv) omissão da conduta determinada e exigida como condição do resultado; v) capacidade fático-real de agir; vi) nexo causal; e vii) imputação objetiva.

Assim, a participação omissiva imprópria não se presta a ampliar a responsabilidade penal por omissão imprópria para casos em que o omitente não tinha de fato um dever de garantidor, ou seja, um dever especial de agir para impedir o resultado. Tampouco permite suprimir os demais pressupostos da responsabilidade por omissão

imprópria, ignorando os requisitos legais para a responsabilização, como partícipe, do omitente que não poderia impedir o resultado, mas apenas dificultá-lo.

Quanto às formas mais tradicionais de organização coletiva e divisão de tarefas, pode-se verificar as consequências para a responsabilidade penal em contextos de especialização e delegação.

A especialização consiste na divisão horizontal de funções, permitindo que os diferentes indivíduos possam concentrar-se em suas atividades, exercendo-as com expertise e otimizando resultados.

A divisão horizontal de funções, em geral, implica na conformação de âmbitos de competência autônomos e independentes. Isso tem por consequência a restrição das hipóteses de responsabilidade penal dos garantidores aos próprios âmbitos de competência, com a exoneração de responsabilidade sobre resultados delitivos nos âmbitos de organização dos demais.

Excepcionalmente, na divisão horizontal de tarefas, pode-se estabelecer deveres de asseguramento duplo ou múltiplo, bem como deveres de vigilância recíprocos. Nesses casos, conforma-se concurso de pessoas, sendo o garantidor omitente autor quando deixar de impedir um resultado sob o próprio âmbito de responsabilidade, e partícipe quando violar o dever de vigilância sobre a esfera de responsabilidade de terceiros ao deixar de agir para impedir o resultado.

A delegação consiste na divisão vertical de funções, em que um garantidor originário atribui a um garantidor secundário, sob a sua vigilância, certas tarefas. Com isso, o delegante pode concentrar-se em suas atividades, enquanto o delegado passa a exercer, com certo grau de autonomia e nos limites da delegação, as funções executórias que recebe.

A delegação requer a observância de deveres de seleção, de instrução e de coordenação que, uma vez observados, autorizam a confiança e legitimam a delegação. Há com isso uma parcial exoneração da responsabilidade do delegante, dado que os perigos concernentes às atividades delegadas passam a compor o âmbito de competências do delegado, sujeito autorresponsável, qualificado e dotado de poderes para exercer as funções que assume.

O delegante, contudo, tem um dever residual de supervisão sobre o delegado. Havendo, portanto, motivos que afastem a confiança, constatado um perigo proibido, aciona-se um dever de intervir para o garantidor originário.

O garantidor originário será autor quando omitir o dever de impedir resultados concernentes às próprias funções, contudo, será partícipe quando omitir o dever de impedir resultados concernentes às atividades do delegado.

Para além da especialização e da delegação, há ainda a transferência de competências. Nesse caso, ocorrendo uma transferência legítima, há a exoneração de responsabilidade penal do transferente, não conformando contexto coletivo e concurso de pessoas. Os envolvidos têm âmbitos de responsabilidade autônomos que não se interpolam, de modo que não se conformam vínculos de concurso ou de acessoriedade.

5. RESOLUÇÃO DOS CASOS

A solução dos casos elaborados no início do trabalho é relevante para a averiguação da adequação da proposta, conferindo feição concreta à discussão, de modo a analisar seus impactos práticos.

Os casos que compõem o grupo de controle têm por função um avanço da análise *pari passu*, com a fixação de premissas e o estabelecimento de conclusões graduais, ganhando maior complexidade a cada hipótese (5.1. *infra*). Cada um deles foi formulado e escolhido com o propósito de possibilitar o enfrentamento de diferentes aspectos do tema problema. Os casos 1 e 2 permitem compreender o impacto que a participação tem sobre a pena ao vincular o indivíduo ao fato principal. O caso 3 adentra o problema do concurso de pessoas por omissão imprópria, sob o dever de proteção. O caso 4 e sua variante permitem aprofundar a discussão sobre o concurso do garantidor de proteção por omissão imprópria. O caso 5 trabalha com o concurso de pessoas na omissão imprópria envolvendo o controle sobre objetos perigosos. O caso 6 envolve garantidores de vigilância e o controle sobre riscos advindos de pessoas, além de aprofundar a complexidade das discussões a partir da realidade empresarial. O caso 7, por sua vez, coloca em questão a importância da diferenciação, tendo em vista o problema da cumplicidade e da ingerência. Por fim, será resolvido o caso de partida (5.2. *infra*), mais complexo e que autoriza o teste crítico dos critérios sugeridos.

Antes de adentrar a resolução dos casos, vale apontar que será desenvolvida uma análise sobre a tipicidade objetiva, voltada para a diferenciação entre os concorrentes. Relembre-se aqui que a responsabilidade por omissão imprópria se caracteriza quando, diante de uma situação de perigo, uma pessoa que tinha um dever especial e podia agir para evitar o resultado típico, não realiza a ação concreta e determinada de salvamento. Quando o garantidor omite intervir, violando um dever principal ou direto, pode ser responsabilizado pelo próprio resultado lesivo, como se o tivesse causado ativamente. Quando a omissão consiste na violação de um dever acessório ou indireto, o garantidor pode ser responsabilizado como partícipe por omissão para o resultado lesivo, como se houvesse auxiliado ativamente.

Assim, para afirmar a tipicidade objetiva da autoria omissiva imprópria, devem ser constatados os seguintes pressupostos: i) situação típica de perigo; ii) resultado lesivo; iii) dever principal (direto) de garantidor; iv) omissão da conduta determinada e exigida

como condição do resultado; v) capacidade fático-real de agir; vi) nexo causal; e vii) imputação objetiva.

Para afirmar a tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio por participação, devem ser constatados os seguintes pressupostos: i) situação típica de perigo; ii) resultado lesivo; iii) dever acessório (indireto) de garantidor; iv) omissão da conduta determinada e exigida como condição do resultado; v) capacidade fático-real de agir; vi) nexo causal; e vii) imputação objetiva.

5.1. Aplicação aos casos do grupo de controle: fixando premissas

Caso 1: Pai “P” e amigo “A” observam impassíveis enquanto a criança “C”, filha de “P”, se afoga e morre.

Verifica-se, inicialmente, situação típica e resultado, em função da morte da criança “C”. Partindo do fato, deve-se então verificar se as pessoas presentes são responsáveis e qual o fundamento de sua responsabilidade.

“P”, pai da criança que morreu, é garantidor de proteção, pois a criança estava sob sua custódia, sendo a sua vida um bem jurídico desamparado. Assim, tinha o dever de impedir o resultado e omitiu a conduta determinada e exigida para a sua evitação, apesar da capacidade físico-real de salvar a criança. Dessa forma, satisfeitos os demais pressupostos de responsabilidade, “P” responde como autor do delito de homicídio por omissão imprópria (art. 13, §2º c/c art. 121 do CP).

“A”, amigo de “P”, não tinha deveres especiais de agir para impedir o resultado, não lhe incumbindo a função de proteção da criança contra perigos, afinal, o bem jurídico desamparado não estava sob a sua custódia. Dessa forma, não era garantidor e não responde por omissão imprópria. Não obstante, era esperado e exigível de “A” que agisse para salvar a criança, pois tinha dever geral de solidariedade de agir, que se dirige a todos, determinando a prestação de assistência à criança desamparada ou em grave e iminente perigo, tendo “A” permanecido inerte. Dessa forma, satisfeitos os demais requisitos de imputação, “A” responde pelo crime de omissão de socorro (art. 135 do CP).

Esse caso inaugural permite estabelecer uma primeira premissa importante: a relevância de aspectos normativos para a responsabilidade, para além dos pressupostos ontológicos do fato. No caso, “P” responde como autor por homicídio cometido por

omissão imprópria (art. 13, §2º c/c art. 121 do CP, pena de seis a vinte anos), enquanto “A” responde por omissão de socorro (art. 135 do CP, pena de um a seis meses). Embora se trate de um mesmo comportamento ontologicamente, há uma diferença normativa entre eles: “A” e “P” são destinatários de deveres distintos.

Por um lado, “P”, na qualidade de pai da criança que se afoga, tem um dever de garantidor (dever especial) fundamentado na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado. Em outros termos, “P” assume o compromisso específico de custodiar o bem jurídico vida e integridade de sua criança contra perigos que lhe possam se dirigir, devendo agir para impedir o resultado de afogamento.

Por outro lado, não obstante a amizade, “A” não tem um dever especial de impedir que perigos atinjam à criança, uma vez que não assumiu qualquer função de custódia sobre ela. Submete-se, portanto, diante de simples dever de solidariedade. A sua omissão em salvar a criança não é equivalente ao delito de homicídio, conformando crime de omissão de socorro. Essa diferença proporciona um relevante impacto sobre as penas impostas a cada uma dessas pessoas.

Caso 1 – variante: um salva-vidas também estava à beira da piscina, no exercício de sua função, e nada fez.

Diante da situação típica e do resultado morte da criança “C”, verifica-se a presença de um salva-vidas, a quem incumbia o dever especial de vigilância sobre os perigos da piscina, sendo, portanto, garantidor de vigilância. O salva-vidas, contudo, omite a conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de salvamento. Dessa forma, satisfeitos os demais pressupostos de responsabilidade, o salva-vidas responde como autor do delito de homicídio por omissão imprópria (art. 13, §2º c/c art. 121 do CP).

Note-se que a resolução para o caso não se altera caso estivessem presentes outros garantidores, como o salva-vidas ou mesmo a mãe da criança. Ambos os garantidores responderiam como autores de homicídio cometido por omissão imprópria (art. 13, §2º c/c art. 121 do CP, pena de seis a vinte anos), uma vez que estão vinculados à criança por uma relação jurídica fundante de um dever primário de garantidor. Não há no caso a descrição de elementos que levem à transformação desse dever em um dever acessório, de modo que suas esferas de competência permanecem autônomas e não se modificam

ou se interpolam. Dessa forma, o resultado morte é expressão autônoma da omissão dos garantidores, a qual se manifesta de modo direto no resultado.

Caso 2: Pai “P” e amigo “A” veem a criança “C”, filha de “P”, afogando-se. “A” dissuade “P”, que estava disposto a socorrer sua filha, de prestar socorro. Os dois observam, impassíveis, o afogamento e morte de “C”.

Nesse caso, ao dissuadir “P” de salvar a criança, “A” vincula-se ao fato principal numa relação concursal de acessoriedade. Seu comportamento não mais se mantém adstrito ao dever geral de solidariedade, mas insere-se, em um contexto concursal de participação *na* omissão.

“A” atua comissivamente como instigador, respondendo pelas penas do delito de homicídio por omissão imprópria cometido pelo autor na medida de sua culpabilidade. Em se tratando de conduta comissiva, o caso não oferece maiores dificuldades do ponto de vista de sua compreensão como participação no delito. As cláusulas gerais dos arts. 29 e 31 do CP se vinculam ao delito principal, esse sim omissivo (art. 13, §2º, e art. 121 do CP, pena de seis a vinte anos), com combinação simples. A participação em si não é omissiva e, assim, não decorre da combinação cumulativa de cláusulas que regem o concurso e a omissão.

Ainda que reduzida a pena por participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP, diminuição de 1/6 a 1/3), “A” estará sujeito a uma pena expressivamente maior que aquela correspondente à omissão de socorro, ou seja, à pena que sofreria pelo descumprimento de um dever de solidariedade, sem vincular-se ao fato acessoriamente como partícipe (art. 135 do CP, pena de um a seis meses).

O caso revela a importância da adequada delimitação de deveres entre os intervenientes e do relevante impacto sobre a liberdade do indivíduo ao considerá-lo partícipe de um crime.

Caso 3: Pai “P” observa impassível enquanto um terceiro espanca a criança “C”, filha de “P”.

Assim como nos casos anteriores, verifica-se situação típica e resultado: a morte da criança “C”. Partindo do fato, o terceiro, na medida em que diretamente realiza a ação descrita no tipo penal — matar alguém —, é autor de homicídio comissivo (art. 121 do CP, pena de seis a vinte anos).

“P”, pai da criança, era garantidor de proteção encarregado da custódia de “C”, estava presente e permaneceu inerte, omitindo a ação determinada e exigida para evitação do resultado. Sua omissão somente manifesta seu desvalor pela comissão do fato principal pelo terceiro, autor do delito, ou seja, de forma indireta. A realização do fato principal por um sujeito autorresponsável se traduz em implicações normativas, decorrentes do contexto coletivo, sobre o dever do garantidor, acessório na medida em que seu descumprimento manifesta desvalor ou risco apenas indiretamente no resultado, por meio da conduta de uma pessoa que por ela responderá. Nesse sentido, vincula-se “P” omissivamente ao fato principal do indivíduo autorresponsável e apenas indiretamente ao resultado, conformando hipótese de participação em homicídio caso satisfeitos os demais requisitos de imputação (art. 29 e 31 c/c art. 13, §2º c/c art. 121, todos do CP, pena de seis a vinte anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

A análise aprofundada do caso 3 permite perceber de que modo o critério aqui proposto se distingue das resoluções desenvolvidas pela dogmática conforme o estado da arte atual.

Inicialmente, vale tecer uma observação sobre como o critério se distingue das propostas unitárias segundo as quais todo garantidor é sempre autor. Para aqueles que adotam essa posição⁴⁵², “P” deveria ser considerado autor, assim como o terceiro que espanca a criança. Esse raciocínio, contudo, desconsidera o impacto normativo exercido pela presença do terceiro autorresponsável, de modo a considerar a omissão no caso como equivalente à autoria comissiva do fato principal. No entanto, normativamente, há uma diferença central: a conduta do autor manifesta seu desvalor diretamente no resultado, sendo expressão direta do injusto do autor que decide o “se” e o “como” do desenrolar dos fatos; em contrapartida, a omissão de “P” somente se manifesta no resultado indiretamente, pela conduta de terceiro autorresponsável. Nesse sentido, “P”, por sua omissão, não decide o “se” e o “como” dos fatos, a qualquer momento sujeitos a alterações conforme decida o autor se e como executa o seu plano.

⁴⁵² Cf. capítulo 3.1.2.

O critério proposto se distingue ainda das propostas fundamentadas em argumentos de ordem naturalística, causal ou ontológica⁴⁵³. Como o caso acima permite perceber, um terceiro autorresponsável, autor de um delito, interpõe-se normativamente à omissão do garantidor. No caso, “P” não mais é confrontado com um dever de salvar a criança de um perigo qualquer, mas sim de impedir o cometimento do delito por terceiro autorresponsável, a quem já se dirige a lei proibindo o comportamento. A vida de “C” não está em completo desamparo, pois já resguardada, a princípio, pela própria lei penal, que proíbe o terceiro de agredir o bem jurídico. A omissão do pai, nesse contexto, consiste na violação de um dever acessório de impedir o resultado, uma extensão complementar da proteção a bens jurídicos pelo ordenamento jurídico penal. Assim, por uma lógica de equivalência com a participação comissiva, compreendida de modo analítico, verifica-se a acessoriedade do dever de agir do pai: a omissão de “P” somente se manifesta no resultado a partir do comportamento do autor.

A responsabilidade de “P” ainda dependerá da constatação de sua capacidade físico-real de salvar a criança. No caso concreto, pode-se constatar que “P” superaria as forças do terceiro ou, ainda, que bastaria ameaçar ligar para a polícia para que ele fosse dissuadido do crime. Nesse caso, estaria satisfeito também esse pressuposto ontológico. Contudo, em contrapartida, é possível que, no caso concreto, “P” se revelasse incapaz de salvar “C”, o que levaria à atipicidade de sua conduta (e.g. “P” não tinha forças para impedir o terceiro, não tinha meios de acionar as autoridades etc.). Em todo caso, a capacidade de agir para impedir o resultado é um pressuposto diverso para a responsabilidade penal a título de omissão imprópria, necessário para a responsabilidade do omitente, seja ele autor ou partícipe.

Essa observação sobre a capacidade de agir é importante, pois, para os teóricos que adotam uma teoria do domínio na omissão, “P” seria partícipe no caso acima em função da barreira imposta pelo terceiro ao seu domínio sobre o fato, que seria meramente potencial. Embora o resultado alcançado por essa proposta seja semelhante ao resultado que se alcançou com o critério formulado nesta tese, entende-se que o terceiro, autor do delito, não é uma barreira ontológica ao domínio de “P”, mas sim uma barreira normativa, o que não se alteraria em função de circunstancialidades do caso concreto. Como se argumentou ao longo do trabalho, o impacto da força e resiliência do autor de um delito

⁴⁵³ Cf. capítulos 3.1.1, 3.2.1 e 3.2.2.

pode fundamentar o afastamento da capacidade físico-real de agir do garantidor de modo semelhante a elementos naturais – como a força de um animal faminto, a intensidade de um incêndio, a força da correnteza etc. Em tais casos, um pressuposto da omissão imprópria, a capacidade de agir, deixaria de ser suprido, levando à ausência de responsabilidade do omitente. Trata-se de questões circunstanciais, decorrentes do caso concreto, as quais impactam a afirmação da responsabilidade do omitente, mas não a forma do concurso de pessoas. A forma do concurso de pessoas diz respeito à distribuição de deveres e responsabilidades no caso concreto, sendo preciso observar o impacto normativo exercido pela presença de um terceiro no contexto.

O critério proposto permite ainda alcançar resultados distintos daqueles resultantes de propostas que tomam os grupos de deveres de garantidor (proteção ou vigilância) como referência⁴⁵⁴. Afinal, conclui-se pela participação omissiva do garantidor de proteção, o que é refutado pelas teorias dos grupos de deveres com argumentos nem sempre consistentes, que parecem variar, ensejando uma imprecisão em sua aplicação e um vazio em sua fundamentação. Ademais, em diversos casos, a argumentação para afastar a possibilidade de diferenciação em casos envolvendo garantidores de proteção parece refletir antes um fundo moral ou uma busca em satisfazer um senso de justiça no caso concreto, na medida em que os casos concernentes a garantidores de proteção costumam envolver bens jurídicos de vulneráveis, que sensibilizam e chocam particularmente à sociedade e aos intérpretes. Assim, diversos teóricos refutam a aplicação coerente de seus próprios critérios, coerentemente defendidos nos casos de garantidores de vigilância e nos casos concernentes a garantidores de proteção.

Por fim, a proposta vale-se de um raciocínio fundamentado no princípio da equivalência e, nessa medida, aproxima-se das construções que nele se pautam. Essas propostas, contudo, limitam-se a estabelecer a equivalência como referência, sendo aqui estabelecido um critério que confere densidade à análise e permite sua aplicação de modo mais objetivo. O princípio da equivalência orienta o método de identificação analítica de um critério diagnóstico-distintivo — a natureza principal ou acessória do dever —, que pode, então, ser aplicado objetivamente para identificação dos deveres de garantidor que vinculam o sujeito aos fatos.

⁴⁵⁴ Cf. capítulo 3.2.4.

Caso 4: “B”, bioquímico de um laboratório e responsável por manter um produto venenoso fora do alcance de terceiros permanece inerte enquanto um terceiro pega o veneno e o utiliza para matar um desafeto.

No caso, verifica-se situação típica e resultado: o desafeto é, de fato, morto. Partindo do fato, observa-se que o terceiro, na medida em que diretamente realiza a ação descrita no tipo penal, empregando o veneno para matar a seu desafeto, é autor de homicídio comissivo (art. 121 do CP, pena de seis a vinte anos).

O bioquímico “B” tinha dever de garantidor, incumbindo-lhe impedir que a fonte de perigo em seu âmbito de competência pudesse acarretar resultados delitivos, afinal, pessoas responsáveis por coisas perigosas têm o dever de controlar os riscos advindos delas, para que não gerem resultados delitivos, seja em modo direto ou indireto.

Com isso, quer-se indicar que, na gestão da coisa perigosa, “B” poderia ser eventualmente responsabilizado como autor nos casos em que sua omissão dos deveres de vigilância sobre a fonte de perigo se manifestasse de modo direto ou principal num resultado delitivo (e.g. “B” assiste impassível enquanto um terceiro, em erro, ingere o veneno). No entanto, o ordenamento assegura mais ampla evitação do resultado, impondo também deveres acessórios, decorrentes das cláusulas gerais de extensão da punição constitutivas da participação. É exatamente essa a hipótese em tela, subsumindo-se a omissão da ação esperada e exigida de “B” ao tipo penal objetivo da participação omissiva imprópria (art. 29 e 31 c/c art. 13, §2º c/c art. 121, todos do CP, pena de seis a vinte anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

No caso acima, “B” descumpre um dever acessório, pois o resultado de sua omissão apenas manifesta-se no resultado a partir do comportamento do autor, pessoa autorresponsável. A coisa perigosa, originalmente sob o âmbito de organização do bioquímico, somente expõe a riscos pela atuação de terceiro autorresponsável, manifestando-se no resultado a partir da atuação desse último sujeito. Tem, portanto, o bioquímico o dever de estabelecer barreiras que impeçam o uso desse produto, um dever de evitar resultados que se perfectibilizam pela atuação de um terceiro. Assim, caso confirmados os demais pressupostos do delito, “B” será responsável como partícipe por omissão imprópria (auxílio) em função da omissão de impedir que o terceiro se valesse do veneno para matar o desafeto.

Caso 5: Por três vezes consecutivas, a instituição financeira Banco “A” apresentou ao Banco Central do Brasil (BACEN) demonstrativos financeiros contendo informações falsas que escondiam a sua real situação financeira. A inserção das informações falsas foi executada por um gerente de contabilidade, que se encontrava sob supervisão do diretor financeiro. O diretor financeiro, o diretor internacional e um dos membros do Conselho de Administração tomaram ciência dos fatos, acidentalmente, logo após a primeira prestação de informações falsas, todavia nada fizeram para evitar as ulteriores práticas, que se ajustam ao tipo penal descrito no art. 6º da Lei n.º 7.492/1986.

As peculiaridades dogmáticas da criminalidade de empresa transcendem o objeto de estudo e, embora a abordagem de um caso inserido em tal contexto permita tecer interessantes reflexões sobre o tema problema da pesquisa desenvolvida, o enfrentamento de problemas da criminalidade de empresa ultrapassa o escopo proposto para este trabalho. Adotam-se, portanto, como premissas, algumas monografias consolidadas sobre o tema, às quais se pode recorrer para maior aprofundamento⁴⁵⁵.

No quinto caso, constata-se situação típica e resultado pelos demonstrativos com informações falsas foram submetidos ao BACEN.

Para análise dos responsáveis, deve-se partir do indivíduo mais próximo aos fatos para, somente então, verificar a responsabilidade daqueles mais distantes dos fatos. Assim, deve-se iniciar a análise a partir do gerente de contabilidade, constatando sua responsabilidade ou não pelos fatos. Verifica-se logo que o gerente praticou conduta

⁴⁵⁵ Nesse sentido, no Brasil cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas*. REC, nº 72, v. 18, p. 53-82, 2019; SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021; ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023. Ademais, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018; KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013; MITTELSDORF, Kathleen. Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern. ZIS, nº 3, p. 123-128, 2011; ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

comissiva, sendo responsável pelo de crime descrito no art. 6º da Lei n.º 7.492/1986 (pena de dois a seis anos) como autor, em função da execução comissiva de todos os elementos descritos no tipo.

A partir do gerente, é questionada a responsabilidade do diretor financeiro, superior hierárquico responsável por gerir a diretoria financeira. Verifica-se que o Diretor Financeiro é garantidor de vigilância relativamente às atividades do gerente de contabilidade, estando, contudo, vinculado ao resultado por um dever indireto ou acessório. Como garantidor originário, o diretor financeiro, embora tenha delegado tarefas com algum grau de autonomia para seu gerente financeiro, ainda tem um dever residual de supervisão. Desse modo, não é exonerado de responsabilidade por crimes cometidos pelos sujeitos delegados no exercício das atividades delegadas, mas tem um dever acessório de impedir o resultado. Assim, preenchidos os demais pressupostos, poderá ser punível pelo crime de induzir em erro repartição pública competente relativamente à situação financeira, prestando-lhe informações falsas (art. 29 e 31 c/c art. 13, §2º, todos do CP c/c art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, pena de dois a seis anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

Quanto ao diretor internacional, verifica-se pela narrativa que há departamentalização, ou seja, divisão horizontal de funções, com o estabelecimento de distintos e autônomos âmbitos de competência na gestão da empresa. A departamentalização, em princípio, isenta-o de responsabilidade, por não ser garantidor de perigos contidos num âmbito de competência diverso do próprio.

No que concerne a diretores de empresas, garantidores originários, deve-se pontuar que a gestão da empresa pode dar-se simultaneamente, hipótese em que a fonte de perigo é objeto da gestão comum de todos e, portanto, a todos incumbe o dever de vigilância, inclusive um dever recíproco de supervisão, ou pode dar-se departamentalização, havendo divisão de funções e a conformação de âmbitos de responsabilidade delimitados e independentes. Quando estabelecidos rígidos âmbitos de competência, com autonomia e independência, não se deve falar em responsabilidade de garantidor sobre a manifestação de perigos em âmbitos de responsabilidade de terceiros, mas apenas sob o próprio âmbito de responsabilidade⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Essas considerações em matéria de criminalidade de empresa foram desenvolvidas já em ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade

A hipótese narrada sugere exatamente uma conformação autônoma dos âmbitos de responsabilidade do diretor financeiro e do diretor internacional. Fatos ocorridos sob a diretoria financeira, portanto, em princípio, não competiriam o diretor internacional. Desse modo, ainda que tenha tomado ciência da apresentação de demonstrativos financeiros contendo informações falsas sobre a real situação financeira da instituição, nada fazendo para evitar as ulteriores práticas ilícitas, o diretor internacional não ocupa posição de garantidor de vigilância sobre o que ocorre na diretoria financeira e, portanto, não responderá pelo crime descrito no art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, sendo atípica sua omissão.

A situação seria diversa na hipótese de assunção pelo diretor internacional de deveres de vigilância recíproca ou de duplo asseguração quanto às demais diretorias, bem como diante de uma divisão de tarefas que mantenha a interdependência entre as diretorias. O dever de duplo asseguração é dever de natureza acessória, pois impõe um dever de impedir resultados que perpassa a esfera de terceiros. O estabelecimento e a assunção fática de deveres de duplo asseguração pelo diretor internacional não faz com que a diretoria financeira passe também a lhe competir. Apenas se lhe impõe a adoção de medidas sobre a competência de terceiro – diretor financeiro, na forma das medidas concretamente estabelecidas: comunicando os setores dedicados às apurações internas de conformidade, eventualmente a convocação de assembleia para a sua destituição etc. Dessa forma, não está diretamente vinculado ao bem jurídico, apenas de forma indireta. Nesse caso, seria então passível de responsabilidade a título de participação, uma vez inobservado um dever acessório de vigilância, cujo desvalor apenas se manifesta no resultado através do âmbito de competência de terceiros autorresponsáveis (art. 29 e 31 c/c art. 13, §2º, todos do CP c/c art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, pena de dois a seis anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

Por fim, no que concerne ao membro do Conselho de Administração que toma ciência dos ilícitos e permanece inerte, tem-se a violação de um dever de garantidor acessório de agir para impedir o resultado, que se observa na esfera de organização de terceiro.

omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 302.

Na adoção de modelos de administração dual de companhias, é comum que a diretoria tenha de fato os poderes e deveres de controle, enquanto o Conselho de Administração assuma funções de supervisão da diretoria⁴⁵⁷. Nesses casos, é preciso compreender se o membro do Conselho de Administração detinha, de fato, deveres de controle e poderes para tanto, ocupando posição de garantidor. Se dotado de deveres de fiscalização da diretoria e de adoção de medidas de controle sobre diretores para evitação de delitos decorrentes do perigo da empresa (e.g. dever de acionar os demais membros do Conselho, informando-os e votando no sentido da aprovação de medidas, como a destituição do diretor financeiro), o membro do Conselho de Administração poderá ser considerado partícipe por omissão imprópria, pois sua relação juridicamente fundada para com o bem jurídico é apenas indireta ou acessória, ou seja, seu dever de impedir resultado perpassa a esfera de competência de terceiros. Será partícipe por omissão imprópria seja em caso de proteção, de vigilância ou de ingerência (art. 29 e 31 c/c art. 13, §2º, todos do CP c/c art. 6º da Lei n.º 7.492/1986, pena de dois a seis anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

Caso 6: “X” paga a “Y” para que mate “Z”, ficando impassível até o resultado morte de “Z”.

Constata-se situação típica e resultado com a morte de “Z”. É indiscutível a responsabilidade de “Y”, executor do crime, autor, portanto, do delito de homicídio qualificado, por ter sido cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I, do CP).

“X”, com a conduta de pagar “Y” para realizar o crime, realiza conduta comissiva de indução, a qual se amolda ao injusto da participação conformado pela combinação entre art. 29 e 31 com o art. 121, §2º, I, todos do CP. As questões que se colocam são

⁴⁵⁷ Essas considerações em matéria de criminalidade de empresa foram desenvolvidas já em ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 180 e ss. Encontram-se algumas considerações interessantes em: CARUSO, Tiago. Por que é tão difícil imputar responsabilidade penal nos casos de direito penal econômico? In: MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac Silveira da; CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (org.). *O empresário no banco dos réus: responsabilidade civil administrativa e penal na atividade empresarial*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 77-133.

estas: com seu comportamento anterior, “X” cria um risco proibido de que o resultado morte ocorra; teria “X”, então, dever de agir para impedir o resultado? Sua subsequente inércia fundamenta responsabilidade penal por omissão imprópria como autor por ingerência?

Embora “X”, com seu comportamento anterior, crie um risco proibido, sua conduta se amolda ao injusto acessório da participação. A omissão em impedir o delito de “Y”, na condição de risco que apenas se manifesta no resultado pela conduta de “Y”, é também acessória, ou seja, participação omissiva. O desvalor da omissão subsequente, contudo, expressa uma unidade de sentido com o comportamento anterior, inexistindo um desvalor novo ou qualidade adicional que fundamente uma exasperação em relação ao injusto original. Assim, por força do princípio do *ne bis in idem*, resolve-se a hipótese de concurso aparente entre uma participação comissiva e uma participação omissiva imprópria com a prevalência da forma comissiva, reconhecendo-se, assim, a subsidiariedade da participação omissiva. “X” responde, portanto, por instigação, comissiva, para o homicídio de “Y” (art. 29 e 31 c/c art. 121, §2º, I, todos do CP, pena de seis a vinte anos). O caso 6, portanto, retomando as razões para a diferenciação entre autores e partícipes, cumpre o papel de colocar em evidência a relevância do critério diferenciador para a solução do problema do auxílio punível em face da ingerência.

5.2. Aplicação ao caso de partida

Imagine-se o seguinte caso: ansiosa para o nascimento de seu primeiro filho, uma gestante contrata uma médica obstetra para acompanhar o seu pré-natal e prestar assistência médica no parto domiciliar planejado de seu filho. Quando chega o tão esperado dia, a médica leva horas para se encaminhar até a residência da parturiente, mesmo após inúmeros contatos. Sabendo que a gestação era de risco (parto pélvico) e consciente de seu atraso, a médica telefona, de última hora, para uma enfermeira que comumente lhe assistia em partos mais complicados, para lhe assistir no procedimento. A equipe chega à residência da parturiente, onde a médica realiza as complexas manobras para a extração do bebê e, em seguida, a sua reanimação. Devido à

condição de risco do parto, o bebê permaneceu sem a oxigenação devida. Quando iniciado o atendimento, embora as complicações fossem previsíveis (asfixia perinatal decorrente da demora no expulsivo do parto pélvico), o quadro já havia se agravado, de modo que, após os procedimentos de parto e reanimação do bebê, permanecia a situação de perigo para a criança, exigindo sua avaliação pediátrica e estabilização clínica. Tanto a médica quanto a enfermeira sabiam que a estabilização (com a cateterização da veia umbilical, hidratação venosa, intubação e suporte ventilatório adequado) ao longo da primeira hora após os fatos reduziria expressivamente as chances de mortalidade e de lesões. Contudo, em lugar de encaminhar o bebê, junto à mãe, para um hospital, a criança foi mantida em casa, sob supervisão das profissionais. Somente após quase dez horas do parto, ambas encaminham o bebê para um hospital, sendo necessária a internação na UTI pediátrica. Em razão da demora, foram diagnosticadas sequelas permanentes que poderiam ter sido evitadas caso o bebê tivesse sido encaminhado para imediato tratamento de seu grave quadro clínico.

Diante da narrativa apresentada, verifica-se situação típica de perigo, pois o bebê permaneceu sem a oxigenação devida, sendo mantida a situação de risco que demandava sua estabilização clínica mesmo após a sua reanimação. Para concentrar a abordagem no problema da diferenciação entre as formas de concurso, será considerado que a adoção de medidas — encaminhamento do bebê para estabilização hospitalar — teria eficácia garantida já sob a perspectiva *ex ante*⁴⁵⁸.

Tomando por base o delito descrito no art. 129, § 1º, II e III, do CP, contata-se também resultado lesivo, pois o bebê sofreu lesão corporal de natureza grave, da qual resulta perigo para a vida e debilidade permanente de membro, sentido ou função.

⁴⁵⁸ Assim o faz ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 195-218. p. 203. Sobre os aspectos da causalidade na omissão aplicados ao direito penal da medicina: BOLEA BARDON, Carolina. La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad. *InDret.*, Barcelona, nº 4, out. 2018; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 63.

Passa-se, então, à análise da responsabilidade pessoal de cada uma das envolvidas.

No caso descrito, inicialmente, verifica-se que não há dúvidas sobre o dever especial da médica obstetra em relação à gestante e ao bebê: os cuidados foram assumidos no caso concreto, tendo se iniciado o atendimento⁴⁵⁹. A médica permanece vinculada aos pacientes por esse dever originário, não havendo transferência de competência e tampouco a delegação de funções principais. A médica obstetra, garantidora originária, aciona uma enfermeira para lhe auxiliar nos cuidados com o bebê. Com isso, lhe delega tarefas acessórias para a proteção do bem jurídico desamparado. Embora lhe delegue funções auxiliares fundadas no dever de proteção à criança, a médica permanece no exercício de sua competência, não transferindo para a esfera de competência da enfermeira o cuidado autônomo e integral da criança. Assim, não se transforma a sua relação juridicamente fundada com o bem jurídico, de modo que a médica é garantidora de proteção e tem dever especial de natureza direta ou principal.

A médica omite a conduta determinada e exigida como condição do resultado, deixando de encaminhar o bebê para a estabilização clínica em um hospital. Ademais, a médica tinha capacidade física de agir, de modo tal que, confirmados os demais pressupostos, poderá ser punível como autora do delito de lesão corporal de natureza grave, da qual resulta perigo para a vida e debilidade permanente de membro, sentido ou função (art. 129, § 1º, II e III, do CP, pena de um a cinco anos).

Quanto à enfermeira, acionada no momento dos fatos para auxiliar nos cuidados do bebê, a narrativa permite constatar que houve a assunção fática de deveres especiais acessórios de proteção em relação à mãe e ao bebê. Após ser acionada pela médica, a enfermeira assumiu no caso concreto o atendimento dos pacientes. Contudo, assumiu um papel auxiliar, de modo que não há que se falar na transferência do bem jurídico desamparado para a sua esfera de competência.

⁴⁵⁹ Afasta-se, com isso, a discussão acerca do momento em que se torna o médico garantidor pelo paciente: se quando assume o plantão, ainda que não tenha iniciado o atendimento do paciente específico (assunção genérica), ou somente quando do efetivo compromisso de tratamento, com o início do atendimento ao paciente (assunção de um compromisso específico). Cf. BRITO, Alexis Couto de; MORAIS, João Victor Macêdo de. A omissão imprópria nos tribunais superiores. In: BRITO, Alexis Couto de; MARTINS, Fernanda Rocha (org.). *A dogmática penal e os tribunais superiores*. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 117; ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 195-218.

Interessante apontar que é permitido, conforme protocolo geral, a assistência com autonomia por enfermeiras obstétricas aos partos domiciliares planejados, apenas acionando-se um médico obstetra em casos de complicações⁴⁶⁰. No caso concreto, contudo, a enfermeira não assume os deveres principais de proteção do bem jurídico desamparado, não se encarregando pessoalmente e diretamente do parto e dos cuidados com a mãe e com o bebê. A enfermeira assume apenas uma posição acessória, sendo-lhe delegados deveres auxiliares para o salvamento da criança⁴⁶¹.

Note-se ainda que, no caso concreto, conquanto fosse possível que a enfermeira interviesse nos fatos, assumindo o controle dos acontecimentos e encaminhando a criança para o hospital, isso não lhe era exigido. Assim, as possibilidades fáticas de atuação não a transformam em autora do delito, sendo a sua responsabilidade limitada aos deveres que lhe competiam.

Em se tratando de crimes omissivos, que impõem aos garantidores deveres de agir, positivamente, para impedir o resultado, é importante reforçar que nem tudo incumbe a todos. Cada pessoa responde conforme os deveres que lhe eram dirigidos e somente na medida de tais deveres. Ao assumir deveres acessórios de proteção ao bem jurídico desamparado, passa a ter o dever de impedir o resultado, havendo uma série de proposições de necessidade prática que lhe permitiriam satisfazer seu dever, como questionar a determinação da médica ou informar aos pais a real condição clínica do recém-nascido e necessidade de remoção para hospital, onde receberia atendimento médico especializado de emergência.

Vale destacar que, embora a acessoriedade dos deveres assumidos pela enfermeira não permita sua responsabilização como autora, tampouco permite que se questione sua autorresponsabilidade e autonomia. Não obstante seu papel acessório, a enfermeira não é mero instrumento da médica, mas sim uma profissional autorresponsável cuja prática pode ser exercida com liberdade e autonomia⁴⁶². Assim, não

⁴⁶⁰ Art. 9º da Lei nº 7.498/1986, que regulamenta o exercício da Enfermagem.

⁴⁶¹ A própria Lei nº 7.498/1986 aponta em seu art. 11 para competências diversas para o profissional de Enfermagem conforme atue no exercício de funções privativas ou como integrante de equipe médica.

⁴⁶² Nesse sentido, dispõe o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem: “Art. 1º Exercer a Enfermagem com liberdade, segurança técnica, científica e ambiental, autonomia, e ser tratado sem discriminação de qualquer natureza, segundo os princípios e pressupostos legais, éticos e dos direitos humanos.” BRASIL. Resolução COFEN nº 564/2017. Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem. Brasília, 06 de novembro de 2017.

é afastado o seu dever, ainda que a profissional pudesse, com a conduta esperada, se indispor com a obstetra que usualmente aciona seus serviços, complementando sua renda mensal, entre outras consequências.

Caso houvesse realizado tais condutas, teria satisfeito seu dever e sequer responderia pelos fatos, ainda que o resultado lesivo viesse a se concretizar em função da conduta principal. No entanto, ao omitir a ação devida e esperada para satisfação de seu dever acessório, manifesta-se o desvalor de sua omissão indiretamente no resultado, por meio das condutas omissivas principais da médica ou, caso informados, dos pais de não conduzirem o bebê para o hospital. Assim, satisfeitos os demais pressupostos do delito, a enfermeira poderá ser responsabilizada por participação omissiva imprópria em delito de lesão corporal de natureza grave, da qual resulta perigo para a vida e debilidade permanente de membro, sentido ou função (arts. 29 e 31 c/c art. 129, § 1º, II e III, todos do CP, pena de um a cinco anos, sujeita a uma diminuição de 1/6 a 1/3).

CONCLUSÃO

A pesquisa buscava responder às seguintes questões, apresentadas na introdução: O conjunto de indagações culmina no seguinte problema: seria possível diferenciar as formas de autoria e participação entre garantidores omitentes? Se sim, sob quais critérios?

Para responder a essas indagações, a pesquisa foi desenvolvida pela definição das premissas conceituais e metodológicas no primeiro capítulo, a apresentação das razões para a diferenciação entre autores e partícipes na omissão no segundo e um panorama das propostas de solução para o problema no capítulo seguinte. Essa aproximação ao tema permitiu concluir, no quarto capítulo, que é possível diferenciar garantidores autores e partícipes, a partir de um critério normativo, que toma por referência a natureza principal ou acessória do dever especial, à luz do princípio da equivalência, para a identificação das formas de concurso. De modo sumário:

1. O ordenamento jurídico-penal brasileiro não é refratário à diferenciação entre as formas de concurso para o delito e, ademais, impõe a diferenciação entre autores e partícipes, em observância aos princípios que o regem;

2. O princípio da legalidade demanda uma leitura restritiva dos tipos penais, delimitada pelo sentido literal possível dos termos empregados na descrição típica. Tentar abranger condutas principais e acessórias sob um mesmo tipo penal requer a dissolução de seus limites, para que passe a abranger condutas que não se amoldam *per se* na sua descrição, violando a legalidade penal;

3. O princípio da igualdade impõe o tratamento desigual de condutas desiguais, com a devida fundamentação e justificação racional para a sua punibilidade, não sendo admissível ignorar as diferenças qualitativas de comportamentos principais e acessórios;

4. O princípio da proporcionalidade, enquanto aplicação de penas de modo proporcional ao injusto cometido, impõe a justa e racional distribuição de penas entre os concorrentes, sem que sejam sobrevaloradas as contribuições acessórias como se principais fossem;

5. Diante das razões apresentadas, voltando a análise para a legislação brasileira, verifica-se que a conduta que fundamenta a autoria direta se subsume diretamente aos tipos penais que descrevem os crimes em espécie;

6. Para além da realização da descrição típica, o ordenamento jurídico captou também o fenômeno coletivo ao estabelecer a punibilidade de comportamentos acessórios, equacionando espaços de liberdade, necessidade preventiva e proporcionalidade. Para a criminalização da participação, o ordenamento utiliza cláusulas gerais de extensão da punibilidade como técnica legislativa simplificadora;

7. Assim, estabelece na Parte Geral do Código Penal a responsabilidade, na medida da culpabilidade, daqueles que concorrem para o crime (art. 29 do CP), firmando um rol taxativo de formas de concurso e expressamente condicionando a sua punibilidade ao início da execução pelo autor (art. 31 do CP), momento em que o risco da participação passa, de fato, a se manifestar. Esses dispositivos combinam-se com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie, conformando o injusto autônomo da participação;

8. Enquanto os tipos penais que descrevem os crimes em espécie e que têm o autor por destinatário criminalizam ataques diretos ou principais aos bens jurídicos (e.g. ação de esfaquear + resultado morte), o tipo penal da participação criminaliza o ataque

indireto ou acessório aos bens jurídicos, o qual somente manifesta sua ofensividade no resultado através da realização do fato principal pelo autor (e.g. ação de auxiliar emprestando a faca + resultado direto do auxílio na realização do fato principal + resultado indireto morte);

9. A compreensão da participação como um injusto autônomo amolda-se a um sistema diferenciador das formas de concurso de pessoas, que leva a sério os princípios de Direito Penal, permitindo fundamentar e estabelecer os limites da participação;

10. Reconhecer o injusto autônomo da participação coloca ainda em evidência o fundamento da punibilidade da participação como uma extensão da responsabilidade penal a comportamentos acessórios, que se manifestam como um ataque autônomo a bens jurídicos;

11. O fundamento deontológico para tal responsabilidade é o injusto autônomo da participação, conformado a partir da combinação de cláusulas gerais com os tipos penais que descrevem crimes em espécie, estabelecendo-se, assim, a proibição de concorrer na forma da participação;

12. Embora a participação não se subsuma aos tipos que descrevem os crimes em espécie, amolda-se ao tipo penal da participação, tendo seu próprio e autônomo fundamento deontológico.

13. Com isso, leva-se a sério o princípio da legalidade, empreendendo uma leitura restritiva dos tipos penais, que compreende os limites dos tipos a partir do sentido literal possível extraído da descrição de comportamentos. Evidencia, ainda, os limites estabelecidos pela norma também para as figuras acessórias, as quais, mais que simplesmente causais para um resultado, devem expressar-se como comportamentos de auxílio e instigação para satisfazerem a descrição legal de seus respectivos injustos;

14. A partir do fundamento autônomo para a punibilidade da participação, torna-se possível justificar racionalmente a criminalização de tais comportamentos e a responsabilização do partícipe. Respeita-se as diferenças qualitativas da autoria e da participação, permitindo uma aplicação mais justa de penas, proporcionais ao injusto.

15. As razões que fundamentam a adoção do tratamento diferenciador das formas de concurso nos crimes comissivos — assegurar a legalidade, a igualdade, a proporcionalidade e a racionalidade prática do ordenamento — aplicam-se também aos crimes omissivos impróprios;

16. No plano dos delitos omissivos, o tratamento unitário agudiza problemas que a dogmática há décadas vem evidenciando nas discussões sobre os crimes comissivos: enseja a dissolução das margens dos tipos penais, alargados para fazer caber sob sua descrição os mais diversos comportamentos — comissivos, omissivos e acessórios — e, com isso, deixando de exercer sua função de garantia; a sobrevaloração do aporte do partícipe, elevado à condição de autor, em violação ao princípio da igualdade, uma vez que comportamentos distintos recebem um mesmo tratamento, e da proporcionalidade, na medida em que intervenientes que contribuíram de modo diverso para o fato passam a receber a mesma pena;

17. O tratamento unitário no âmbito da omissão ensejaria ainda um particular problema: ao considerar a participação como a criação de um risco, a omissão subsequente em impedir que esse risco se realize no resultado fundamentaria então uma posição de garantidor do partícipe por ingerência, elevando-o a autor caso não se considere a omissão subsequente como participação, e, portanto, subsidiária ao delito comissivo;

18. Partindo da norma, é possível, com um estudo analítico do auxílio, avançar em busca de um critério diagnóstico para identificar a participação omissiva imprópria, ou seja, a forma omissiva de intervir no delito equivalente ao auxílio comissivo e não à autoria comissiva;

19. O estudo analítico do auxílio comissivo permite melhor compreensão do fenômeno coletivo e sua peculiaridade dogmática: a manifestação do risco proibido do partícipe no resultado ocorre por meio da ação ou omissão de terceiro autorresponsável;

20. Transpondo esse raciocínio para o plano da omissão, em busca de estabelecer a participação omissiva equivalente à participação comissiva, é possível então identificar os fundamentos e limites desse injusto;

21. De um ponto de vista normológico, a participação omissiva imprópria é determinada pela combinação entre as cláusulas gerais referentes à omissão e à participação (art. 13, §2º, do CP c/c arts. 29 e 31 do CP) com os artigos que estabelecem os crimes em espécie;

22. Assim configura-se a forma acessória da omissão imprópria, um tipo penal caracterizado por um dever especial acessório (indireto), o qual determina um dever de agir para impedir o resultado compreendido numa perspectiva coletiva, de modo que o

desvalor da omissão se manifesta no resultado a partir da ação ou omissão de um terceiro autorresponsável;

23. O critério diagnóstico distintivo que autoriza identificar a omissão equivalente à participação comissiva é, portanto, a acessoriedade do dever, verificada pela manifestação indireta do desvalor da omissão do garantidor no resultado;

24. A autoria nos crimes comissivos consiste na realização do comportamento descrito no tipo que descreve um crime em espécie. Nos crimes omissivos impróprios, consiste na omissão do comportamento devido, quando o indivíduo podia e devia impedir o resultado, omissão essa equivalente à realização do crime na forma comissiva. A autoria omissiva imprópria é equivalente à autoria comissiva quando o dever do garantidor for um dever especial direto ou principal. A violação de deveres principais manifesta-se diretamente no resultado;

25. A participação nos crimes comissivos consiste no concurso para a realização de determinado comportamento descrito no tipo, na forma do auxílio ou da instigação. A participação nos crimes omissivos impróprios consiste em omitir o comportamento devido, quando o indivíduo podia e devia impedir o resultado, omissão essa equivalente à participação comissiva. A participação omissiva imprópria é equivalente à participação comissiva no delito quando o dever do garantidor for um dever especial acessório ou indireto. A violação de deveres acessórios manifesta-se indiretamente no resultado, perpassando esfera de responsabilidade de terceiro autorresponsável;

26. O critério permite diferenciar garantidores partícipes tanto no exercício de funções de vigilância quanto de proteção, uma vez que o que determina a forma de concurso não é o grupo do dever de garantidor (proteção ou vigilância), mas sim sua natureza principal ou acessória;

27. Seja na autoria ou na participação, os deveres do garantidor que fundamentam a responsabilidade penal por omissão imprópria são genuínos deveres especiais, ou seja, deveres de agir para impedir o resultado, com os quais não se confundem deveres objetivos de cuidado, deveres de asseguramento ou deveres instrumentais;

28. Tampouco se deve confundir poder e dever. Não é a possibilidade do indivíduo de agir no caso concreto e de evitar o resultado o que determina sua responsabilidade e muito menos a forma de concurso. Para ser responsabilizado, o

indivíduo deve estar em uma posição de garantidor e, portanto, vinculado por um dever especial. É a natureza desse dever — principal ou acessória — o que irá determinar se o omitente garantidor é autor ou partícipe;

29. Para a punibilidade da participação omissiva imprópria devem ser satisfeitos todos os pressupostos do injusto, destacando-se os requisitos para a verificação da tipicidade objetiva: i) situação típica de perigo; ii) resultado lesivo; iii) dever acessório (indireto) de garantidor; iv) omissão da conduta determinada e exigida como condição do resultado; v) capacidade fático-real de agir; vi) nexo causal; e vii) imputação objetiva;

30. Interessante observar, por fim, que, na busca por um critério diferenciador da participação na omissão, chega-se a uma definição de participação que alcança os crimes comissivos, como um primeiro passo para contribuir com a construção de um conceito geral e positivo de participação independente do conceito de autoria, ou seja, que não se resume a um consectário negativo da autoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Da participação de menor importância: uma investigação sobre os parâmetros de aplicabilidade do §1º do art. 29 do Código Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

AGUILAR, Francisco. *Estudos sobre cumplicidade destacados da tese*. Lisboa: AAFDL, 2016.

ALEMANHA. *StGB. Ausfertigungsdatum: 15.05.1871, zuletzt geändert durch Art. 12 G v. 27.3.2024 I Nr. 109*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira: considerações sobre a APN 470 do STF*. *Revista Eletrônica de Direito Penal - AIDP*, a. 2, v. 2, nº 2, p.138-164, dez. 2014;

ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. Oxford: Hart, 2013.

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO; José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Conduccta precedente y posición de garante en el derecho penal*. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXIII, Fasc. I, p. 35-48, jan.-abr. 1970.

BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa: a responsabilidade penal dos diretores empresariais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BÄRWINKEL, Richard. *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechtendelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BATISTA, Nilo. *Maus tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas: o caso da Clínica Santa Genoveva*. *RBCCrim*, p. 271-291, v. 10, nº 38, abr.-jun. 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 01-31, v. 21, nº 41, p. 24 e ss.

BECKSCHÄFER, Sebastian. *Die Strafraumenmilderung beim Begehen durch Unterlassen: zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 2012.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 171-206.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. V. II. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

BEULKE, Werner. Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung. In: GEISLER, Claudius; KRAATZ, Erik; KRETSCHMER, Joachim; SCHNEIDER, Hartmut; SOWADA, Christoph (org.). *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 23-42.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIERRENBACH, Sheila A. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade. *Revista jurídica*, a. 50, nº 293, pp. 29/ mar. 2002.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a responsabilidade do tema na teoria do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BLASSL, Johannes Sebastian. *Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten: Zugleich ein systematisierender Beitrag zu rechtssichernden Organisationspflichten und zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2017.

BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

BOCK, Dennis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 2018

BOLEA BARDON, Carolina. La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad. *InDret*, Barcelona, nº 4, out. 2018;

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. *RBCCrim*, nº 171, a. 28, p. 131-151, set. 2020.

BOTTKE, Winfried. Criminalidad económica y derecho criminal económico em la República Federal de Alemania. *Revista Penal*, nº 4, p. 21-29, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. *Resolução COFEN nº 564/2017*. Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem. Brasília, 06 de novembro de 2017.

BRASIL. STF. Segunda Turma. *AP 975*. Relator Ministro Edson Fachin. J. 03/10/2017, P. DJe-040 02/03/2018.

BRASIL. STF. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 89.671-5/RJ. Rel. Min. Eros Grau. J. 28/11/2006. D.J. 16/02/2007.

BRASIL. STJ. *REsp 1982190/DF*. Decisão monocrática Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1). J. 15/08/2022. DJe 29/08/2022.

BRASIL. STJ. Sétima Turma. *Habeas Corpus nº 68.871/PR*. J. 06/08/2009. P. 05/10/2009.

BRASIL. STJ. Sexta Turma. *Recurso Especial 1.854.893-SP*. Min. Rel. Rogério Schietti Cruz. Julgamento realizado em 08/09/2020. DJe 14/09/2020.

BRASIL. TJDF. 1ª Vara Criminal de Taguatinga. *Ação Penal autos nº 2015.07.1.0012554-2*. Juiz de Direito Tiago Fontes Moretto. J. 25/01/2019.

BRASIL. TJDF. 2ª Turma Criminal. *Apelação criminal n. 0012319-85.2015.8.07.0007*. Des. Rel. Roberval Casemiro Belinati. J. 11/03/2021.

BRASIL. TJMG. 3ª Unidade Jurisdicional de Divinópolis. *Ação Penal autos n.º 0070468-69.2017.8.13.0223*. Juíza de Direito Maria Jacira Ramos e Silva. J. 11/03/2021. P. 03/11/21.

BRASIL. TRF-1. 1ª Vara da Subseção Judiciária de Ponte Nova. *Processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. Juiz Federal Jacques de Queiroz Ferreira. J. 20/09/2019. p. 37.

BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

BRITO, Alexis Couto de; MORAIS, João Victor Macêdo de. A omissão imprópria nos tribunais superiores. In: BRITO, Alexis Couto de; MARTINS, Fernanda Rocha (org.). *A dogmática penal e os tribunais superiores*. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 109-120.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da Norma Penal Incriminadora. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Criminologia UFRGS*, v. 3, p. 22-37, 2015.

BRUM, Bárbara Bremenkamp; AMORIM, Carmelita Minelio da Silva; ROCHA, Lúcia Helena Peyeroton da. Verbos de ação resultativa em contexto de uso. *Linguagem em (Re)vista*, v. 10, nº 19. Niterói, p. 160-179, jan.-jun./2015.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: parte geral*. T. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, nº 17, p. 175-208, jul./dez. 2017.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A causalidade e o conceito de auxílio na discussão sobre as ações neutras. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR., José Roberto (org.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020. p. 107-114.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial. *RBCCrim*, v. 102, p. 365-393, maio-jun., 2013.

CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120º)*. v. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRARA, Francisco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado en la fuerza física del delito*. Trad. D. Vicente Romero Giron. Madrid: F. Góngora y Compañia, 1877.

CARUSO, Tiago. Por que é tão difícil imputar responsabilidade penal nos casos de direito penal econômico? In: MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac Silveira da; CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (org.). *O empresário no banco dos réus: responsabilidade civil administrativa e penal na atividade empresarial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 77-133.

CARVALHO, Érika Mendes de. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el código español. *Revista de derecho penal y criminología*, Espanha. nº 17, 2006.

CAVALIERE, Antonio. La disciplina del concorso di persone. In: FIORE, Carlo; MOCCIA, Sergio; CAVALIERE, Antonio (org.). *Quale riforma del codice penale?* Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 251-285.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Montevideo: D de F Ltda, 2005.

CUNHA LUNA, Everardo da. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 20, nº 80, p.125-136, out./dez., 1983.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARRTÍN, Adán (org.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EIDAM, Gerd. *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

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

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de gestores e REsp 1.854.893: comentários à decisão do STJ – o vício de denúncias em que falta a descrição de uma ação ou omissão de dirigentes. *JOTA – Penal em Foco*. 23/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/responsabilidade-penal-de-gestores-e-resp-1-854-893-comentarios-a-decisao-do-stj-23112020>. Acesso em: 7 set. 2021.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas. *REC*, nº 72, v. 18, pp. 53-82, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Revista de derecho penal y criminología*: Espanha. 1 extraordinario, 2ª época, p. 93-138, 2000.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquencia no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*: parte generale. 5ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2008.

FIDALGO, Sónia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* (CIADS), v. 9 nº 1, jan./mar. 2020.

FIDALGO, Sónia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina – Direito Penal e Criminologia*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 219-234.

FILGUEIRAS, Maria Luíza. Escândalo da Petrobras põe os auditores na berlinda. *Exame*, v. 3, mar. 2015. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/dava-pra-pegar/> Acesso em: 31 mar. 2021.

FISCHER, Johannes. *Die Garantenstellung aus Ingerenz*: Untersuchungen zur Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts, § 13 StGB. Berlin: Logos. 2022.

FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do compliance officer no direito brasileiro*: funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. Comentários ao art. 29 do Código Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. V. I. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREUND, Georg. *Erfolgsdelikt und Unterlassen*: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe. Berlin: Carl Heymann, 1992.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. *Strafrecht*: examenswissen, examenstraining. München: Franz Vahlen, 2022.

GALLAS, Wilhelm. Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung.” *JZ*, v. 15, nº 22, p. 686–692, 1960. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20806048>. Acesso em: 12 dez. 2023.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte especial – crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte, D’Plácido, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 14ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*. Pisa: Pisa University Press, 2022.

GOMES, Luiz Flavio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950> Acesso em 17 jul. 2024.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, nº 49, a. 12, p. 89-147, jul.-ago. 2004. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/88858>. Acesso em: 17 jul. 2024.

GRECO, Luís. Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal. *RBCCrim*, v. 95, p. 43–84, mar./abr. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/79836>. Acesso em 17 jul. 2024

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luis. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. *En Letra: Derecho Penal*, a. I, nº 2, p. 1-5, 2016.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato* (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luis. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro*

estudos. Organização e tradução de Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *ZIS*, 7-8, p. 386-393, 2015.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação. *RICP*, Belo Horizonte, v. 7, nº 1, p. 131-158, 2022.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais: RT*, v. 102, nº 933, p. 61-92, 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78655>. Acesso em: 8 jul. 2024.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83 e ss.

HAAS, Volker. Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, 5, p. 392-397, 2011.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HERBERTZ, Lara. *Die Ingerenz: eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus. Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen. *ZStW*, 118, heft 3, 2008.

HÖRNLE, Tatjana. Pena sem censura de culpabilidade: um apelo por mudanças na teoria do delito. In: HÖRNLE, Tatjana. *Dois estudos: teorias da pena e culpabilidade*. Organização de: Tatiana Stoco. Trad. Tatiana Stoco e Silvio Leite Guimarães Neto. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 69-146.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (org.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Arts. 11 a 27. V. I. T. II. 2ºed.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal. V. I. T II. 5ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ITALIA. Codice Penale. *Testo del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398 aggiornato alla L. 21 febbraio 2024, n. 14.* Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>. Acesso em: 28 ag. 2024.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (org.) *Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)*. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002, p.03-33.

JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (org.) *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito penal*. Trad. Pablo rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* Lehrbuch. 2ª ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang; JÄGER, Christian. *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*. 12ª ed. München: C.H. Beck, 2018.

KANG, Jihyun. *Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2015.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KIELWEIN, G. Unterlassung und Teilnahme. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, R. V. Decker's Verlag, Hamburg, 1955.

KINDHÄUSER, Urs. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática? Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *RBCCrim*, v. 155, p. 213/225, mai. 2019.

KINDHÄUSER, Urs. A lógica de construção do delito. In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. Organização de Beatriz Corrêa Camargo; Inês Godinho; Bruno de Oliveira Moura. São Paulo: Marcial Pons, 2020. pp.73-85.

KINDHÄUSER, Urs. A acessoriedade limitada da participação. In: KINDHÄUSER, Urs. *Dogmática penal no Estado Democrático de Direito*. Organização de Beatriz Corrêa Camargo; Inês Godinho; Bruno de Oliveira Moura. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 171-189.

KINDHÄUSER, Urs. Cuestiones fundamentales de la coautoría. *Revista Penal*, nº 11, p. 53-70, jan. 2003.

KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal. Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. *RBCCrim*, nº 108, p. 127-148, 2014.

KONU, Metin. *Die Garantenstellung des Compliance-Officers: Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2003.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *RBCCrim*, v. 22, nº 106, p. 47-90, jan./fev., 2014.

LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Trad. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

LI, Yao. Beteiligungs durch unterlassen. In: STAM, Fabian; WERKMEISTER, Andreas (ed.). *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

LOPEZ PEREGRIN, Maria del Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 332 e ss.

LÜDERSSEN, Klaus. Der Typus des Teilnehmertatbestandes. In: KÜHNE, Hans-Heiner (org). *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 449-464.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, 2017.

MAÑALICH R., Juan Pablo. Omisión del garante e intervención delictiva: una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, a. 21, nº 2, p. 225-276, 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo. Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. *RBCCrim*, v. 163, 2020.

MAÑALICH. Juan Pablo. ¿Presupone la applicatio legis ad factum una imputatio facti? *CRIMINT – Revista en Letra Derecho Penal, Enfoques penales*, p. 22-26, Mar. 2018.

MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales em la ejecución de tareas en grupo. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p.02-23, abr. 2007.

MARAVÉ GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 2007. 484 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007.

MARAVÉ GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Civitas, 2009.

MARÇAL, Victor Souza. *Da participação culposa no Direito Penal Brasileiro*. 2020. 287 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/32830>. Acesso em: 18 fev. 2024.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS-COSTA, Antônio. Considerações sobre a omissão imprópria e a responsabilidade penal por ingerência. In: CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (org.). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, 43-72.

MARTINS-COSTA, Judith. A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. *Católica Law Review*, v. IV, n. 2, p. 65-98, mai. 2020.

MELLO, Anísio. *Estórias e Lendas de Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro*. Itacema, 1997.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MITTELSDORF, Kathleen. Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern. *ZIS*, nº 3, p. 123-128, 2011. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_3_536.pdf. Acesso em 20 jul. 2024.

MONTIEL, Juan Pablo. ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal? *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, p. 01-29, out. 2014. Disponível em: <https://indret.com/existen-las-obliegenheiten-en-el-derecho-penal/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

MOSENHEUER, Andreas, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

MOURA, Bruno de Oliveira. *A conduta prévia e a culpa na comparticipação: a distinção entre autoria mediata e instigação a partir de um conceito restritivo de facto*. Lisboa: Âncora Editora, 2022.

MOURA, Bruno de Oliveira. A instigação por omissão. In: ALVES, Catarina Abregão, et al. (org.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. V. I. Lisboa: AAFDL, 2022. p. 346-347.

MOURA, Bruno de Oliveira. Regras de condita e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no direito penal. *REC*, Porto Alegre, v. 18, nº 75, p. 81-106, 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/137589>. Acesso em 17 jul. 2024.

MUNHOZ NETO, Alcides. Crimes omissivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 20, p. 71-103, 1981. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8860>. Acesso em 17 jul. 2024.

NAPOLITANO, Giovanni. Condizione obiettiva di punibilità. *Annali di Diritto e Procedura Penale*. v. 6, 1937. p. 113-120.

NITZE, Paul. *Die Bedeutung der Entsprechenklausel beim Begehen durch Unterlassen (§13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

NOLL, Mathias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120 do Código Penal). v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

OTTO, Harro. La complicitad por omisión. *En Letra: Derecho Penal*, a. III, n. 5, p. 188-205, 2017.

PARADISSIS, Alexander. *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

PEÑARADA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (org.). *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 165-202.

PENARADA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2015.

PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. v. 13, nº 23, p. 47-100, 2014.

PIERANGELI, José Henrique. O concurso de pessoas e o novo código penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp. 37-72.

PORTUGAL. Código Penal. *Decreto-Lei n.º 48/95*. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PUPPE, Ingeborg. Jedem nach seiner Schuld: die Akzessorietät und ihre Limitierung. *ZStW*, nº 120, caderno 3, p. 504-525, 2008. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ZSTW.2008.504/html?lang=de>. Acesso em 17 jul. 2024.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *RBCCrim*, v. 143, p. 45-86, mai. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/121412>. Acesso em: 17 jul. 2024.

RENIKOWSKI, Joachim. Autoría y participación en los delitos impropios de omisión. *Revista de Derecho Penal*, nº 2, p. 209-238, 2017.

RENIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RENIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

RISICATO, Lucia. *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato: contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissão a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995.

RISICATO, Lucia. Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca: una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 45, p. 282-307, 2002.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018. pp. 23-42.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROTSCH, Thomas. Contra el deber de garante del encargado de cumplimiento. In: ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, derecho penal económico y compliance: artículos de*

dos décadas. Organização de Jaime Winter Etcheberry e Ínigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 301-318

ROTSCH, Thomas. Entscheidungsbesprechung zu BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08. *ZJS*, nº 6, p. 712-718, 2009. Disponível em https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_6_258.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. *Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal*. Lima: ARA Editores, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la prohibición de regreso. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, nº 6, v. 3, 1997.

ROXIN, Claus. Pflichtdelikte und Tathertschaft. In: HEFENDEHL, Roland; HÖRNLE, Tatjana; GRECO, Luis (eds.). *Festschrift Für Bernd Schünemann Zum 70. Geburtstag Am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, Inc., 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Munoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. Problemas de causalidade intermediada psiquicamente. In. ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização de Alaor Leite. Trad. Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. Trad. Adriano Teixeira e Alaor Leite. *RBCCrim*, nº 112, v. 23, 2015.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Causalidade da Omissão Imprópria*. São Paulo: Almedina, 2023.

SAAGE-MAAß, Miriam. Ahndung wirtschaftsverstärkter Kriminalität — Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern? *Neue Kriminalpolitik*, 2014, v. 26, nº 3, p. 228-241, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. *La libertad del Derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 48, Fasc./Mes 1, p. 187-264, 1995.

SANCINETTI, Marcelo A. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito próprio de participar em el hecho ajeno.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SANTIN, Janice. *Dever de esclarecimento médico no Direito Penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral.* 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Mathias Oliveira Campos. *Da autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade de empresa.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 257, 2021.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa.* São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHILHA, Ralph. *Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Antiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung.* Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

SCHIRMER, Gabriela. *Concurso de pessoas: imputação e vínculo subjetivo na coautoria.* Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil: Lehrbuch.* Tübingen: Mohr, 1970.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 29ª ed. München: C.H. Beck, 2014.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen.* Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 41, nº 2, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte? *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 164, nº 12, p. 678-688, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (org.) *Fundamentos de la dogmática penal y*

la política criminal (ontologismo y normativismo). México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002.

SCHÜNNEMANN, Bernd. O chamado conceito unitário de autoria em direito penal: crítica de um monstro dogmático. Trad. Adriano Teixeira. *RICP*, Belo Horizonte, v. 8, nº 1, p. 1–15, 2023.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Organização de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. § 25. Rn. 235, In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (ed.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021.

SCHÜNNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Vor §§ 26, 27. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (ed.). *Leipziger Kommentar StGB*. Berlin: De Gruyter, 2021.

SCHWAB, Hans-Jörg. *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*. Berlin: Peter Lang, 1996.

SEC Charges KPMG and Four KPMG Partners With Fraud in Connection With Audits of Xerox; SEC Seeks Injunction, Disgorgement and Penalties. U.S. Securities and Exchange Commission. 29/01/2003. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press/2003-16.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SEELMANN, Kurt. ¿Deberes de Garante fundamentados en el derecho privado? In: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Organização de Juan Pablo Montiel. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 117-132.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2ª ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flavia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SMITH, Patricia. Bad samaritans, acts and omissions. In: FREY, R. G.; WELLMAN, Christopher Heath (ed.). *A companion to applied ethics*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

SOARES, Rafael Santos. A distorção de teorias penais e seus efeitos relativizadores da presunção de inocência. In: PINTO, Felipe Martins (org.). *Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *RBCCrim*, a. 21, nº 105, p. 59-93, nov.-dez. 2013.

SOWADA, Christoph. Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt. *Jura*, caderno 8, p. 399-410, 1986.

SPECTOR, Horacio. The moral Asymmetry between acts and omissions. In: KESSLER, Ferzan; MORSE, Stephen J. (org.). *Legal, Moral and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 117-132.

SPRING, Patrick. *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung: Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009.

STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

STOCO, Tatiana de Oliveira. A pena na medida da culpabilidade. *RICP*, v. 5, p. 115-138, dez. – mai. 2020.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general I – el hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

STRATENWERTH, Günter. KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: die Straftat*. 5ª ed. Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 2004.

STRATENWERTH, Günther. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht. In: GALLAS, Wilhelm; BOCKELMANN, Paul (org.). *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Scientia Verlag Aalen, 1961.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOYOTA, Motoko. Beteiligung bei Unterlassungsdleikten. *Ritsumeiken Law Review*, nº 28, jun. 2011.

TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *Arthur Andersen LLP v. United States*, n. 04-368 (United States, 544 U.S. 696 (2005)). Syllabus. Data do julgamento: 31/05/2005. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/04-368P.ZS> Acesso em: 31 mar. 2021.

UWE, Hellman. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5ª ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018.

VACCHELLI, Ezequiel. *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*. Barcelona: Atelier, 2020.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2.ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

VON WRIGHT, Georg Henrik. Ought to be – Ought to do. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; KRAWIETZ, Werner; VON WRIGHT, Georg Henrik; ZIMMERLING, Ruth (org.). *Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

WAGNER, Markus. Entscheidungsbesprechung BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/211; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/222: Gefährliche Körperverletzung beim gemeinsamen Unterlassen. *ZJS.*, nº 6, p.1414-1427, 2023. Disponível em: http://forum-iuridicum.com/dat/artikel/2023_6_1814.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

WEEZEL, Alex van. Intervención delictiva y garantismo penal: a la memoria de Juan Bustos Ramírez. *ZIS*, nº 8, p.432-445, 2009.

WEIGEND, Thomas. § 13: Begehen durch Unterlassen. In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-van, RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus (ed.). *Leipziger Kommentar StGB Online*. Berlim: De Gruyter, 2020. Disponível em: https://www.degruyter.com/database/LKO/entry/LKO_01_13_v2/html. Acesso em: 27 out. 2022. Num. 95.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal: parte general – el delicto y su estructura*. Trad. Raúl Pariona Arana. Breña: Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. Trad. Rafael Fagundes. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, a. 15, nº 17-18, p. 39-46, 2011.

ZONTA, Fernando de Oliveira. *A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.