PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Glaison Lima Rodrigues

**A INTRANSCENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMO LIMITE DA
IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS**

Belo Horizonte

2024

Glaison Lima Rodrigues

**A INTRANSCENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMO LIMITE DA
IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Viana Pereira

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R696i Rodrigues, Glaison Lima
A intranscendência da responsabilidade criminal como limite da imputação penal nos crimes econômicos / Glaison Lima Rodrigues. Belo Horizonte, 2024. 204 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Princípio da personalidade ou intransmissibilidade da pena - Brasil. 2. Direito penal econômico - Brasil. 3. Responsabilidade penal. 4. Pessoa jurídica - responsabilidade penal. 5. Conduta omissiva - Brasil. 6. Culpa (direito penal) - Brasil. 7. Dolo (direito penal) - Brasil. 8. Princípio da individualização da pena. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.53

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Glaison Lima Rodrigues

**A INTRANSCENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMO LIMITE DA
IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (Orientador) – PUC-Minas

Profa. Dra. Klelia Canabrava Aleixo (Banca Examinadora) – PUC-Minas

Prof. Dr. Henrique Abi-Ackel Torres (Banca Examinadora) – Faculdade Milton Campos

Profa. Dra. Daniela Moreira de Souza (Banca Examinadora) – UNIFEMM

Prof. Dr. José de Assis Santiago Neto (Suplente) – PUC-Minas

Belo Horizonte/MG, 17 de dezembro de 2024.

*À minha querida esposa Jéssica, à minha filha Liz Antonella e à nossa bebê que está a caminho, por serem meus alicerces e minhas inspirações de vida.
Que privilégio existir ao lado de vocês e encontrar a paz, a sobriedade e a sabedoria para enfrentar os mais diversos obstáculos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, em especial à Universidade que se tornou minha segunda casa desde a graduação. Os senhores, doutores em Direito e gigantes do saber nos inspiram pela mais profunda dedicação ao estudo realizado de forma séria e constante. Seus ensinamentos nas mais diversas áreas do direito foram e permanecem sendo essenciais na transmissão dos mais valiosos e profundos saberes que pude absorver em minha caminhada acadêmica. Agradeço à CAPES pelo apoio e incentivo durante toda a realização da presente pesquisa.

Agradeço especialmente ao meu orientador Professor Doutor Henrique Viana Pereira. És um exemplo de profissional acadêmico e na prática advocatícia, reconhecido nos mais diversos matizes do saber jurídico. O incentivo para o estudo do tema objeto desta tese, o apoio incondicional à pesquisa e o direcionamento realizado foram cruciais para que eu pudesse avançar na escrita e concluir esta etapa acadêmica.

Aos colegas desta árdua e gratificante jornada dos estudos, sou grato pela constante e profunda troca de experiências e conhecimentos, em especial os alunos da linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas.

Também sou grato aos tantos amantes do conhecimento com os quais tive a honra de partilhar inúmeras conversas, debates e ideias dos mais diversos temas que foram e continuam sendo imprescindíveis na minha diuturna e constante formação. Saibam que não há distância que vença a sintonia, o apoio mútuo e a identidade de propósitos que temos em comum.

Por fim, e não menos importante, agradeço à minha família, especialmente aos meus pais, irmãos, cunhados e sobrinhos pelo apoio e incentivo incondicionais na vida e nos estudos. Agradecimento especial à minha sobrinha Larissa Lauane, que tão brilhantemente segue os trilhos da pesquisa acadêmica em Direito.

A todos vocês, nossas distâncias físicas nunca foram obstáculos para a intensidade com que partilhamos nossas dificuldades, superações, alegrias e sucessos.

*A pena legal é semelhante a um vestido
feito que o juiz, até certo ponto, pode
encurtar ou alongar, alargar ou estreitar;
mas fora disso, quem deve vesti-lo
prefere se acomodar a ir mal vestido.
(Carnelutti, 2015, p. 113).*

RESUMO

Os estudos desenvolvidos na presente tese tiveram por fim promover uma incursão teórica na base principiológica do Direito Penal, com destaque para o princípio que nominamos de intranscendência da responsabilidade criminal. As temáticas foram direcionadas para a análise da incidência do referido princípio e suas espécies como limites da imputação penal, com foco nas condutas omissivas impróprias dos crimes econômicos. As principais características do elemento subjetivo doloso foram apresentadas com o fim de estabelecer coerência dogmática, afastando-se as presunções de dolo e importações acríticas de teorias alicerçadas no *common law*. Aferidos os bens jurídicos sob proteção do Direito Penal Econômico, a pesquisa direciona-se à análise da possibilidade jurídica de se imputar a responsabilidade criminal aos dirigentes de empresas por suposta conduta omissiva imprópria. Nesse sentido, busca-se fundamentar o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal para se investigar a possibilidade de incidência deste princípio no sentido de afastar imputações penais. A estrutura e a essência dos crimes omissivos impróprios foram apresentadas de forma a permitir uma construção coerente da tese, explanando sobre o nexo de evitação necessário entre a inação do garantidor e o resultado de sua conduta. Foram realizados apontamentos sobre o dolo indireto eventual e a nominada “cegueira deliberada”, demonstrando a dissociação da base teórica e as possibilidades de imputação penal que, por vezes, apenas se sustentam na ânsia punitiva estatal, em oposição à segurança jurídica enunciada pelos axiomas do garantismo penal encampados pela Constituição Federal. Acrescente-se, ainda, que a pesquisa busca a estruturação do princípio que nominamos de intranscendência da responsabilidade criminal, tratando-se de um gênero cujas espécies são o princípio da intranscendência da conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas. A finalidade é aferir se por meio desses princípios é possível limitar a responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas em crimes omissivos.

Palavras-chave: Intranscendência da responsabilidade criminal; Omissão imprópria; Imputação penal; Crimes econômicos.

ABSTRACT

The studies developed in this thesis aimed to promote a theoretical incursion into the principled basis of Criminal Law, with emphasis on the principle we call intranscendence of criminal responsibility. The studies were aimed at analyzing the incidence of the aforementioned principle and its types as limits of criminal imputation, with a focus on inappropriate omissive conduct in economic crimes. The main characteristics of the subjective element of intent were presented with the aim of establishing dogmatic coherence, removing presumptions of intent and uncritical imports of theories based on common law. Once the legal assets under the protection of economic criminal law have been assessed, the research aims to analyze the legal possibility of attributing criminal liability to company directors for alleged improper omissive conduct. In this sense, we seek to substantiate the principle of intranscendence of criminal responsibility to investigate the possibility of this principle being applied in order to rule out criminal charges. The structure and essence of improper omission crimes were presented in a way that allowed a coherent construction of the thesis, explaining the necessary avoidance link between the guarantor's inaction and the result of his conduct. Notes were made on possible indirect intent and the so-called "deliberate blindness", demonstrating the dissociation of the theoretical basis and the possibilities of criminal imputation that, sometimes, are only sustained by the state's punitive desire, as opposed to the legal certainty enunciated by the axioms of the criminal guarantee covered by the Federal Constitution. Furthermore, the research seeks to structure the principle that we call intranscendence of criminal responsibility, in the case of a genre whose species are the principle of intranscendence of criminal conduct and the principle of intranscendence of penalties. The purpose is to assess whether, through these principles, it is possible to limit the criminal liability of company directors and managers for omission crimes.

Keywords: Intranscendence of criminal responsibility; Improper omission; Criminal imputation; Economic crimes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
Inc.	Inciso
Ltda.	Sociedade Limitada
Par.	Parágrafo
PIC	Procedimento Investigatório Criminal
S/A	Sociedade Anônima
Seç.	Seção
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Subt.	Subtítulo
Tít.	Título

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 OS CRIMES ECONÔMICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
2.1 Opção da pesquisa pela expressão “crimes econômicos”	17
2.2 A empresa, o empresário, o estabelecimento empresarial e a pessoa jurídica - definições introdutórias.....	19
2.3 A proteção do bem jurídico no Direito Penal Econômico.....	21
2.4 A sociedade do risco e a expansão do Direito Penal para a proteção de interesses econômicos.....	26
2.5 Os crimes econômicos na legislação penal brasileira.....	30
2.6 A responsabilidade penal dos dirigentes e gestores de empresas	33
2.7 O limbo existente entre o dolo eventual e a culpa consciente.....	36
2.8 Direito Penal como <i>ultima ratio</i> : a presunção da conduta dolosa como satisfação de um Direito Penal de emergência e o garantismo penal como pressuposto inafastável da incidência das normas penais	41
2.9 Cegueira deliberada: a importação acrítica de instituto estrangeiro para o Direito Penal brasileiro	45
2.10 Compreensão da temática envolvendo os crimes econômicos e a responsabilização penal de dirigentes e gestores de empresas para a análise da incidência do princípio da intranscendência da responsabilidade criminosa.....	52
3 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES ECONÔMICOS.....	55
3.1 A problemática dos crimes omissivos: entre a definição dos delitos de <i>non facere</i> e o alargamento da incidência em tipos penais omissivos	56
3.2 Crimes omissivos próprios	64
3.3 Crime omissivos impróprios	67
3.2.1 <i>Limites da omissão imprópria, a posição do garantidor e a vedação ao dever genérico de evitar o resultado.....</i>	<i>70</i>
3.2.2 <i>A causalidade da omissão imprópria.....</i>	<i>76</i>
3.4 Concurso de pessoas	82
3.4.1 <i>Autoria, coautoría e participação no Direito Penal.....</i>	<i>86</i>

3.4.2 Teoria do domínio do fato.....	92
3.4.2.1 Teoria do domínio da organização.....	98
3.5 A responsabilidade por presunção nos crimes econômicos.....	103
3.6 A relevância dos crimes omissivos e do concurso de pessoas nos crimes econômicos	112
4 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL NO MODELO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	114
4.1 Os princípios penais como reguladores da existência e da incidência do Direito Penal	116
4.1.1 Princípios como dispositivos dotados de força normativa e autoaplicabilidade.....	118
4.1.2 Princípio da culpabilidade.....	124
4.1.2.1 Análise da culpabilidade por presunção e a intranscendência da responsabilidade criminal como direito fundamental implícito.....	127
4.1.3 Princípio da individualização das penas.....	129
4.1.4 Princípio da autorresponsabilidade.....	133
4.2 Princípio da intranscendência das penas: precedentes históricos e constitucionais	136
4.2.1 Definições do princípio da intranscendência das penas.....	143
4.3 Sancionamento limitado à autoria ou participação em infração penal: o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como obstáculo à transcendência deliberada da conduta e das penas aos dirigentes e gestores de empresas	151
4.3.1 O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal: uma releitura dos princípios da intranscendência das penas e da culpabilidade... 	152
4.3.2 Sancionamento limitado à autoria ou participação em infração penal: a efetividade prática do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal.....	157
4.4 O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como limite da imputação penal dos gestores e dirigentes nos crimes econômicos omissivos.....	159
5 NOTAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS POR DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONÁRIOS E A IMPORTÂNCIA DA ECONOMICIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL.....	162

5.1 Notas sobre o Direito Administrativo Sancionador: um referendo ao Direito Penal como <i>ultima ratio</i> no ordenamento jurídico	164
5.2 Notas sobre a responsabilidade civil das empresas por danos causados por seus funcionários em decorrência da prática de infrações penais	169
5.3 Notas sobre a economicidade da persecução penal no Estado constitucional e democrático de direito.....	177
5.4 Direito Penal como <i>ultima ratio</i>: a importância da utilização de outros ramos do ordenamento jurídico para o fim de atribuir responsabilidade extrapenal	183
6 CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS.....	188

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, os crimes econômicos apresentam-se como um dos maiores desafios para o sistema de justiça criminal. A sofisticação das práticas ilícitas e o caráter transnacional de muitas infrações criam complexidades para a aplicação do Direito Penal, exigindo respostas jurídicas robustas e compatíveis com os princípios basilares dessa área de direito. Nesse contexto, surge a necessidade de uma reflexão aprofundada sobre os limites de imputação penal em crimes econômicos, especialmente no que se refere à responsabilidade de dirigentes e gestores de empresas.

O Direito Penal, enquanto ramo excepcional do ordenamento jurídico, deve ser aplicado com parcimônia e precisão. Suas consequências — com destaque para as penas — exigem uma justificativa rigorosa, tanto na previsão formal das infrações quanto na efetiva aplicação da lei penal. Quando o Direito Penal é utilizado de maneira expansiva, sem a devida fundamentação, há o risco de sobrecarregar o sistema punitivo e violar direitos fundamentais, como o da culpabilidade e da individualização das penas. A aplicação indiscriminada do Direito Penal em situações que poderiam ser tratadas por outros ramos do direito constitui uma alteração que compromete sua função de *ultima ratio*.

Neste cenário, os crimes omissivos impróprios, que se configuram quando um indivíduo, na posição de garantidor, deixa de agir para evitar um resultado ilícito, revelam-se especialmente desafiadores. No âmbito das grandes corporações, o impulso punitivo de imputar responsabilidade penal aos dirigentes e gestores apenas por sua posição hierárquica — e não por sua conduta efetiva — contrariaria os princípios estruturantes do Direito Penal. O princípio da intranscendência das penas, ao proibir que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, e o princípio da intranscendência da conduta criminosa, que reforça a necessidade de basear a responsabilidade penal em atos concretos, são fundamentais para limitar o alcance do poder punitivo estatal.

A presente pesquisa, ao refletir sobre esses princípios, propõe-se analisar como o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal pode atuar como limite à imputação penal em crimes econômicos. A crescente adoção de um Direito

Penal de Emergência, marcado pela ampliação das responsabilidades criminais em razão de pressão social e política, exige um retorno à dogmática penal, resgatando a tensão teórica que deve sustentar uma aplicação de avaliações tão severas quanto as penas.

O segundo capítulo deste trabalho se dedicou à definição dos crimes econômicos e à identificação do bem jurídico protegido por esse ramo do Direito. Além disso, serão exploradas questões relativas à responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, discutindo-se as fronteiras entre o dolo eventual e a culpa consciente, bem como a possibilidade de importação da “teoria” da cegueira deliberada para o ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo abordará a teoria dos crimes omissivos, com ênfase nos omissivos impróprios, na causalidade nas omissões e no concurso de pessoas, além de explorar as teorias do domínio do fato e do domínio da organização, essenciais para delimitar a autoria e a participação nos crimes econômicos.

No quarto capítulo, serão analisados os princípios fundamentais do Direito Penal, como os princípios da culpabilidade, individualização da pena, autorresponsabilidade e, principalmente, a intranscendência da responsabilidade criminal. Propõe-se a estruturação de um conceito amplo desse princípio, que barra tanto a intranscendência da conduta criminosa quanto a intranscendência das penas, verificando-se se, por meio desses princípios, é possível limitar a responsabilidade penal de dirigentes e gestores em crimes omissivos.

Finalmente, o quinto capítulo discutirá a importância de considerar alternativas ao Direito Penal, como o Direito Administrativo Sancionador e a responsabilidade civil das empresas, além de destacar a relevância da economicidade na persecução. Será avaliada a possibilidade de esses mecanismos se mostrarem mais adequados e eficazes do que a criminalização, evitando o uso excessivo do sistema penal para atender a demandas punitivas despidas do substrato teórico que é marca do Direito Penal.

O problema central da pesquisa reside, portanto, na análise da atribuição de culpa penal aos dirigentes e gestores de empresas com base em supostas condutas omissivas impróprias. A hipótese explorada sugere a necessidade de evitar a responsabilidade penal meramente pela posição ocupada pelo agente, de modo a

trazer obstáculos à introdução de uma responsabilidade penal objetivamente de forma disfarçada. Assim, o objetivo geral deste estudo é investigar as estruturas da conduta omissiva imprópria nos crimes econômicos e verificar se o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal pode ser aplicado como um limite ao trespassse indevido da culpa penal e da respectiva sanção.

Além de discutir as teorias da conduta, da autoria e da participação, com ênfase nas teorias do domínio do fato e do domínio da organização, a pesquisa buscará reafirmar a importância dos princípios no Direito Penal, demonstrando sua relevância no contexto de crimes econômicos, onde as responsabilidades precisam ser claramente delimitadas para garantir a justiça penal.

O tema da tese, portanto, justifica-se especialmente em razão da necessidade de se retomar às bases sólidas carregadas pelos princípios sobre as quais se sustenta o Direito Penal, que deve se furtar em atender às emergências e/ou populistas propostas que fogem à essência que, diga-se, deve lastrear cada tipo penal e cada punição no âmbito do Direito Penal.

Com base em uma metodologia de pesquisa qualitativa, ancorada em fontes bibliográficas e documentais, esta tese revisita doutrinas fundamentais, recorrendo a autores renomados, como Hans Welzel, Claus Roxin, Luís Greco e Pierpaolo Bottini, para fundamentar suas análises. O estudo busca oferecer uma contribuição teórica robusta para o debate sobre os limites da imputação penal em crimes econômicos, sempre à luz dos princípios constitucionais que orientam o Direito Penal moderno.

O referencial teórico utilizado para a consolidação da pesquisa, especialmente quanto à temática envolvendo as teorias da conduta, da autoria e da participação, com destaque para a teoria do domínio do fato e para a teoria do domínio da organização, foram obtidos mediante pesquisas de doutrinas dos autores Hans Welzel e Claus Roxin, sustentados nas obras de Cláudio Brandão, Luís Greco, Alaor Leite, Juarez Cirino dos Santos e Guilherme Brenner Lucchesi. No que tange à conduta omissiva imprópria, foram realizados estudos voltados a examinar, com a devida verticalização, as doutrinas de Juarez Tavares, Pierpaolo Bottini, Jesús-María Silva Sánchez, Eugênio Raúl Zaffaroni e Marcelo Almeida Ruivo. A base do estudo sobre os princípios teve como diretriz teórica os autores Alessandro Baratta, Nilo Batista, Guillermo Yacobucci e Luís Greco.

Quanto ao corte epistemológico da pesquisa, que tem por fim estabelecer o estudo vinculando-a aos crimes econômicos, os entendimentos sobre o Direito Penal Econômico e a proteção do bem jurídico deste ramo do direito estão sendo sustentados nas doutrinas de Luiz Regis Prado, Heloisa Estellita, Henrique Viana Pereira, Luciano Anderson de Souza, Marina Pinhão Coelho Araújo e Renato de Mello Jorge Silveira, além de artigos acadêmicos, dissertações e teses da área de pesquisa.

Quanto aos estudos envolvendo os princípios, além de apresentar a importância deste tipo de norma jurídica para o Direito Penal, evidenciou-se a característica da autoaplicabilidade das normas constitucionais. Conforme apontado, foi proposta a estruturação do princípio que nominamos de intranscendência da responsabilidade criminal, gênero cujas espécies seriam os princípios da intranscendência da conduta criminosa e da intranscendência das penas. O escopo está relacionado à análise quanto à possibilidade dos princípios limitarem a responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas em crimes omissivos impróprios.

No que tange à utilização da expressão “princípio da intranscendência das penas”, inclusive no plural¹, entendemos que ela traduz de forma mais apropriada o escopo do próprio princípio, vez que o objetivo é impedir que a responsabilidade penal transcenda à pessoa que efetivamente praticou a infração penal.

Ao final, espera-se que este trabalho reforce a necessidade de se preservar os fundamentos do Direito Penal como instrumento de justiça, evitando o uso excessivo e indevido de suas ferramentas. A análise das responsabilidades penais em crimes econômicos, especialmente no que tange às omissões impróprias, deve sempre respeitar os limites impostos pelos princípios da culpabilidade, da intranscendência das penas e, sobretudo, da intranscendência da responsabilidade criminal.

¹ Embora seja comum a utilização do princípio da intranscendência das penas na forma singular (princípio da intranscendência da pena), optamos por utilizá-lo no plural tendo por base, inicialmente, a própria Constituição Federal, que prevê no inciso XLVI do art. 5º que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” (Brasil, 1988, tít. II, cap. I, art. 5º, inc. XLVI), mencionando, portanto, os diversos tipos de penas. No mesmo sentido é o Código Penal, ao prever no art. 32 que “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.” (Brasil, 1940, tít. V, cap. I, art. 32).

2 OS CRIMES ECONÔMICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os crimes econômicos positivados no ordenamento jurídico brasileiro representam uma gama de infrações penais afetas ao Direito Penal Econômico, havendo previsão de tipos penais deste ramo do direito nas mais diversas legislações especiais.

A análise dos crimes econômicos é particularmente relevante para explorar os limites da responsabilidade penal objetiva em contraposição à responsabilidade subjetiva. A noção de culpa presumida pela posição hierárquica desafia princípios fundamentais do Direito Penal, como os da culpabilidade e da individualização das penas e, no caso em apreço como foco da pesquisa, o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal.

Comumente os dirigentes e gestores são incriminados com base na suposição de que deveriam ter evitado o delito em decorrência da posição que ocupam, sem evidências concretas de participação direta ou dolo na conduta. Esta problemática exige uma abordagem cuidadosa e crítica, considerando a necessidade de equilibrar a efetividade do sistema penal em coibir práticas econômicas ilícitas com a garantia de que a responsabilidade criminal que inclui as sanções penais sejam aplicadas de forma justa e fundamentada, respeitando os direitos individuais dos acusados. Portanto, explorar este tema permite um aprofundamento na discussão sobre a aplicação dos princípios do Direito Penal no contexto de crimes econômicos e a definição clara dos limites da responsabilidade criminal dos gestores e dirigentes de empresas.

2.1 Opção da pesquisa pela expressão “crimes econômicos”

Embora não se tenha a pretensão de exaurir as discussões envoltas sobre tema, mas também enfrentado o desafio pela opção de utilizar a expressão “crimes econômicos”, é necessário apontar que há certa divergência doutrinária ao tratar da nomenclatura desta espécie de infração penal.

Renato de Mello Jorge Silveira (2022) denomina os “crimes empresariais” como sendo aqueles ligados ao que também intitula Direito Penal Empresarial. O

autor afirma que o Direito Penal Econômico estaria relacionado à “responsabilização por condutas destacadamente individuais por fatos próprios” e que no Direito Penal Empresarial “a responsabilidade é percebida dentro de uma estrutura hierárquica de poder” (Silveira, 2022, p. 25).

Há autores que tratam do Direito Penal Empresarial como sinônimo de Direito Penal Econômico, como é o caso de Henrique Viana Pereira (2020), segundo o qual

O Direito Penal Empresarial, também chamado de Direito Penal Econômico, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres. (Pereira, 2020, p. 31).

Os crimes econômicos podem ser definidos como infrações que lesam ou colocam em risco a ordem econômica, afetando a produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Assim, crimes econômicos têm como uma de suas principais características afetarem o interesse público como um todo. Já os crimes empresariais seriam infrações penais praticadas por empresas ou seus representantes no exercício da atividade empresarial, vinculando-se, portanto, à atividade de uma empresa.

Optamos pela expressão “crimes econômicos” por entendermos que se trata de designação mais abrangente e que atinge o propósito da proteção do bem jurídico ligado à ordem econômica, certos de que o posicionamento proposto não exaure a discussão sobre o tema.

Assim, não obstante haja divergência no que toca à distinção dos conceitos, em Direito Penal, que visam definir as infrações penais praticadas no âmbito da empresa (pessoa jurídica), será adotada nesta pesquisa a expressão crimes econômicos. Entendemos que a proteção ao bem jurídico de maior relevância no Direito Penal Econômico² acaba por cingir-se à ordem econômica³, apesar da multiplicidade dos tipos penais envolvidos.

² Renato Silveira e Eduardo Diniz (2015) ressaltam que o Direito Penal Econômico tem se moldado constantemente às novas exigências que surgem. Em pouco tempo, observou-se uma transformação em diferentes áreas do Direito Penal, com a introdução de novos tratamentos para questões coletivas e novos institutos. Conforme citam Silveira e Diniz, Nieto Martín chama esse fenômeno de “darwinismo jurídico”, destacando a habilidade do Direito Penal Econômico de se adaptar de forma significativa às variadas situações e modelos econômicos ao longo dos anos (Silveira; Diniz, 2015, p. 58).

³ Andrei Zenkner Schmidt (2018) trata da dupla relação de fragmentariedade na criminalização

Esclarecemos que embora seja relevante nomear o Direito Penal Econômico, a finalidade proposta se volta ao tipo de criminalidade específica que envolve o tema. Assim, o escopo pretendido não tem por fim a criação de uma disciplina que se dissocie do Direito Penal, mas sim fazer uma delimitação didática que permita o estudo deste ramo do próprio Direito Penal.

2.2 A empresa, o empresário, o estabelecimento empresarial e a pessoa jurídica - definições introdutórias

Antes de aprofundar o estudo sobre a temática central que será tratada na presente pesquisa, é essencial compreender a distinção entre os termos "empresa", "empresário", "estabelecimento empresarial" e "pessoa jurídica" no âmbito do Direito Empresarial, pois cada um possui um significado específico e papel fundamental na estrutura jurídica e econômica. Os esclarecimentos irão fundamentar a nossa opção pela expressão crimes econômicos.

O conceito de "empresa" no Direito Empresarial está ligado a uma atividade econômica organizada destinada à produção ou circulação de bens ou serviços. Não se trata, portanto, de uma entidade física ou jurídica. Cabe destacar que não há uma definição legal de empresa, mas sim do empresário, conforme art. 966 do Código Civil (Brasil, 2002, livro II, tít. I, cap. I, art. 966).

Ricardo Negrão (2022) destacou que “A origem das reformas introduzidas na legislação civil, como já mencionado, é o Código Civil italiano de 1942, que, em razão da multiplicidade de usos da palavra ‘empresa’, preferiu não defini-la, optando por conceituar empresário [...]” (Negrão, 2022, p. 68). Verifica-se, portanto, que extraído do próprio conceito legal de empresário, a empresa é a própria atividade econômica, caracterizada pela organização dos fatores de produção, como capital, trabalho, matéria prima e tecnologia, com o objetivo de gerar lucro⁴.

primária de condutas violadoras da ordem econômica, afirmando o autor que “[...] nem toda violação observada em relações individuais mediadas pela regulação econômica é passível de tutela jurídica; nesse segmento, nem toda violação juridicamente protegida comporta, só por essa razão, uma configuração penal. Há uma nítida distinção, portanto, entre a consideração da ordem econômica enquanto bem jurídico tutelável e a mesma ordem econômica como bem jurídico *penalmente* tutelável.” (Schmidt, 2018, p. 73).

⁴ Ricardo Negrão (2022) menciona que o autor Waldirio Bulgarelli define empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo

Já o "empresário" é a pessoa que exerce profissionalmente a atividade econômica organizada, ou seja, a empresa. Segundo dispõe o art. 966 do Código Civil brasileiro, empresário é "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", acrescentando no parágrafo único do dispositivo que "Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa." (Brasil, 2002, livro II, tít. I, cap. I, art. 966). Assim, o empresário pode ser tanto uma pessoa física, como um comerciante individual, quanto uma pessoa jurídica, como uma sociedade empresária.

O "estabelecimento empresarial" é o conjunto de bens organizados pelo empresário para a exploração da empresa. Trata-se dos meios materiais e imateriais utilizados para o exercício da atividade econômica. O art. 1.142 do Código Civil define o estabelecimento como "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária". A lei define no §1º do art. 1.142, inclusive, que "O estabelecimento não se confunde com o local onde se exerce a atividade empresarial, que poderá ser físico ou virtual." (Brasil, 2002, tít. III, cap. único, art. 1.142). O estabelecimento pode incluir, por exemplo, o imóvel onde a empresa está situada, equipamentos, mercadorias, direitos de propriedade intelectual, entre outros. Fabio Ulhoa Coelho (2012) explica que o estabelecimento empresarial

[...] é o conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa. (Coelho, 2012, p. 181).

A "pessoa jurídica" é a entidade dotada de personalidade jurídica própria, distinta das pessoas físicas que a compõem. Ela pode ser constituída por um ou mais indivíduos, com o propósito de exercer uma atividade econômica organizada. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) é exemplo de pessoa jurídica unipessoal. Já as sociedades empresárias, como as sociedades limitadas

empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens." (Bulgarelli, 1995, p. 100, *apud* Negrão, 2022, p. 72).

(Ltda.) e as sociedades anônimas (S/A), são exemplos de pessoas jurídicas pluripessoais. Ao tratar do princípio da autonomia patrimonial da sociedade, Fábio Ulhoa Coelho (2012) afirma que trata-se de uma “técnica de segregação de riscos” de tal forma que “Em razão da autonomia patrimonial, os bens, direitos e as obrigações da sociedade, enquanto pessoa jurídica, não se confundem com os dos seus sócios.” (Coelho, 2012, p. 94). Assim, a pessoa jurídica é a entidade constituída na forma da lei, com personalidade jurídica própria, que exerce a atividade empresarial por meio de seus representantes.

Embora o termo "empresa" tenha um sentido técnico específico no Direito Empresarial, referindo-se à atividade econômica organizada, há uma tendência no Direito Penal e em outras áreas jurídicas e econômicas de utilizar o termo de maneira mais ampla e imprecisa. Por exemplo, autores do Direito Penal se referem a "crimes empresariais" para descrever delitos cometidos no âmbito das atividades de uma empresa, englobando tanto atos praticados por empresários quanto por pessoas jurídicas.

Assim, é crucial reconhecer a precisão terminológica no Direito Empresarial para evitar confusões e garantir a correta aplicação das normas jurídicas. No entanto, a utilização mais ampla do termo "empresa" em outras áreas do direito, como no contexto de crimes econômicos, reflete a complexidade e a interconexão das atividades econômicas na sociedade contemporânea.

Quanto à utilização terminológica, não obstante a definição jurídica de empresa refira-se à atividade, cuja construção conceitual se extrai da doutrina, utilizaremos a palavra empresa, para fins didáticos desta pesquisa, no mesmo sentido de pessoa jurídica. Ao tratarmos, portanto, de uma infração penal praticada no âmbito da empresa, entende-se que fora cometido no âmbito da pessoa jurídica.

2.3 A proteção do bem jurídico no Direito Penal Econômico

O Direito Penal é um ramo do ordenamento jurídico que apenas deve se fazer presente de forma excepcional quando os demais direitos não forem suficientes à proteção do bem jurídico tutelado.

É certo que a pena e todas as suas consequências como resultado de uma condenação criminal representa uma pecha por vezes indelével que perambula junto ao condenado. Por esta razão, a imputação penal deve balizar-se em seguros aportes jurídico-penais que possam justificá-la, sob pena de transformar-se em ato estatal despido de qualquer significado.

O Direito Penal Económico, de onde se extraem os crimes económicos, passa a ter repercussão jurídica mais expressiva somente após a Primeira Guerra Mundial, ocorrida no início do Século XX.

Vale ressaltar que, em razão da Segunda Revolução Industrial (final do século XIX e início do século XX), houve intensificação da concentração de capital, gerando novos tipos de crimes e a necessidade de leis específicas para a proteção de novos bens jurídicos. No ano de 1890 surgiu nos Estados Unidos a Lei antitruste (Sherman Antitrust Act de 1890) e em 1897 passou a vigorar na Alemanha a Lei contra Restrições à Concorrência de 1897.

Já no período entreguerras (1918-1939), marcado pelas crises económicas e o crescimento do fascismo e do nazismo, que geraram a suposta necessidade de proteger a ordem económica e social, foi criada a Lei de Crimes contra a Ordem Económica Nacional na Alemanha nazista em 1933.

No período pós-Segunda Guerra Mundial (1945-presente), com a reconstrução da Europa após a guerra, houve a necessidade de um sistema jurídico que garantisse a livre iniciativa e a estabilidade económica.

No Brasil, de forma tímida e incipiente, foi criada a Lei de Crimes contra a Economia Popular (Brasil, 1951), avançando anos depois, na década de 80, com a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Brasil, 1986) e na década de 90 com a Lei de Crimes contra a Ordem Económica (Brasil, 1990).

Necessário destacar que o Direito Penal Económico integra o próprio Direito Penal, valendo-se das fontes e princípios que são próprios deste ramo do ordenamento jurídico para subsidiar sua existência, não obstante o objeto que se busca proteger revela-se específico e delimitado à ordem económica⁵.

⁵ Já adverte Luiz Regis Prado (2019) no prefácio à 1ª edição de sua obra, ao tratar do Direito Penal Económico, que referido ramo do ordenamento jurídico “Integra o Direito Penal como um todo, não tendo nenhuma autonomia científica, mas tão somente metodológica ou didático-pedagógica, em razão da especificidade de seu objeto de tutela e da natureza da intervenção penal. Encontra-se,

Importante ressaltar que o Direito Penal Econômico tornou-se um ramo do direito de importância destacada em decorrência da globalização econômica, fato que exigiu a reformulação da proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal. Isto se deve aos evidentes desafios provocados pelo progresso nos campos social, econômico e tecnológico que remodelaram a forma de atuação da criminalidade.

A definição de bem jurídico⁶, em essência, revela o próprio conteúdo material da infração penal⁷, ao que Cláudio Brandão (2019) afirma ser “[...] traduzido no valor tutelado pelo direito.” (Brandão, 2019, p. 49). Destaca o penalista que

O conceito de bem jurídico foi formulado no século XIX por Birnbaum e Binding. Esse conceito surgiu como uma forma de limitar o poder penal do Estado. Quando se afirmava que o crime era uma violação ao bem jurídico, expurgavam-se do Direito Penal as meras violações à lei moral ou às leis religiosas. (Brandão, 2019, p. 38-39).

Considerando as bases que fundamentam o Direito Penal⁸, a conceituação de bem jurídico⁹ possui um papel essencial para que se possa delimitar o que seria

portanto, informado e submetido, como toda construção jurídico-penal, a seus princípios e categorias dogmáticas” (Prado, 2019, VII-VIII).

⁶ Claus Roxin (2014) refuta a ideia de que o Direito Penal protege direito subjetivo ou interesse, reforçando a tese de bem jurídico voltado à proteção das liberdades como imprescindível à existência de infrações penais. Nas palavras do autor, “[...] o critério da lesão a interesse, como o da lesão a direito subjetivo, não é um objeto adequado de penalização, porque não é o interesse, e sim o bem a que o interesse se dirige que pode ser lesionado. Se alguém me surra, é evidente que meu interesse em minha integridade física permanece inalterado. Ela mesma, porém, não. Em última análise, tanto a teoria da lesão a direito quanto a da lesão a interesses são insuficientes, porque os objetos de proteção do direito penal não têm existência meramente ideal, mas são reais, devendo-se, pela mesma razão, recusar o chamado conceito idealista de bem jurídico [...]” (Roxin, 2014, p. 63).

⁷ Não obstante eventuais divergências sobre a definição de bem jurídico, é assente a ideia de que se trata de limite material para a incriminação, conforme destaca Helena Regina Lobo da Costa (2012) ao afirmar, sobre o bem jurídico, que “Evidentemente, o desenvolvimento histórico do conceito não foi linear, tendo se amoldado às características políticas e sociais de cada época, razão pela qual teve seu conteúdo dissipado em diversos momentos de sua evolução, bem como – e ainda é – utilizado equivocadamente como razão para criminalização, em vez de limitação do espaço de criminalização. Apesar de não haver consenso sobre a definição de bem jurídico, não se pode negar ser o conceito tido, atualmente, como o mais importante limite material às incriminações no sistema de *civil law*.” (Costa, 2012, p. 134).

⁸ Ao tratar a finalidade do Direito Penal na Alemanha, o que entendemos não diferir na situação proposta do Direito Penal brasileiro, Roxin (2006) destaca que “[...] a finalidade do direito penal aqui exposta, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada como ‘proteção subsidiária de bens jurídicos’. São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos, gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.” (Roxin, 2006, p. 35).

punível ou não no âmbito criminal. Rodrigo Teixeira (2013) destaca que a “[...] determinação do bem jurídico-penal próprio em cada tipo penal continua sendo a condição *sine qua non* da criação de crimes pelo legislador ordinário.” (Teixeira, 2013, p. 224).

Como destaca Júlio César Faria Zini (2017), o bem jurídico-penal resta adstrito aos direitos fundamentais, representando “um limite ao legislador no processo de criminalização, exercendo uma função negativa” (Zini, 2017, p. 356).

Conforme aponta Teodomiro Cardozo (2010),

A sociedade ao tutelar um bem jurídico (valor) como vida, liberdade e patrimônio, fá-lo porque estes bens são importantes para a convivência humana e, por isso, devem ser preservados pela sociedade, por meio da tutela de uma norma jurídico-penal, que sob a ameaça de uma sanção, proíbe o perigo de lesão ou a lesão efetiva ao bem jurídico. (Cardozo, 2010, p. 161).

A Constituição Federal prevê como garantia o respeito à igualdade, redução de desigualdades e a possibilidade de repressão do abuso de poder econômico, conforme art. 173, §4^o¹⁰ da CF/88. Nesse sentido, como ressalta Cardozo (2010), “[...] o Direito Penal chama para si somente os bens jurídicos dignos de uma proteção *mais enérgica* (Cláudio Brandão) com o objetivo de tornar possível a vida em sociedade [...]” (Cardozo, 2010, p. 168).

Baseando-se na Constituição Federal, Teixeira (2013) entende que o caráter coletivo com titularidade da comunidade e o “intervencionismo do Estado moderno

⁹ Claus Roxin (2014) define bem jurídico como sendo “[...] dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades>>.” (Roxin, 2014, p. 47). O autor tece críticas à variedade de definições de bem jurídico, afirmando que “[...] é de se observar que a maioria dos autores não tem o propósito de formular um conceito de bem jurídico crítico à legislação, mas parte de um <<conceito metodológico de bem jurídico>>, segundo o qual qualquer finalidade legal já cria um bem jurídico.” (Roxin, 2014, p. 48). Além disso, afirma Roxin que um conceito de bem jurídico, tal como o que propõe, excluiria o moralismo puro (ex.: punição de homossexualidade ou de atos sexuais com animais), o paternalismo duro (ex.: punibilidade de posse de drogas) ou a contribuição para autocolocação em perigo responsável, já que, nas palavras do autor, “em todos esses casos falta uma intervenção nos bens jurídicos de outra pessoa” (Roxin, 2014, p. 49). Prossegue o autor ressaltado que estaria fora da tutela penal a proteção de sentimentos (ex.: pornografia), lesão de tabus (ex.: incesto), graus de abstração impalpável (ex.: perturbar a paz pública), leis penais simbólicas, entre outros, que não seriam, por si, bens jurídicos a serem guarnecidos pela Lei Penal (Roxin, 2014, p. 49).

¹⁰ “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (Brasil, 1988, tít. VII, cap. I, art. 173, § 4^o).

na vida econômica” (Teixeira, 2013, p. 242) são fatores que possibilitam um bem jurídico penal econômico diferente e autônomo em relação ao bem jurídico penal.

O Direito Penal Econômico busca proteger, conforme destacado, a ordem econômica¹¹, dispondo Andrei Schmidt (2018) sobre um nominado conceito amplo, que abrange “[...] todas as ofensas à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços” e um dito conceito restrito, que tutela “interesses supraindividuais relacionados à ordem da economia instituída e dirigida pelo Estado.” (Schmidt, 2018, p. 77).

A proteção penal da ordem econômica, portanto, é crucial para a existência, solidez, implementação e garantia de efetivação do sistema econômico com reflexos diretos nos direitos fundamentais da pessoa humana. Júlio Zini (2017) aduz que “A ordem econômica é exatamente uma das formas de proteção da política econômica.” (Zini, 2017, p. 364), abrangendo a intervenção estatal na economia e a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Conforme observam Luciano de Souza e Marina Araújo (2019), “[...] a *ratio essendi* da norma penal econômica legítima somente pode ser aquela que vise, em conjunto com as demais normas jurídicas atinentes à matéria, a proteção dos pilares fundamentais da atividade econômica nacional, em todo seu conjunto.” (Souza; Araújo, 2019, p. 33).

De acordo com Henrique Viana Pereira (2020), a legitimidade da tutela penal no âmbito empresarial é fundamentada no papel social significativo que a empresa desempenha, uma vez que os recursos econômicos associados às suas atividades são direcionados para garantir melhores condições de vida para a sociedade como um todo. Para Pereira (2020),

[...] o Direito Penal Econômico visa a orientar a intervenção do Estado na economia, com o objetivo de fazer valer a função social da empresa, a fim de punir e evitar que sejam realizadas práticas empresariais abusivas que destoem do contexto empresarial no Estado Democrático de Direito brasileiro. (Pereira, 2020, p. 104).

¹¹ Tiago Caruso (2022) ressalta que “Sem prejuízo de outras acepções, é possível afirmar que os crimes econômicos têm por bem jurídico a proteção das condições que permitam a efetivação da ordem econômica constitucionalmente posta. É, portanto, característico dessa categoria de crimes a proteção de bens jurídicos coletivos que cravam uma certa distância entre a conduta típica individual e o resultado lesivo, podendo, por vezes, tornar referida contribuição individual aparentemente inexpressiva diante da magnitude do objeto de proteção da norma.” (Caruso, 2022, p. 81-82).

O bem jurídico econômico a ser tutelado pelo Direito Penal, portanto, não possui um caráter individual, mas sim supraindividual ou coletivo¹². Desta feita, não obstante a conexão entre o Direito Penal e o Direito Penal Econômico, esta disciplina possui suas próprias características, sendo marcada pela proteção do bem jurídico de caráter coletivo “[...] digna de tutela pelo Direito Penal Especial” (Cardozo, 2010, p. 171), razão porque é plenamente defensável o estudo específico deste ramo do ordenamento jurídico brasileiro¹³.

2.4 A sociedade do risco e a expansão do Direito Penal para a proteção de interesses econômicos

A "sociedade do risco" é um conceito cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck para descrever as sociedades contemporâneas, caracterizadas por riscos globais e incertos, produção social de riscos, a insegurança e o medo¹⁴.

Ameaças como mudanças climáticas, pandemias, terrorismo e crises econômicas são transnacionais, de difícil previsão e controle. Os próprios avanços científicos e tecnológicos geram novos riscos e perigos. Tudo isso culmina na

¹² Observação importante de Heloisa Estellita (2017), ao refletir sobre o fato de que os crimes econômicos, na maior parte das vezes, estão relacionados com bens jurídicos de aspecto coletivo, havendo um distanciamento entre o crime e as consequências geradas, isto é, “A difícil acessibilidade empírica e o caráter difuso desses objetos de proteção, se não impossibilita, dificulta enormemente o estabelecimento de uma relação direta e imediata entre conduta típica e resultado lesivo.” (Estellita, 2017, p. 41). Prossegue a autora afirmando que “Não raramente, a afetação do bem jurídico estará distanciada temporal ou fisicamente do agente. Pense-se nas já mencionadas práticas ambientais cujos efeitos serão percebidos ou acionados em locais distantes do local da prática delitiva, ou mesmo anos depois dessa prática. Essa distância é um componente relevante na diminuição da percepção do caráter danoso da conduta, com a consequente diminuição da resistência à prática (objetivamente) desviante.” (Estellita, 2017, p. 42).

¹³ Henrique Viana Pereira (2020) observa que “Quando houver ofensa a interesses difusos e os demais ramos do direito não forem suficientes para tutelar a ordem jurídica, o Direito Penal se revelará imprescindível para direcionar as condutas dos empresários, sob a luz da função social da empresa.” (Pereira, 2020, p. 106).

¹⁴ Ana Elisa Bechara (2022) traz como acepção da nominada “sociedade do risco” a sociedade pós-industrial complexa, desenvolvida “A partir do último terço do século passado, e especialmente nas últimas três décadas” (Bechara, 2022, p. 145). Segundo a autora houve uma transformação do sistema penal, que teria se expandido e se tornado mais rigoroso “sob a pretensa justificativa da busca de uma maior segurança social” (Bechara, 2022, p. 146), “[...] levando a um Direito Penal caracterizado pelo adiantamento da intervenção em relação aos comportamentos puníveis, redução das garantias individuais e das exigências de imputação e incriminação de condutas até então consideradas socialmente toleráveis ou neutras [...]” (Bechara, 2022, p. 147).

percepção de insegurança e medo que permeia a sociedade, impactando o comportamento individual e coletivo.

Na sociedade do risco o Direito Penal assume um papel cada vez mais central na gestão dos riscos, seja na prevenção, por meio da ameaça de punição; seja na proteção de novos bens jurídicos; seja na resposta às situações limites criadas como forma de restaurar a ordem social.

A expansão do Direito Penal é tema hodiernamente debatido e característico das sociedades modernas que passam a criminalizar condutas tendo por base interesses supraindividuais que se revelam presentes diante da chamada sociedade do risco¹⁵.

O Direito Penal do dano que demarcou a gênese e grande parte da história do Direito Penal em sua concepção clássica, passou a conviver com um Direito Penal do risco. Nesse sentido, Renato Silveira (2022) ressalta que “Consagrada uma institucionalização da insegurança, traçava-se o caminho para a criminalização de condutas, que não permitem uma perfeita visão de causa-efeito” (Silveira, 2022, p. 38).

Silveira (2022), inclusive, trata das variadas versões do que ficou conhecido como sociedade do risco, com destaque na construção de Ulrich Beck, que menciona os riscos outrora não pensados para as sociedades atuais resultantes do desenvolvimento tecnológico (Silveira, 2022, p. 36). Beck (2011) afirma que “Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*” (Beck, 2011, p. 23).

A geração de riscos na sociedade atual tem se ampliado de forma significativa¹⁶. O risco individual passou a conviver com o risco coletivo, gerador dos mais diversos tipos de inseguranças, tendo por consequência reflexões em relação

¹⁵ Eloisa Mendes e Raíssa Campelo (2018) observam que “[...] o direito penal de emergência é o reflexo da sociedade de risco, fundamentada no medo da violência e noticiada constantemente pela mídia, caracterizando o infrator como ‘inimigo’ da ordem social, distorcendo o sentido do direito penal, que em regra, é subsidiário aos demais ramos do direito, e o torna popular por seu caráter sancionador, dando a população o que ela tanto almeja: se sentir segura, mesmo que seja uma sensação falsa e que isso tenha consequências jurídicas de difícil reparação.” (Mendes; Campelo, 2018, p. 86).

¹⁶ Como afirma Ulrich Beck (2011), ao tratar da globalização dos riscos civilizacionais, “Com a ampliação dos riscos da modernização – com a ameaça à natureza, à saúde, à alimentação etc. – relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais.” (Beck, 2011, p. 34).

às bases sobre as quais se estruturam o Direito Penal para fins de proteção de bens jurídicos supraindividuais.

Assim, o Direito Penal resta mais uma vez expandido para o fim de aplacar, ao menos semanticamente – senão para uma resposta social –, a insegurança gerada pela sociedade do risco, não obstante a excepcionalidade que é marca indelével do próprio Direito Penal.

Renata Mayrink (2020), ao tratar da expansão do Direito Penal como forma de criar “soluções legislativas simbólicas”, menciona com precisão que

O Direito Penal é usado como artifício político para remediar imediatamente a insegurança coletiva, imputando responsabilidades como forma de personificar os riscos modernos e deslocar a atenção da ineficiência das instituições públicas em lidar e conter os novos perigos. (Mayrink, 2020, p. 22).

No âmbito do Direito Penal, conforme Rodrigo Teixeira (2013), com a expansão da sociedade do risco¹⁷, ocorreu uma mudança de paradigma do individual para o coletivo ou social, fazendo com que surgissem outros tipos penais que visam proteger bens jurídicos coletivos ou supraindividuais. Silva Sánchez (2017), ao tratar do impacto da sociedade do risco no Direito Penal, ressaltou que “Na sociedade do risco, o Direito Penal se expande para abarcar novos bens jurídicos e condutas, buscando oferecer uma resposta à crescente demanda por segurança.” (Silva Sánchez, 2017, p. 24, tradução nossa)¹⁸.

A ampliação do Direito Penal para abarcar diferentes áreas, como a econômica, é um assunto que divide opiniões na doutrina penal. Há críticas, por exemplo, quanto à proteção pelo Direito Penal dos bens coletivos, com a expansão deste ramo específico do ordenamento jurídico para lidar com os riscos da sociedade moderna.

Dentre as críticas, destacam-se o excesso de criminalização de novos comportamentos, violando, em tese, a liberdade individual e a proporcionalidade das

¹⁷ Teixeira (2013) destaca que uma das principais características da sociedade de risco é “[...] o incremento de atividades incentivadas por acarretarem benefícios e facilidades à sociedade, mas com indiscutíveis efeitos colaterais, dentre os quais podemos citar o latente poder lesivo em massa dessas atividades e a dificuldade de se imputar a responsabilidade dessas atividades em virtude da diversidade de atores distribuindo entre si diversas tarefas.” (Teixeira, 2013, p. 228).

¹⁸ En la sociedad del riesgo, el Derecho Penal se expande para abarcar nuevos bienes jurídicos y conductas, buscando ofrecer una respuesta a la creciente demanda por seguridad.

penas; a ineficácia do Direito Penal para a prevenção de crimes e solução de problemas sociais; a estigmatização¹⁹, com a criminalização de certos grupos sociais que podem levar à sua marginalização e exclusão²⁰.

Vale ressaltar que não estão livres de críticas as mais variadas leis penais criadas *ad hoc*, de forma simbólica, voltadas a aplacar demanda social específica e dissociada dos princípios basilares que regem o Direito Penal. Estas soluções legislativas por vezes são apenas aparentes, não sendo capazes de apresentarem uma efetiva proteção aos bens jurídicos. O Direito Penal, nesses casos, acaba sendo utilizado como mote político que apenas simbolicamente dá solução à insegurança social.

Rodrigo Teixeira (2013) compreende que “[...] o Direito Penal, como produto social que é, e como o mais rígido instrumento estatal de tutela de bens jurídicos não pode ignorar as mencionadas transformações sociais, devendo, por isso, modernizar-se para responder a contento às novas demandas sociais.” (Teixeira, 2013, p. 233-234).

É certo que a relação entre sociedade do risco e Direito Penal é complexa e multifacetada, exigindo um debate amplo e aprofundado sobre o papel do Direito Penal na sociedade moderna, buscando soluções que sejam eficazes na proteção dos bens jurídicos e que, ao mesmo tempo, respeitem os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Porém, diante da sociedade do risco e da importância da proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal é razoável se pensar na modernidade, seus riscos e a proteção de novos bens jurídicos pela Lei Penal. É possível refletir sobre o estabelecimento de um equilíbrio que visa não apenas impedir excessos (que

¹⁹ Para Silva Sánchez (2017), “A expansão do Direito Penal pode levar à estigmatização de grupos sociais que são considerados como mais propensos a cometer delitos.” (Silva Sánchez, 2017, p. 26, tradução nossa). Texto original: La expansión del Derecho Penal puede llevar a la estigmatización de grupos sociales que son considerados como más propensos a cometer delitos.

²⁰ Silva Sánchez (2017) alerta sobre a antecipação da punibilidade na sociedade do risco, ao afirmar que “A punição se aplica a condutas que ainda não causaram dano, mas que se considera que podem causar no futuro.” (Silva Sánchez, 2017, p. 25, tradução nossa). Texto original: La punición se aplica a conductas que aún no han causado daño, pero que se considera que pueden causar en el futuro.

delimita o âmbito penal à *ultima ratio*), mas também a vedação à proteção deficiente²¹.

Nesse sentido, a responsabilização criminal em delitos econômicos é mecanismo de prevenção e repressão importantes para refrear eventuais ímpetos em negócios empresariais que atentem contra interesses supraindividuais. Henrique Viana Pereira (2020) adverte que “[...] para evitar a responsabilidade penal do empresário, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas de Direito Penal Empresarial.” (Pereira, 2020, p. 37).

Assim, abarcados pela sociedade do risco e as demandas por mais segurança, há uma expansão do Direito Penal para o fim de proteger os interesses supraindividuais, o que inclui a ordem econômica.

2.5 Os crimes econômicos na legislação penal brasileira

A legislação penal brasileira, à semelhança das legislações italiana e francesa, não consolidou a gama de crimes econômicos em um código específico ou, ao menos, em capítulo destinado a tratar desses tipos de infrações penais.

Ao revés, os crimes econômicos encontram-se preponderantemente fragmentados em diversas leis esparsas, tidas como legislações especiais ou extravagantes.

Luciano Anderson e Marina Pinhão (2019) afirmam que o Direito Penal Econômico tutela o “justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riqueza entre os cidadãos” (Souza; Araújo, 2019, p. 52). Diferenciam, portanto, este ramo do ordenamento jurídico de outros, como o Direito Penal Tributário e o Direito Penal Ambiental, já que para os autores o referencial protetivo para estes ramos do direito é apenas indireto.

Não obstante o corte epistemológico realizado por referidos juristas, os quais excluem da tutela do Direito Penal Econômico outros ramos do ordenamento, a

²¹ Henrique Viana Pereira (2020) deixa evidenciado que “[...] o ordenamento jurídico deve estar sintonizado com a proporcionalidade, em um contexto de vedar excessos e proibir proteção deficiente. Nesse caminho, deve-se verificar a possibilidade de se assegurar a legitimidade da intervenção penal empresarial e equilibrar as tensões da necessidade de tutela de interesses difusos e o respeito ao princípio da intervenção mínima, que deve permear um Direito Penal de *ultima ratio*.” (Pereira, 2020, p. 29).

exemplo do Direito Penal Tributário, Luiz Regis Prado (2019) alarga a abrangência protetiva do Direito Penal Econômico. De acordo com o autor, este ramo do direito abarca os delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra o sigilo das operações de instituições financeiras e finanças públicas, contra o mercado de capitais, contra a ordem tributária, inclusive descaminho e contrabando, além de crimes contra a previdência social, delitos licitatórios, de lavagem de capitais e de organização criminosa.

Nosso entendimento é o de que o Direito Penal Econômico, que tutela a ordem socioeconômica, deve abranger tanto os delitos que diretamente afrontam o bem jurídico que justifica sua existência, quanto outros delitos que indiretamente acabam resultando em violação a este bem jurídico.

Nesse sentido, os crimes econômicos, quanto às normas aplicáveis, podem ser classificados em próprios ou impróprios. Seriam considerados crimes propriamente econômicos aqueles que foram criados especificamente para a tutela do equilíbrio socioeconômico e são aplicáveis exclusivamente para este fim, tal como ocorre, a exemplo, nos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/90. Já os crimes impropriamente econômicos seriam aqueles que, embora tenham sido criados como crimes comuns, a partir do momento em que estiverem relacionados à proteção da ordem socioeconômica passam a ser considerados crimes econômicos, como é o caso, por exemplo, da Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13) e da Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98).

Desta feita, figuram como exemplos de crimes econômicos as infrações penais previstas na Lei nº 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular); Lei nº 6.385/76 (Crimes contra o Mercado de Capitais); Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo); Lei nº 8.176/91 (Crimes contra a Ordem Econômica); Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais); Lei nº 9.613/98 (Crimes de Lavagem de Capitais); Lei Complementar nº 105/2001 (Crime contra o Sigilo das Operações de Instituições Financeiras) e até mesmo o crime de Organização Criminosa, previsto na Lei nº 12.850/13, quando voltado à atingir a ordem socioeconômica.

Além da previsão dos crimes econômicos nas diversas leis especiais ora exemplificadas, é assente que outros delitos previstos no Código Penal acabam sendo abarcados por este ramo do ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, dos crimes em licitações e contratos administrativos, que foram revogados da antiga Lei de Licitações (artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666/93) e atualmente estão previstos nos artigos 337-E a 337-P²².

Também é o caso dos crimes contra as finanças públicas, previstos nos artigos 359-A a 359-H do Código Penal, além dos crimes de descaminho e de contrabando (arts. 334 e 334-A do Código Penal) e os crimes contra a Previdência Social (arts. 168-A e 337-A do Código Penal), como destaca Luiz Regis Prado (2019)²³.

Mais recentemente o legislador atento à modernidade e buscando a proteção de bens jurídicos que acabam, em certa medida, afetando a ordem socioeconômica, tipificou as condutas que envolvem fraudes com ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. O crime está previsto no art. 171-A do Código Penal²⁴, inserido pela Lei nº 14.478/2022, sendo mais uma infração penal cujo objetivo, percebe-se, é proteger a ordem socioeconômica.

Assim, observa-se que não há uma definição cabal ou mesmo sistematizada em texto único tratando das infrações penais que afetam a ordem socioeconômica. Contudo, entendemos que é pertinente a classificação deste tipo de infração penal

²² Diversos crimes que estavam na Lei de Licitações migraram para o Código Penal, permitindo a manutenção de infrações penais deste jaez no ordenamento jurídico brasileiro e materializando os efeitos da continuidade normativo-típica.

²³ No mesmo sentido destaca Henrique Viana Pereira (2014), ao aduzir que “Contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros previstos no Código Penal, fazem parte do ramo específico do direito penal empresarial. Da mesma forma, os crimes previstos na Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98) e os previstos nas seguintes legislações: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (7.249/86), Lei de Falência e Recuperação de Empresas (11.101/05), Lei de Licitações (8.666/93), Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (9.613/98), Lei 9.279/96 (que prevê crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas, contra as indicações geográficas e os crimes de concorrência desleal), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 61 a 76) e a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/90).” (Pereira, 2014, p. 107).

²⁴ Código Penal - Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Brasil, 1940, tít. II, cap. VI, art.171-A).

como próprias e impróprias, como já exposto, de forma a abranger tanto os tipos penais que foram criados exclusivamente para a proteção da ordem socioeconômicas, quanto aqueles que embora afetem outros bens jurídicos, poderão ser aplicados para a tutela da ordem socioeconômica.

2.6 A responsabilidade penal dos dirigentes e gestores de empresas

A responsabilidade penal dos dirigentes e gestores de empresas refere-se à obrigação de responder pelos crimes que cometerem no exercício de suas funções.

O Direito Penal deve ser pautado pela rigorosa observância de seus princípios e regras, tratando-se de um ramo excepcional do ordenamento jurídico. A responsabilidade penal deve ser pautada não apenas na previsão legal do tipo penal, mas pela efetiva conduta dolosa ou culposa praticada pelo agente, afastando-se qualquer possibilidade da malfadada responsabilidade penal objetiva.

Não obstante, não é incomum atribuir a responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas tendo por base um suposto poder de comando ou ingerência, restando subentendida certa dispensa da análise dos elementos subjetivos do tipo penal (dolo ou culpa) ou mesmo do conhecimento da ilicitude da conduta por parte do dirigente ou do gestor²⁵.

Ao tratar das bases da imputação individual de dirigentes de empresas, com foco na conduta omissiva, Heloisa Estellita (2017) ressalta que deve-se exigir

“[...] que o autor seja o destinatário da norma, que esteja em posição de objetivamente atender a esse dever e que disponha do conjunto de informações necessárias que lhe permitam reconhecer a ameaça de lesão a bens jurídicos e, assim, colocar em prática medidas adequadas para evitar essa violação” (Estellita, 2017, p. 38).

Embora a responsabilização individual seja imprescindível no âmbito do Direito Penal²⁶, a imputação do resultado de conduta típica a dirigentes e gestores

²⁵ Heloisa Estellita observa que, em relação à função indiciária da posição de garantidor e função delimitadora, “[...] as normas que regem a sociedade empresária, os órgãos e pessoas encarregadas de sua administração não podem ser vistas como fundamentadoras de uma responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão [...]” (Estellita, 2017, p. 139), podendo haver uma indicação do que seria compreendido como um garantidor.

²⁶ Para reforçar ainda mais o caráter excepcional do Direito Penal e destacar as restrições previstas em Lei para a responsabilização, mesmo que civil, de empresários, Heloisa Estellita aduz que “As

acaba surgindo por presunção, por vezes sob a forma de autoria mediata, refletindo-se em evidente responsabilidade pela posição e não pela conduta em si²⁷.

A grande dificuldade em justificar a punição criminal de empresários reside, especialmente, nos casos envolvendo crimes omissivos impróprios, no qual há uma aparente transferência de culpa, evidenciando um excesso de subjetividade de difícil comprovação.

A abrangência coletiva, que justifica a proteção penal da ordem socioeconômica, acaba gerando reflexos não apenas na tipificação penal de delitos de perigo abstrato, mas na consequente atribuição de culpa do empresário por presunção. Lembra Tiago Caruso (2022) que “[...] a resposta à pergunta ‘quem praticou a conduta típica’ torna-se difícil em contextos com fragmentação de condutas e filtragem da informação, que acabam por tensionar a teoria do delito [...]” (Caruso, 2022, p. 86).

As bases que estruturam a responsabilização penal em crimes omissivos impróprios, situação que evidencia a posição dos garantidores, acabam servindo como molde para a imputação de infrações penais aos dirigentes e gestores pela posição ocupada na empresa. A temática envolvendo os crimes omissivos impróprios será apresentada nesta pesquisa, mas já aguçando o assunto, por vezes a responsabilização penal dos dirigentes e gestores atém-se ao dever de proteção, vigilância e controle, em franca junção do risco do negócio com a responsabilidade penal.

Outorgar ao dirigente ou gestor o papel central na administração do perigo, mormente em sociedades empresariais complexas, é promover uma “cegueira

normas de direito societário impõem aos administradores de sociedades empresárias deveres de diligência e lealdade no trato dos bens e interesses sociais e estabelecem ainda os limites de suas responsabilidades pessoais no âmbito civil. Exige-se do administrador que, no exercício de suas funções, empregue o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo emprega na administração de seus próprios bens e interesses na condução dos negócios sociais [...] Há, ademais, um dever de lealdade à companhia, no sentido de cuidar de seus segredos, de seu patrimônio e das oportunidades de negócio [...]” (Estellita, 2017, p. 140).

²⁷ Heloisa Estellita (2017), ao tratar das características atinentes ao comportamento coletivo, dentre os quais a integração de uma pessoa na organização, os consequentes processos de neutralização normativa, a afetação de bens jurídicos coletivos nos crimes econômicos, a técnica do perigo abstrato e a impossibilidade de individualizar a vítima, afirma que “Essas características, agora confrontadas com os pressupostos da responsabilidade penal individual, podem apontar para dificuldades quanto à configuração da antijuridicidade ou da culpabilidade em sentido estrito, com a consequente ‘transferência’ da responsabilidade penal a título de autoria para os escalões superiores da empresa pela via da imputação da prática criminosa em autoria mediata”. (Estellita, 2017, p. 40).

deliberada” para assumir uma presunção de culpa visando suprir a deficiência estatal na produção da prova²⁸ e superar as dificuldades de individualização de condutas buscando, insaciavelmente, a responsabilização criminal do empresário²⁹.

A posição do garantidor, por si só, não é suficiente para a responsabilização penal do empresário. Como ressaltam Christiano Falk Fragoso e João Pedro Gradim Fragoso (2022), a imputação do crime nesses casos ainda dependerá “[...] da verificação da tipicidade, da omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da possibilidade de agir, do nexo de causalidade, do elemento subjetivo, da antijuridicidade e da culpabilidade” (Fragoso; Fragoso, 2022, p. 55).

Ainda que o art. 2º da Lei nº 9.605/98³⁰, por exemplo, destaque a figura do garantidor, impondo ao diretor, ao administrador, ao membro do conselho e de órgão técnico, ao auditor, ao gerente e ao preposto ou mandatário de pessoa jurídica o dever de impedir a prática de crime ambiental, apenas haverá a responsabilização quando tiver conhecimento desta infração penal e, podendo, não evitá-la. Não há responsabilidade por presunção, mas por conduta, ainda que omissiva.

Desta forma, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, mas com o fim de contextualizar o âmbito da pesquisa, a atribuição de responsabilidade penal aos dirigentes e gestores de empresas é tema de grande efervescência doutrinária. O Direito Penal, cuja pena é somente uma de suas consequências, tem efeitos extrapenais e exige enorme rigor para justificar sua incidência no Estado que se anuncia como Democrático de Direito.

²⁸ A questão perpassa pelo fato de que, em decorrência das variadas divisões, hierarquização e descentralização das atividades realizadas por uma empresa, “[...] não se consegue identificar o autor da conduta incriminada, mas apenas meros instigadores, ou porque o delito é especial e há dificuldade em capturar a contribuição típica do *intraneus*, ou, ainda, pela evidente dificuldade de prova das diversas contribuições” (Estellita, 2017, p. 47).

²⁹ Christiano Falk Fragoso e João Pedro Gradim Fragoso (2022) deixam evidenciado que “A verificação da existência do dever de agir demanda uma minuciosa análise do organograma empresarial e do exame da efetiva atribuição das funções exercidas – que, frise-se, é extremamente maleável, porquanto passível de sucessivas delegações – a fim de que se verifique quem era efetivamente responsável pelo controle sobre a fonte de perigo.” (Fragoso; Fragoso, 2022, p. 55).

³⁰ De acordo com a Lei nº 9.605/98, “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.” (Brasil, 1998, cap. 1, art. 2º).

2.7 O limbo existente entre o dolo eventual e a culpa consciente

Uma das características mais relevantes do Direito Penal e que o distingue dos outros ramos do ordenamento jurídico está nas consequências resultantes da violação de um bem jurídico protegido pela norma penal³¹.

O dolo e a culpa desempenham um papel central na caracterização de uma infração penal, figurando como elementos da conduta que viabilizam a análise da subsunção, ou não, do fato a um tipo penal específico.

O Código Penal estabelece que será considerado crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Também prevê que o crime culposos se configura “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (Brasil, 1940, tít. II, art. 18, inc. I-II)³².

O elemento subjetivo do tipo penal deve restar cabalmente delineado para que haja a caracterização da conduta criminosa, não se podendo prescindir, portanto, da observância cogente dos pressupostos que estruturam o tipo penal doloso para o início da aferição da cadência de componentes que se circunscrevem ao fato típico.

É certo que há três teorias de relevo que buscam explicar o dolo, conforme apontado por Cláudio Brandão (2019), tratando-se da teoria da vontade, da teoria da representação e da teoria do consentimento. Para a teoria da vontade, “[...] a essência do dolo está na vontade de *realizar o ato*.” (Brandão, 2019, p. 132), mencionando como grande expoente desta teoria o italiano Francesco Carrara. Já a teoria da representação “[...] reconhece o dolo com a simples previsão do resultado

³¹ Heloisa Estellita (2017) confere evidência ao princípio da subsidiariedade e afirma que “[...] em combinação com princípio da proteção de bens jurídicos, extrai-se que o direito penal só possa ser utilizado para proteger bens jurídicos ali onde outros instrumentos sancionadores menos atentatórios dos direitos individuais tenham se provado insuficientes. Disso decorre o caráter necessariamente fragmentário do direito penal, ou seja, a seletividade de sua tutela, reservada aos bens jurídicos mais importantes contra os ataques mais graves.” (Estellita, 2017, p. 250). Prossegue a autora afirmando que o princípio da subsidiariedade, muito relacionado à questão trabalhada, “[...] nada mais é do que uma decorrência do princípio constitucional da proporcionalidade, e determina que o direito penal só possa ser utilizado para proteger bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais graves, daí seu caráter necessariamente fragmentário, no sentido de que ele tem autonomia para atribuir aos injustos captados pelo legislador nas normas penais incriminadoras a gravíssima consequência que é a sanção penal.” (Estellita, 2017, p. 142).

³² Art. 18, incisos I e II do Código Penal. A redação do dispositivo não foi alterada com a reforma da Parte Geral promovida pela Lei nº 7.209/84, mantendo-se o mesmo conteúdo do art. 15 previsto no texto anterior, com meras atualizações na gramática do texto.

[...]” (Brandão, 2019, p. 133), abarcando tão somente a consciência, sendo defendida por Franz von Liszt. E na teoria do consentimento (ou do assentimento), a mera representação seria insuficiente para entender-se a conduta como dolosa, devendo o agente “[...] prestar um consentimento para a realização do resultado, mostrando uma atitude de indiferença frente à preservação do bem jurídico.” (Brandão, 2019, p. 134)³³.

O Código Penal adotou, quanto à teoria do dolo, as teorias da vontade e do assentimento.

O tipo penal doloso pode assumir duas modalidades, conforme art. 18, I do Código Penal, sendo o dolo direto a situação na qual o agente quer o resultado, restando evidenciada a teoria da vontade; e o dolo eventual, em que o agente assume o risco de sua produção³⁴, materializando a teoria do consentimento³⁵.

Quanto ao dolo eventual³⁶, Guilherme Coelho Colen (2015) ressalta o critério do risco e a valoração desse risco³⁷, conectando-o ao princípio da legalidade para evitar corromper a taxatividade. Nas palavras do Colen (2015)

³³ Conforme destaca Miguel Reale (2012), “O dolo é eventual quando o agente inclui o resultado possível, de forma indiferente, como resultado da ação que decide realizar, assentindo em sua realização, que confia possa se dar. Diante de um resultado nocivo possível, o agente arrisca e prefere agir, admitindo e não lhe repugnando, assim, a ocorrência do resultado.” (Reale, 2012, p. 225).

³⁴ Guilherme Brenner Lucchesi (2018) afirma que “[...] a *assunção de risco* de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível – ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta.” (Lucchesi, 2018, p. 135).

³⁵ Nas palavras de Guilherme Brenner Lucchesi (2018), “Tomando-se os próprios dispositivos do CP, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de *dolo*; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que ‘[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo’ coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo. Não se trata de proposição inovadora. Há muito já se defende no direito brasileiro que o art. 18 por si é insuficiente para definir o dolo.” (Lucchesi, 2018, p. 136).

³⁶ Tendo em vista a estrita relevância com o tema da tese sob pesquisa, ressalta-se posicionamento de Pierpaolo Cruz Bottini (2012), segundo o qual “Pessoalmente discordo da possibilidade de dolo eventual na lavagem de dinheiro. Mas, caso se admita a hipótese, algumas cautelas são necessárias. Antes de tudo, é fundamental notar que o dolo eventual, ainda que careça da vontade de resultado e da ciência plena da origem ilícita do bem, exige uma consciência concreta do contexto no qual se atua. Como ensina Roxin, não basta uma consciência potencial, marginal, ou um sentimento. Deve-se averiguar se o agente percebeu o perigo de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o dolo eventual.” (Bottini, 2012, s/p).

³⁷ Juarez Cirino dos Santos afirma que “[...] o dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por *levar a sério a possível* produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por

A definição legal de dolo eventual estabelece o critério do risco como a baliza definidora desta espécie de tipo doloso. Ao contrário do direto, espécie na qual o legislador se utilizou de uma estrutura lógico-objetiva, no dolo eventual há a necessidade de um juízo de valor para a compreensão do sentido e do alcance do instituto. Sabe-se que a estrutura lógico-objetiva aponta para um elemento descritivo do tipo penal, tal elemento descritivo tem existência independente do direito, por isto ser qualificado como estrutura lógico-objetiva. Porém o elemento normativo “risco”, que é usado para definição legal do dolo eventual não condiz com uma descrição, mas sim com uma valoração. Para que a taxatividade penal não seja violada é necessário submeter este elemento ao postulado do princípio da legalidade. Para tanto, é mister vincular a ideia de risco ao seu conceito imanente: o perigo. Não existe risco sem perigo, e perigo sem risco. (Colen, 2015, p. 183).

Cabe lembrar que o elemento subjetivo culposo está relacionado à realização de uma conduta que viola um dever objetivo de cuidado por negligência, imprudência ou imperícia. Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2002), o tipo penal culposo é exemplo de tipo penal aberto e, por esta razão, “[...] não é possível individualizar a conduta proibida se não se recorre a outra norma que nos indique qual é o ‘cuidado devido’ que tinha o sujeito ativo.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 507). Além do dever de cuidado como apto a causar o resultado, “[...] deve haver uma *relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do resultado*, isto é, que a *violação do dever de cuidado deve ser determinante do resultado*.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 513).

Importante sobrelevar que o tipo penal culposo requer a presença de elementos aptos a caracterizá-lo, os quais se materializam na conduta voluntária comissiva ou omissiva³⁸, na inobservância de um dever objetivo de cuidado, no resultado que não foi querido ou assumido pelo agente, no nexo de causalidade, na

conformar-se com a eventual produção desse resultado — às vezes, com variação para as situações respectivas de *contar com* o resultado típico *possível*, cuja eventual produção o autor *aceita* [...]” (Santos, 2008, p. 143).

³⁸ Importante destacar que a conduta culposa pode ser caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. A imprudência revela-se pela prática de uma conduta perigosa ou mesmo arriscada. Já a negligência, que comporta a omissão, é a conduta na qual o agente pode e deve agir mas não o faz, ou seja, conforme as palavras de Cláudio Brandão (2019), “A negligência é uma conduta negativa, na qual o sujeito deve e pode agir para garantir um dever de cuidado e não o faz.” (Brandão, 2019, p. 147). Por fim, a imperícia representa a falta de capacidade no âmbito da profissão, arte ou ofício.

tipicidade, na previsibilidade e na tipicidade, podendo-se identificar a culpa inconsciente e a culpa consciente como modalidades do tipo penal culposo³⁹.

No que tange à distinção entre a culpa consciente⁴⁰ e o dolo eventual, Cezar Roberto Bitencourt (2018) observa que “Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual.” (Bitencourt, 2018, p. 560). Guilherme de Souza Nucci (2019), arremata afirmando que

Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não o admita como possível, esperando, sinceramente, a sua não ocorrência; no dolo eventual, admite a possibilidade de concretizar, sendo-lhe indiferente. É o que se denomina por *assumir o risco*. (Nucci, 2019, p. 570).

Ao tratar da importância da previsão do resultado na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente⁴¹, Cezar Roberto Bittencourt (2018) dispõe que:

Na hipótese de dolo eventual, a *importância negativa* da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o *valor positivo* que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa valorando sobretudo sua conduta, e menosprezando o resultado. Já na culpa consciente, o *valor negativo* do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o *valor positivo* que atribui à prática da

³⁹ A culpa inconsciente é caracterizada pela previsibilidade do resultado, mas ocorre a ausência de previsão por parte do agente. Já na culpa consciente, além da previsibilidade do resultado, também há previsão de que ele ocorra, mas o agente confia, sinceramente, que este resultado não acontecerá. Cláudio Brandão (2019) ressalta que “A culpa inconsciente é aquela em que o agente não prevê a possibilidade do resultado típico e antijurídico, quando era possível de prevê-lo, e o Direito exigia dele a previsão, por inobservância de um dever de cuidado. [...] A culpa consciente é aquela em que o agente prevê a possibilidade da realização de um ato típico e antijurídico, mas, de modo contrário ao seu dever de cuidado, confia que esse ato não se realizará.” (Brandão, 2019, p. 145).

⁴⁰ Juarez Cirino dos Santos (2002) ressalta que “[...] a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da *possível* produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, pela *leviana confiança* na ausência ou evitação desse resultado, por força da habilidade, atenção, cuidado etc. na realização concreta da ação.” (Santos, 2002, p. 71).

⁴¹ Segundo Guilherme Coelho Colen (2015), ao tratar da consciência de exposição ao bem jurídico e indiferença em sua preservação como elementos que caracterizam o dolo eventual, “[...] agente que com sua conduta possuir o conhecimento de estar potencializando a situação de perigo ao bem jurídico, e mesmo assim atuar com uma postura de indiferença ante a sua preservação, estará incurso no dolo eventual. Sendo assim, a postura subjetiva do agente, especialmente sua indiferença frente ao resultado, é o marco diferencial entre dolo eventual e a culpa consciente.” (Colen, 2015, p. 188).

ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. (Bitencourt, 2018, p. 564).

Em relação ao crime omissivo e os elementos subjetivos a ele relacionados, afirma Juarez Cirino dos Santos (2008) que “O tipo subjetivo da omissão de ação *própria* é o dolo, e da omissão de ação *imprópria*, o dolo e a imprudência” (Santos, 2008, p. 218), destacando que em relação aos casos de omissão,

[...] basta *deixar as coisas correrem* com conhecimento da situação típica de *perigo para o bem jurídico* e da *capacidade de agir* (na omissão de ação *própria*), mais o conhecimento do *resultado* e da *posição de garante* (necessárias na omissão de ação *imprópria*), porque dolo como *vontade consciente* de omitir a ação mandada constituiria exceção rara (o médico *decide* recusar paciente em estado grave sob o argumento de inexistência de leito livre). (Santos, 2008, p. 218-219).

A definição do elemento subjetivo necessário à configuração das infrações penais é imprescindível para se delimitar a responsabilidade penal do agente. Não se pode argumentar pela presunção de dolo, nem mesmo punir a culpa como se dolo fosse, sob pena de se desconstruir o sistema jurídico-penal adotado pelo Brasil que exige para o dolo que sejam expostos os elementos intelectual e volitivo. Pensar ao revés é flertar com a nefasta responsabilidade penal objetiva.

Assim, definir com absoluta precisão os limites do elemento subjetivo doloso dos tipos penais nos crimes omissivos impróprios tem importância peculiar, já que tal feito permitirá, de início, o afastamento da presunção do dolo no caso concreto. Ainda, será possível estabelecer um suporte mais seguro para que os demais componentes que tornam a conduta criminosa possam ser aferidos nos limites de incidência do Direito Penal.

2.8 Direito Penal como *ultima ratio*: a presunção da conduta dolosa como satisfação de um Direito Penal de emergência e o garantismo penal como pressuposto inafastável da incidência das normas penais

O Direito Penal é ramo do ordenamento jurídico que tem a sua existência justificada nos estritos limites da proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade⁴², se fazendo presente apenas quando outros ramos do direito forem insuficientes para tutelar, de forma satisfatória, referidos bens.

Um dos princípios norteadores do Direito Penal é que este ramo do ordenamento seja considerado a *ultima ratio*, ou seja, a lei penal apenas e tão somente deve ser utilizada quando for o último recurso e, ainda, que os mecanismos de controle social se revelarem insuficientes para prevenir e reprimir infrações penais.

Considerar o Direito Penal como *ultima ratio* é essencial para que se reconheça a excepcionalidade deste ramo do ordenamento jurídico e afastar imputações deliberadas⁴³ e *ad hoc*⁴⁴. Alguns princípios estão intimamente ligados à

⁴² Alberto Jorge Lima (2012) sustenta que, em um Estado Democrático de Direito alicerçado na dignidade da pessoa humana e comprometido com o bem-estar coletivo, não é admissível justificar a privação da liberdade individual com base em decisões arbitrárias, irracionais, meramente ideológicas ou tomadas de forma apressada em resposta a "novas situações" que surgem devido à complexidade social atual. O autor afirma que o Estado não deve utilizar o Direito Penal como uma solução aparente para questões sociais, deslocando para o plano simbólico problemas que deveriam ser enfrentados através de medidas políticas, administrativas e econômicas. Lima (2012) destaca a importância da "[...] grande força do aparato de poder estatal, que se faz mister um amplo rol de mecanismos, penais e processuais penais, garantidores do direito fundamental da liberdade, havendo somente possibilidade de privação desse direito para casos restritos, nos quais também se observe a afetação da dignidade, dos direitos essenciais para o ser humano e para a convivência." (Lima, 2012, p. 33).

⁴³ O Direito Penal simbólico não deve ser sustentado por afastar-se dos princípios basilares que regem e justificam a própria existência do Direito Penal. Trata-se de direito que necessita conectar-se com a realidade e, ao mesmo tempo, atender o escopo da excepcionalidade que lhe é inerente. Não se afasta do fato de que a própria evolução da sociedade poderá impor desafios que exigirão a incidência do Direito Penal, como é o caso, por exemplo, dos delitos relacionados à questões informáticas. Ao tratar do princípio da intervenção mínima, Alberto Jorge Lima (2012) ressalta que "Os parâmetros de fabrico da criminalização ditados pelo princípio pretendem separar uma ampliação do Direito Penal sem contato com a realidade, irracional e, portanto, esquizofrênica, de uma expansão baseada nas necessidades criminalizadoras advindas das complexidades da sociedade atual, de novas realidades ou mesmo de situações antigas, mas, em face do contexto moderno, que reclamam, racionalmente, a intervenção penal. [...] Os freios impostos pelo princípio são, antes de mais nada, pressupostos fundamentais para a construção do delito baseados na proporcionalidade entre a liberdade individual e a liberdade do *alter*, entre a liberdade individual e a possibilidade de coexistência." (Lima, 2012, p. 132).

⁴⁴ Guilherme de Souza Nucci (2019) destaca que "[...] a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual

ultima ratio no Direito Penal, dentre eles a própria dignidade da pessoa humana, a subsidiariedade, a fragmentariedade e a intervenção mínima, o que invariavelmente resulta na interpretação restritiva da lei penal, na despenalização de condutas e na priorização de medidas alternativas à pena.

Afrontando a intervenção mínima que se espera do Direito Penal, são criadas novas tutelas que se moldam às supostas emergências sociais. As urgências que têm reclamado a incidência do Direito Penal baseiam-se em fatos concretos que invariavelmente afastam necessária abstração e generalidade que são características das normas penais. Nas palavras de Ferrajoli (2002)⁴⁵,

[...] o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito; de tal forma, quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas da justiça ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém *outra coisa*: arbítrio policialesco, repressão política, regressão neo-absolutista do Estado a formas pré-modernas. (Ferrajoli, 2002, p. 653).

Alessandro Baratta (1994), ao tratar da “Administrativização” do Direito Penal, adverte que o termo “[...] indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos ‘clássicos’ da lei (abstração e generalidade)” (Baratta, 1994, p. 6), fazendo com que as normas penais sirvam à casuística, às emergências, com resvalo nas próprias decisões judiciais, que de acordo com o autor “tendem a assumir um caráter programático e ‘político’ semelhante às leis” (Baratta, 1994, p. 6), o que nomina de “direito penal jurisprudencial”.

A análise do elemento subjetivo doloso não pode, definitivamente, partir de presunções, especialmente na análise dos crimes omissivos impróprios. Atribuir a

estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.” (Nucci, 2019, p. 175).

⁴⁵ Ferrajoli (2002) revela que este Direito Penal de Emergência se sustenta, entre outros, no direito penal do autor. De acordo com o autor, “Essa alteração substancialista e subjetivista do direito penal representa o legado mais duradouro das experiências totalitárias dos anos trinta. Como veremos na quarta parte, a desvalorização finalista da ação e/ou do resultado, e, mais em geral, a subjetivação das formas de desviação constituem, de fato, os traços distintivos do subsistema penal de polícia e do atual direito penal de emergência.” (Ferrajoli, 2002, p. 389).

culpa como presunção de dolo significa satisfazer a um Direito Penal de Emergência, numa tentativa de preencher eventual deficiência estatal para comprovar esta própria culpa. Isso significa inverter os mais basilares princípios que reverberam a excepcionalidade do Direito Penal, evidenciando o Direito Penal do autor.

Luigi Ferrajoli, um dos maiores expoentes do garantismo penal, demarcava a aplicação do Direito Penal (e do Direito Processual Penal) sob estritos pressupostos, e somente seguindo a base normativa e principiológica é que seria legítimo o *jus puniendi* do Estado. Ferrajoli (2002) afirmou que

A unidade do sistema [...] depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (Ferrajoli, 2002, p. 30).

O objetivo do garantismo é delinear critérios, denominados axiomas, que possibilitem uma atuação legítima do Estado, desde a tipificação de um crime até a aplicação do poder punitivo, orientando-se, necessariamente, pela dignidade da pessoa humana e por todos os princípios a ela associados⁴⁶.

A preconização do Direito Penal de Emergência e do punitivismo deliberado, que refuga na norma penal pretensões alheias à estrutura normativa que deve moldar o tipo penal, precisa ser refreada pelos princípios que se traduzem em máximas esculpidas pelo garantismo penal⁴⁷.

⁴⁶ O poder de punir do estado deve observância aos pressupostos do garantismo penal, sob pena de fazer eclodir a tirania. Os investigados, acusados e condenados por infrações penais devem ter preservados todos os seus direitos constitucionais, o que evidencia as máximas de Ferrajoli que reverberam o garantismo e, por consectário, o cumprimento de preceitos fundamentais. É certo que se busca uma máxima aproximação das garantias propostas por Ferrajoli, inclusive Norberto Bobbio, em prefácio à obra de Ferrajoli, já adverte que os axiomas delineados pelo jurista italiano é um ideal de cuja realidade se pode mais ou menos aproximar (Ferrajoli, 2002, p. 9).

⁴⁷ Os axiomas que marcam o garantismo penal dogmatizado por Luigi Ferrajoli em sua obra 'Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal', publicada no ano de 1989, tem origem no iluminismo expandido no século XVIII. Ferrajoli (2002) destacou que "O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico, a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo." (Ferrajoli, 2002, p. 29).

Ao traçar um panorama sobre o garantismo penal, Ferrajoli (2002) destaca que a técnica de limitação e controle dos poderes públicos estabelece diretrizes sobre suas decisões, formando a base estrutural e substancial da democracia. Essas garantias, sejam de caráter liberal ou social, asseguram os direitos fundamentais dos cidadãos contra o poder do Estado, protegem os interesses dos mais vulneráveis em relação aos mais poderosos e defendem as minorias marginalizadas em face das majorias dominantes, equilibrando as razões dos grupos menos favorecidos com as daqueles em posições de poder.

Para Nucci (2019), o garantismo penal está relacionado à imposição de limites à função de punir que o Estado possui. Para o autor, de acordo com esse modelo, que deve obedecer a estrita legalidade “típico do Estado Democrático de Direito”, há um objetivo “voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade” (Nucci, 2019, p. 891).

Luigi Ferrajoli (2002) estabeleceu dez máximas⁴⁸ que considerou essenciais para o exercício do poder punitivo do Estado, uma das quais se refere, justamente, ao fato de que não há lei penal sem necessidade. Somente por este axioma restam afastados, peremptoriamente, os impulsos emergenciais que vislumbram no Direito Penal a solução dos mais diversos anseios sociais flagrantemente alheios à essência que garante a excepcionalidade deste ramo do direito.

Destarte, a atuação do Estado na proteção de bens jurídicos e no exercício do poder de punir exige rigor técnico e atendimento ao molde constitucional brasileiro, que encontra-se alicerçado no Estado Democrático de Direito e está regido por pétreas cláusulas que se materializam em direitos fundamentais ornados na Constituição Federal.

Presumir, portanto, uma conduta dolosa e moldar tipos penais apenas para satisfazer o alvoroço penal de ocasião afasta a excepcionalidade do Direito Penal,

⁴⁸ Luigi Ferrajoli (2002) listou seus dez axiomas para uma correta aplicação do Direito Penal, dispondo que 1) *Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime), 2) *Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei), *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei penal sem necessidade), *Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), *Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação), *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa), *Nulla culpa sine iudicio* (Não há culpa sem processo), *Nulla iudicium sine accusatione* (Não há processo sem acusação), *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova) e *Nulla probatio sine defensione* (Não há prova sem defesa), ligado ao princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade (Ferrajoli, 2002, p. 74-75).

justificado pela *ultima ratio*⁴⁹, e torna materialmente inconstitucionais as normas penais de emergência por ferir os mais comezinhos princípios esculpidos na Constituição Federal.

2.9 Cegueira deliberada: a importação acrítica de instituto estrangeiro para o Direito Penal brasileiro

A “cegueira deliberada”, ou *Willful Blindness Doctrine*⁵⁰, cuja gênese aponta à estrutura do *common law* de matriz consuetudinária anglo-saxã⁵¹, figura como tema discutido pela doutrina moderna e pela jurisprudência, especialmente diante dos crimes econômicos e da responsabilidade criminal de dirigentes e gestores de empresas.

Originada no *Common Law*, a “Teoria” da Cegueira Deliberada pode ser observada no caso Regina versus Sleep na Inglaterra. Conforme Robin Charlow (1992),

⁴⁹ Henrique Viana Pereira (2014), ao tratar do minimalismo penal e *ultima ratio* como limite do poder punitivo estatal, destacou que “Em suma, tem-se que, no discurso minimalista, o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de *ultima ratio*, ou seja, quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal, exercido, por exemplo, pela família, escola e instituições religiosas. [...] Nesse sentido, como a responsabilidade penal não pode acontecer de forma arbitrária, são necessários limites para o *jus puniendi*. Eles são obtidos através dos princípios, que correspondem a verdadeiros filtros limitadores da responsabilidade penal.” (Pereira, 2014, p. 103-104).

⁵⁰ Nas palavras de Correia e Pádua (2018), “Em 1899 a *Willful Blindness* aparece pela primeira vez na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Spurr v. Estados Unidos*. Em sua condenação *Spurr* foi condenado por certificar cheques emitidos por um cliente, cuja conta carecia de fundos. De acordo com a lei aplicável para punir criminalmente tal conduta era necessário uma violação intencional das regras que regem a emissão de cheques. A Suprema Corte entendeu que se o responsável certifica cheques com a intenção que o emissor obtenha dinheiro, mesmo não havendo fundos, tal certificação não é apenas ilegal, mas pode ser imputado ao mesmo o fim específico de violar a lei.” (Correia; Pádua, 2018, p. 431).

⁵¹ De acordo com Guilherme Brenner Lucchesi (2018): “A discussão da cegueira deliberada no direito penal anglo-americano se insere na análise dos elementos necessários para a configuração de crimes, mais especificamente os elementos subjetivos necessários para tornar criminosa determinada conduta. No direito penal americano, assim como no direito penal inglês, esta é uma das temáticas de maior complexidade, por ausência de contornos claros quanto à definição das categorias envolvidas.” (Lucchesi, 2018, p. 66).

O Sr. Sleep, um ferreiro, foi acusado de posse não autorizada de propriedade do governo. Ele havia entregado um barril para embarque que continha parafusos de cobre, alguns dos quais estavam marcados com a seta larga especial do governo britânico [...] Neste caso, o ferreiro não tinha nenhum dever afirmativo especial de descobrir se cada parafuso que comprou ou vendeu era propriedade do governo. (Charlow, 1992, p. 1409, tradução nossa)⁵².

Também conhecida como “ignorância deliberada”⁵³ ou “instruções do avestruz”⁵⁴, a cegueira deliberada consiste na criminalização de uma pessoa em razão da sua manutenção deliberada em estado de ignorância em relação aos seus atos. Ocorre nas circunstâncias em que seria possível ter ciência dos referidos atos e sobre os quais tomar as devidas atitudes.

Entretanto, a base sobre a qual a cegueira deliberada se assenta está ligada à complexa definição do que se entende por “elemento subjetivo” nos sistemas jurídicos inglês e americano, que é referido como sendo *mens rea*⁵⁵, embora hodiernamente tenha sido dada preferência ao termo *culpability*⁵⁶, dada a largueza

⁵² Texto Original: Mr. Sleep, an ironmonger, was charged with the unauthorized possession of government property. He had delivered a cask for shipment that contained copper bolts, some of which were marked with the British government's special broad arrow sign [...] In this case, the ironmonger had no special affirmative duty to find out whether every bolt he bought or sold was government property.

⁵³ Embora seja objeto de críticas a indicação do termo “teoria” para o estudo da cegueira deliberada, Correia e Pádua (2018) afirmam que “Esta teoria foi criada para as hipóteses em que o agente, sabendo da tipicidade de sua conduta, coloca-se em situação de ignorância deliberada, na intenção de sair impune por tal ato. Em outras palavras, o sujeito ignora informações que poderia obter, atua ignorando dados penalmente relevantes, fruto de uma decisão consciente, no intuito de alegar posteriormente, desconhecimento de qualquer ilicitude.” (Correia; Pádua, 2018, p. 429).

⁵⁴ Sobre as intruções do avestruz como sinônimo da cegueira deliberada, Tatiana Monteiro (2009) ressalta que “O nome dessa teoria provém exatamente do ato de um avestruz, qual seja, enterra sua cabeça na areia para que não veja ou escute más notícias, evitando assim, tomar conhecimento de fatos desagradáveis. É exatamente o que ocorre com a pessoa que finge não saber que está praticando um ato ilícito, ‘enterra’ a cabeça para não tomar conhecimento da natureza ou extensão deste ilícito.” (Monteiro, 2009, s/p).

⁵⁵ *Mens rea* é uma expressão latina que em tradução livre significa algo como mente culpada ou criminoso, originado da expressão *actus non facit reum nisi mens sit rea*, que em tradução livre significa que “um ato não torna alguém culpado, a menos que a mente seja culpada”.

⁵⁶ O termo *culpability*, embora possa ser traduzido por culpabilidade, não tem o mesmo sentido aplicado no Brasil, tratando-se de termo que está relacionado aos elementos subjetivos dos crimes.

de interpretações que comporta a *mens rea*⁵⁷. Conforme destaca Guilherme Brenner Lucchesi,

O desenvolvimento da *mens rea* enquanto categoria de imputação, no entanto, seguiu um caminho bastante diverso do das noções romanas de *dolus* e de *culpa*, devido à forte influência do direito canônico – o qual colocava como requisito para a punição a existência de alguma culpa moral – e a missão empreendida baseada pelos juristas ingleses de desenvolver um conceito unitário de *mens rea* capaz de definir todos os diversos elementos subjetivos necessários para a configuração de cada crime. (Lucchesi, 2018, p. 68).

Baseando-se no Direito Penal inglês e norte americano, são quatro os requisitos necessários para a nominada *culpability*, quais sejam: *purpose*, *knowledge*⁵⁸, *recklessness* e *negligence*⁵⁹, que podem ser traduzidas livremente por propósito, conhecimento, imprudência e negligência. Ao tratar da cegueira deliberada é possível aferir a ligação do instituto com o elemento *knowledge* (conhecimento), porém com aplicação que tem por base histórica e cultural alusiva aos países que se valem da *common law* e de toda carga jurídico-penal de origem inglesa e americana⁶⁰.

⁵⁷ Spencer Toth Sydow (2021) afirma que “O estatuto americano resolveu a tormentosa questão das *mens rea* pela criação dos graus de culpa e pela equiparação de situações extremas (*borderlines*) como a da ignorância provocada a partir da lógica de um Princípio da Alta Probabilidade.” (Sydow, 2021, p. 84-85).

⁵⁸ Guilherme Brenner Lucchesi (2018), ao mencionar a definição de *knowledge* no Código Penal Modelo, afirma que o elemento constitui “[...] o conhecimento pelo autor do fato referente à natureza de sua conduta bem como à existência das circunstâncias especiais exigidos pela definição legal de crime. Refere-se também ao conhecimento pelo autor de que o resultado previsto na norma penal será praticamente certo caso pratique aquela conduta naquelas dadas circunstâncias.” (Lucchesi, 2018, p. 78).

⁵⁹ Necessário esclarecer que apenas os estados norte-americanos que adotaram o chamado Código Penal Modelo e reformaram suas legislações é que tratam das quatro categorias mencionadas e que estão relacionadas à *culpability*. Para os crimes federais norte-americanos, por exemplo, ainda se utiliza a *mens rea*, que possui pouca base sólida para aferir, de fato, o elemento subjetivo das infrações penais.

⁶⁰ Guilherme Lucchesi já adverte que “A comparação entre a *willful blindness* utilizada no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos depende de extensa e aprofundada análise não apenas do desenvolvimento e aplicação dessa categoria nos tribunais dos Estados Unidos da América, como do próprio desenvolvimento das categorias de *imputação subjetiva* nos principais sistemas jurídicos da tradição *common law*. Isso porque a realidade jurídica daquela tradição em muito difere da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que trabalha-se em cada qual com categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas diferentes.” (Lucchesi, 2022, p. 66).

Guilherme Lucchesi (2022) explica que a cegueira deliberada⁶¹ substitui o conhecimento necessário em crimes que exigem que o autor saiba de alguma circunstância essencial (*knowledge*)⁶². Nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, o conhecimento é um requisito adicional à *recklessness*, que é o padrão de responsabilidade subjetiva. Isso significa que, na ausência de uma especificação legal, presume-se que o autor será responsabilizado se agir com *recklessness*, ou seja, conscientemente ignorar um risco substancial e injustificável. Conforme Lucchesi (2022), “Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo.” (Lucchesi, 2022, p. 67). A cegueira deliberada permite condenar o autor mesmo sem esse conhecimento pleno.

Convém mencionar que Guilherme Lucchesi (2022) explica que a concepção americana da "cegueira deliberada" enfoca a subjetividade do autor, exigindo que ele não negue a existência de uma circunstância essencial. No entanto, mesmo que a ideia original e suas versões modernas não incluam isso, a jurisprudência brasileira tenta aplicar a “cegueira deliberada” juntamente com uma obrigação presumida de conhecimento por parte do autor.

⁶¹ Vale ressaltar que o próprio autor Guilherme Lucchesi adverte que não há um conceito unívoco em torno do que seria cegueira deliberada, sendo admitido, porém, elementos comuns ao se analisar decisões dos tribunais americanos. Nas palavras do autor, “[...] pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.” (Lucchesi, 2022, p. 67).

⁶² Como observado por Guilherme Lucchesi (2022), “Por um lado, *cegueira deliberada* nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância.” (Lucchesi, 2022, p. 67). De forma diferente, na perspectiva brasileira “[...] convencionou aplicar o que se chama ‘cegueira deliberada’ a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.” (Lucchesi, 2022, p. 67).

Há quem defenda que a cegueira deliberada se assemelha ao dolo eventual, como se verifica no posicionamento de Sérgio Moro (2010)⁶³. No caso, percebe-se que a situação margeia o equívoco de se presumir o dolo quando não se consegue prová-lo, apenas referendando a responsabilidade penal objetiva ou, no mínimo, criando argumentos para se punir a culpa como dolo. Adverte Guilherme Lucchesi⁶⁴ sobre o tema ao aduzir que

[...] não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de direito comparado. (Lucchesi, 2022, p. 67).

Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini (2012) ressaltam que “[...] a *cegueira deliberada* somente é equiparada ao *dolo eventual* nos casos de criação *consciente e voluntária* de *barreiras* que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens [...]” (Badaró; Bottini, 2012, p. 99). Inclusive, cientes de que se tratam de institutos distintos, caso o escopo seja equipará-los não haveria necessidade de se importar a própria cegueira deliberada, bastando aplicar o dolo eventual à conduta que atenda aos seus pressupostos. Isso porque, como lembra Lucchesi (2022), entendida esta equivalência como uma forma de “cegueira deliberada à brasileira [...] Não há porque se desenvolver uma teoria para colmatar lacuna inexistente.” (Lucchesi, 2022, p. 68).

⁶³ Sérgio Moro (2010) afirma que a cegueira deliberada se assemelha “[...] de certa forma, ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica.” (Moro, 2010, p. 69).

⁶⁴ Para Lucchesi (2022), “Cotejando o teor dos enunciados de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, verifica-se não haver coincidência. Comparando-se tais formulações, demonstrou-se serem conceitos diferentes, aplicados com finalidades diferentes – nos Estados Unidos, como substituto do elemento subjetivo *knowledge*; no Brasil, como subespécie de dolo eventual –, não havendo identidade entre tais categorias, apesar da insistência pela jurisprudência nacional.” (Lucchesi, 2022, p. 68).

Importante advertência feita por Jiménez de Asúa⁶⁵, citado por Cláudio Brandão (2019), que ao tratar do dolo eventual destacou que a teoria “[...] requer do julgador um exame das representações e dos motivos que atuaram no psiquismo do sujeito, obrigando o intérprete e aplicador do Direito a investigar os mais escondidos elementos da alma humana.” (Brandão, 2019, p. 136)⁶⁶.

É relevante observar que mesmo havendo críticas à cegueira deliberada, ao analisá-la frente ao instituto do erro de tipo, no qual se afere o erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal, Callegari e Weber (2017) afirmam que

Em verdade, a cegueira deliberada, como já mencionado, exige a firme convicção da possibilidade de crime, contudo, há uma ação positiva do agente para evitar chegar ao conhecimento pleno. No erro de tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, excluindo o dolo.” (Callegari; Weber, 2017, p. 161).

Vale destacar, como aporte da pesquisa, que a omissão imprópria em crimes empresariais tem sido apresentada sob a moldura de uma conduta dolosa, ao menos eventual, circunscrita em bases que muito se assemelham à cegueira deliberada. Analisados os pressupostos sobre os quais se sustenta a cegueira deliberada, percebe-se que esta conformação acaba por preterir o postulado brasileiro que dispõe, de forma expressa, o que se entende por conduta dolosa, conforme dispõe o art. 18, I, do Código Penal (Brasil, 1940, tít. II, art. 18, inc. I).

Dentre as razões que revelam a inadequação de se equiparar o dolo eventual com a cegueira deliberada⁶⁷, sobreleve-se o fato de que o dolo eventual tem como

⁶⁵ Não obstante Guilherme Lucchesi (2018) advirta que o penalista Jiménez de Asúa “[...] erroneamente aponta correspondência entre *purpose* e dolo direto, entre *knowledge* e dolo eventual, entre *recklessness* e culpa consciente entre *negligence* e culpa inconsciente. Tais equiparações não são possíveis, primeiro porque se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque o conteúdo dessas categorias de imputação não correspondem umas às outras.” (Lucchesi, 2018, p. 74).

⁶⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *apud* BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

⁶⁷ Nas palavras de Marcelo Correra (2022), “Em primeiro lugar, a teoria em debate não pode ser equiparada ao dolo eventual. O ‘berço’ do instituto (*common-law* da Inglaterra) sequer conhece o

requisito uma postura indiferente ao resultado cuja probabilidade e o risco são aceitos. Já a cegueira deliberada está mais relacionada com a ampliação do conceito de conhecimento⁶⁸.

O Brasil possui decisões que aplicaram, ainda que de forma incorreta, a “teoria” da cegueira deliberada ou mesmo a teoria do domínio do fato, como se exemplifica nos processos do furto ao Banco Central em Fortaleza⁶⁹, (Ação Penal nº 200581000145860 – 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, revertida em julgado da 2ª Turma do TRF da 5ª Região – ACR 5520/CE), do caso do Mensalão (Ação Penal 470 do STF), além das próprias ações decorrentes da operação Lava Jato. Verificam-se nesses casos que a “teoria” da cegueira deliberada foi aplicada e a conclusão a que se chega é de um alvoroço pela importação de instituto alienígena dissonante da base normativa do país, revelando-se um subterfúgio à incapacidade estatal de demonstrar, de maneira cabal, a existência de conteúdo probante apto à eventual condenação⁷⁰. Resta evidenciada, portanto, uma plena

conceito de dolo eventual. Aliás, a teoria do delito é estranha à tradição costumeira, tanto da Inglaterra como dos Estados Unidos. Essa transposição pura e simples, com uma tentativa de ‘encaixe’ da teoria em algum artigo do Código Penal Brasileiro, revela violação ao princípio da legalidade, na medida em que, ao Poder Judiciário, não cabe inovação do ordenamento jurídico, muito menos quando essa inovação implica ampliação do âmbito de incidência da norma penal.” (Correra, 2022, p. 346). Correra argumenta que “[...] a aplicação da cegueira deliberada no Brasil é indevida. O conceito amplo e abstrato de *mens rea* como equivalente a um elemento subjetivo do crime permitiu, no sistema costumeiro, a construção de uma teoria que permite tomar a probabilidade da ilicitude como conhecimento. Ainda que tenhamos críticas a essa construção que, simplesmente, presume um requisito essencial do crime, o fato é que ela decorre de uma interpretação histórica de um conceito aberto.” (Correra, 2022, p. 348). Assim, no direito brasileiro, considerar a cegueira deliberada como dolo é inconstitucional, pois transforma condutas culposas em dolosas, ampliando indevidamente a incidência penal.

⁶⁸ Guilherme Lucchesi (2022) identifica dois problemas que intitula de armadilhas na aplicação da cegueira deliberada. Primeiro, ela tem sido usada para punir condutas onde não se pode atribuir conhecimento ao autor, evitando reconhecer o dolo. Segundo, tem sido aplicada para contornar a falta de provas desfavoráveis ao autor, presumindo conhecimento em vez de comprová-lo. Essas práticas não são juridicamente permitidas, pois não existe uma categoria no Direito Penal que possa influenciar a interpretação das provas ou ultrapassar os limites de punibilidade definidos pelo legislador. A teoria do dolo cobre adequadamente os casos de dolo eventual, e em outros casos, punir como dolo infringe o princípio da legalidade.

⁶⁹ Ação Penal nº 200581000145860 – 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, revertida em julgado da 2ª Turma do TRF da 5ª Região – ACR 5520/CE. Relator Des. Rogério Fialho Moreira, publicado em 22/10/2008.

⁷⁰ Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022), ao criticarem a forma como a teoria do domínio do fato tem sido utilizada pelos tribunais no Brasil, afirmam que “Da forma como vem sendo empregada pelos tribunais pátrios, a teoria do domínio do fato, longe de refletir os critérios axiológicos cunhados por Roxin, não passa de um subterfúgio argumentativo voltado a suprir déficit probatório de autoria no âmbito da criminalidade empresarial. Isto é, quando não há prova de conduta

dissonância com os postulados do garantismo, da não auto incriminação, da presunção de não culpabilidade e do pressuposto de que ao Estado acusador cabe provar o alegado.

Adaptando-se metaforicamente o postulado da “teoria” da cegueira deliberada ao tema proposto, percebe-se que a mesma estrutura que tanto esvaece as bases do referido instituto é elasticizada e transferida para se presumir o dolo na omissão imprópria, numa tentativa de atribuir culpa aos gestores e dirigentes das empresas ao argumento de sua posição de “dever saber”. Assim, há uma mistura de dolo eventual, cegueira deliberada e omissão imprópria utilizadas no cardápio disponível para condenação de supostos garantes omissos em decorrência de um dolo presumido.

2.10 Compreensão da temática envolvendo os crimes econômicos e a responsabilização penal de dirigentes e gestores de empresas para a análise da incidência do princípio da intranscendência da responsabilidade criminosa

Cabe ressaltar que culpar o gestor por omissão imprópria, diante dos parâmetros apresentados e com base em teorização não adaptável à dogmática brasileira, é caminhar para o Direito Penal do inimigo, com supressão das garantias individuais. No mesmo sentido, trilha-se pelas vias da responsabilidade objetiva no Direito Penal.

Desta feita, o estudo da “teoria” da cegueira deliberada e a delimitação do seu conceito servirá como forma de comparação crítica à mesma base prática utilizada para se acusar gestores e dirigentes de maneira presumida⁷¹, no qual se formata o dolo por simples posição na empresa, apresentando-se a importância de se aferir o

(omissiva ou comissiva) do gestor empresarial, invoca-se a teoria do domínio do fato para alcançar sua responsabilidade penal.” (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 303).

⁷¹ Os crimes omissivos possuem estruturação relativa ao nexa causal formatada de maneira distinta dos tipos penais comissivos. Silva, Cantarelli e Gomes Júnior (2019) assinalam que em “[...] crimes comissivos propriamente ditos, o nexa causal é real/físico, isto é, pode-se aferir ontologicamente que ação ‘x’ *causou* o resultado ‘y’, porque se tal conduta não tivesse sido praticada aquele resultado não teria ocorrido.” (Silva; Cantarelli; Gomes Junior, 2019, p. 105).

conteúdo do dolo e sua respectiva abrangência para impedir a tendenciosa responsabilidade penal objetiva.

Este capítulo abordou, portanto, os principais aspectos dos crimes econômicos no ordenamento jurídico, oferecendo uma visão clara sobre a distinção entre o Direito Penal Empresarial e o Direito Penal Econômico. A pesquisa optou por utilizar a expressão "crimes econômicos" em razão de a proteção ao bem jurídico no Direito Penal Econômico se concentrar na defesa da ordem econômica. Acrescenta-se, ainda, que a escolha pelo termo "empresa" ao invés de "pessoa jurídica" foi justificada por questões de didática, tornando o conteúdo mais acessível e compreensível.

Além disso, foram explorados conceitos relacionados à sociedade do risco e à expansão do Direito Penal na proteção de interesses econômicos, bem como a forma como os crimes econômicos são tratados na legislação penal brasileira. O capítulo também apresentou notas introdutórias sobre a responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas, destacando o limbo existente entre o dolo eventual e a culpa consciente, que traz consequências importantes na imputação de responsabilidade penal a esses indivíduos.

O estudo ressaltou ainda o Direito Penal como *ultima ratio*, apontando a presunção da conduta dolosa como uma manifestação de um Direito Penal de emergência, e a importância do garantismo penal como pressuposto fundamental para a aplicação das normas penais. A análise da cegueira deliberada, importada do *common law* para o Direito Penal de base romano-germânica, foi especialmente relevante, uma vez que destacou o desajuste teórico e os impactos dessa importação na responsabilização penal de dirigentes e gestores de empresas.

Dessa forma, o estudo dos temas desenvolvidos neste capítulo foi essencial para compreender a complexidade que envolve os crimes econômicos, com ênfase especial nos desafios da imputação de responsabilidade penal que, muitas vezes, é direcionada de maneira precipitada a dirigentes e gestores de empresas.

Portanto, o conteúdo deste capítulo constitui uma base crucial para a análise da aplicação do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal no modelo constitucional de direito, especialmente no contexto dos delitos econômicos.

3 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES ECONÔMICOS

A conduta humana que viola ou expõe a perigo de lesão o bem jurídico protegido pela norma penal pode ter sido praticada por ação ou por omissão do agente⁷². Neste caso, é possível que a conduta seja omissiva própria ou omissiva imprópria⁷³.

Realizar estudos sobre o *non facere* constitui um desafio, já que, como regra, o delito é normalmente associado à subsunção do fato à norma penal decorrente de uma atividade positiva⁷⁴; e a discussão em torno dos crimes omissivos abrange a aferição da existência fática da omissão ou a sua mera criação pelo Direito⁷⁵.

Conforme relembra Cláudio Brandão (2019), a norma penal “[...] pode ser proibitiva ou imperativa (também chamada de preceptiva).” (Brandão, 2019, p. 77). As normas proibitivas, como o próprio nome já permite antever, proíbe determinadas condutas que, se realizadas, sujeitam o agente à sanção penal. Este tipo de norma dá origem aos crimes comissivos. Já as normas imperativas determinam que algumas condutas sejam realizadas e caso o agente não as efetive, restará

⁷² Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978), ao tratarem da divisão dos crimes, os identificava como comissivos, omissivos (propriamente tais) e comissivos por omissão (omissivos impróprios). Nas palavras de Hungria e de Fragoso (1978), “Nos comissivos, há uma atividade positiva no sentido do resultado antijurídico; nos omissivos, há uma inação contrária ao dever jurídico de agir, constituindo, em si mesma, o crime; nos comissivos por omissão, a inatividade é meio ou antecedente causal do resultado antijurídico.” (Hungria; Fragoso, 1978, p. 42-43).

⁷³ Juarez Tavares (2018) menciona três espécies legais de crimes omissivos, quais sejam: delitos de mera omissão (omissivos próprios); delitos de omissão e resultado; e delitos omissivos impróprios. Não obstante, o autor entende que o critério bipartido é preferível, “[...] porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados como delitos omissivos próprios ou impróprios.” e a classificação tripartida tem fundamento que “[...] não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.” (Tavares, 2018, p. 307).

⁷⁴ Vale destacar que o Código Criminal Brasileiro de 1830 já previa no art. 2º, §1º, a omissão como uma modalidade de conduta passível de punição, dispondo que “Art. 2º Julgar-se-ha crime, ou delicto: §1º toda ação ou omissão voluntaria contrária às Leis penaes” (Brasil, 1830, tít. I, cap. I, art. 2º, § 1º).

⁷⁵ Cláudio Brandão (2019) destaca que “Dentre os que consideram que a omissão é uma realidade no mundo do ser destaca-se Beling, que a define como a não produção de um movimento corpóreo, que é oriundo da retração da capacidade muscular de movimento. Os que consideram a omissão uma criação do Direito apregoam que a omissão não tem existência real por si mesma. A omissão somente existe se for associada a um dever jurídico, que é o dever de agir.” (Brandão, 2019, p. 78), mencionando Juarez Tavares como adepto a esta posição.

configurada a infração penal. Como se nota, este tipo de norma penal dá origem aos crimes omissivos, que podem ser classificados como crimes omissivos próprios e por crimes omissivos impróprios⁷⁶ (ou comissivo por omissão)⁷⁷.

A análise da omissão imprópria, ou seja, do dever de agir na posição de garante, está no cerne da pesquisa em comento, já que o escopo é avaliar os reflexos da intranscendência da responsabilidade criminal nos crimes econômicos, evidenciando os delitos omissivos impróprios e as consequências penais para os dirigentes e gestores-garantidores⁷⁸.

Nesse sentido, serão objetos de estudos neste capítulo breves notas sobre os crimes omissivos próprios, análise dos fundamentos dos crimes omissivos impróprios, além de considerações dogmáticas sobre o concurso de pessoas, com especial destaque para a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização.

3.1 A problemática dos crimes omissivos: entre a definição dos delitos de *non facere* e o alargamento da incidência em tipos penais omissivos

Os crimes omissivos⁷⁹ figuram como um grande dilema⁸⁰ no Direito Penal, especialmente em razão das definições envolvendo a conduta baseada em um *não*

⁷⁶ Juarez Tavares (2018), ao tratar dos crimes omissivos próprios e impróprios, destaca que “Na omissão, esta vinculação do bem jurídico à sua forma de lesão ou de perigo de lesão pode ser exercida de dois modos: mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, o dever de impedir tal resultado.” (Tavares, 2018, p. 294).

⁷⁷ Tavares (2018) faz importante ressalva quanto aos tipos penais que comportam ações e omissões, como é o caso dos crimes de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal); facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do Código Penal); ou de fuga de pessoa presa (art. 351 do Código Penal), exemplos mencionados pelo autor.

⁷⁸ A relevância da omissão, notadamente a omissão imprópria, está descrita no art. 13, §2º do Código Penal, segundo o qual “Art. 13 [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.” (Brasil, 1940, tít. II, art. 13).

⁷⁹ Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) menciona Luden (*Ueber den Tatbestand der Verbrechen, 1840, 259*) como o primeiro a distinguir nitidamente as espécies de crimes omissivos como sendo omissivos próprios (ou puros) e omissivos impróprios (ou comissivos por omissão). (Hungria; Fragoso, 1978, p. 512-513).

fazer com reflexos penais, o que pode envolver questionamentos relativos ao conceito de ação, tipicidade penal, causalidade ou mesmo aos critérios de imputação com impactos na punibilidade⁸¹.

Para Gimbernat Ordeig (1987) o conceito de ação no Direito Penal também abarca as condutas omissivas⁸². Nesse sentido destacou o penalista que

A ação, o fazer, o comportamento ativo, é um conceito ontológico, não valorativo – pertence, portanto, à esfera do ser, e não à do dever ser –, porque abrange tanto os bons comportamentos (dar esmola) como os maus (mentir), como os indiferentes (sentar em um poltrona), isto é: porque é um conceito que pode ser estabelecido sem ter que fazer qualquer referência ao mundo dos valores. O conceito de ação ou fazer corresponde, como segunda e última manifestação do comportamento humano, ao conceito de não fazer, de comportamento passivo: este é também um conceito ontológico e não valorativo, na medida em que abrange tanto não fazer coisas boas (não ridicularizar o gago), como não fazer coisas más (não agradecer pessoas que fizeram algum favor), como não ficar indiferente

⁸⁰ Sobre os crimes omissivos e conectando a temática à responsabilidade penal do gestor, observou Crespo (2011), ao tratar dos problemas envolvendo a responsabilidade criminal por omissão, que uma opção “Consiste na imputação de responsabilidade criminal por omissão indevida aos órgãos de administração, ou, se for caso disso, aos superiores hierárquicos da organização empresarial, pela omissão em evitar atos criminosos cometidos pelos seus colaboradores, quando estes se encontravam numa situação em que pudesse ter e deveria fazer isso. A dificuldade desta proposta é óbvia, justamente porque se conecta com um dos capítulos mais obscuros e discutidos da dogmática da Parte Geral do Direito Penal, que é o crime omissivo.” (Crespo, 2011, s/p, tradução nossa) - Texto original: La misma consiste en atribuir responsabilidad penal por omisión impropia a los órganos directivos, o en su caso, superiores jerárquicos en la organización empresarial, por la no evitación de hechos delictivos cometidos por sus empleados, cuando se hallaba en una situación en que hubiera podido y debido hacerlo. La dificultad de esta propuesta salta a la vista, ya sólo por el hecho de entroncar con uno de los capítulos más oscuros y discutidos de la dogmática de la Parte General del Derecho Penal, cual es el delito omisivo.

⁸¹ Juarez Tavares (2018), ao tratar da expansão dos delitos omissivos, já revela alguns problemas relativos a este tipo de crime e que estariam relacionados às “[...] indagações acerca de sua natureza, sua estrutura e sua punibilidade, e cujo tratamento teórico ainda se encontra em discussão, daí o sentido de crise que os envolve, crise essa que não foi solucionada pelos vários critérios propostos para equacioná-la.” (Tavares, 2018, p. 30). De acordo com Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978), “Os autores antigos não cogitavam da omissão como princípio geral, dela tratando apenas com referência a alguns crimes [...] Os praxistas italianos, aliás, entendiam que o crime praticado por omissão deveria ser mais brandamente punido, idéia que aparece também em CARPZÓVIO e outros praxistas alemães [...] A causalidade da omissão, igualmente, não era problemática para FEUERBACH e os autores de sua época, bem como para os que os precederam. [...] Os problemas começaram a surgir com as questões propostas pela teoria da causalidade, ou seja, da imputação física, e com a determinação mais rigorosa do conceito de ação punível.” (Hungria; Fragoso, 1978, p. 512).

⁸² Para Gimbernat Ordeig (1987), “[...] a omissão pode ser definida como um comportamento passivo que consiste na não execução de uma ação específica que, com base em alguma regra, era esperado que o sujeito realizasse.” (Gimbernat Ordeig, 1987, p. 583, tradução nossa). Texto original: [...] puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara.

(não sentar numa poltrona). (Gimbernat Ordeig, 1987, p. 579, tradução nossa)⁸³.

Desta forma, Gimbernat Ordeig (1987) ressalta que “[...] a diferença específica da omissão em relação ao gênero do não fazer, ao qual pertence; é que consiste num não-fazer desvalorizado.” (Gimbernat Ordeig, 1987, p. 579-580, tradução nossa)⁸⁴.

Armin Kaufmann (2006) esclarece que “No termo ‘omitir’ reside uma negação, referindo-se à atuação. Porém, o conceito ‘omissão’ não é sinônimo de ‘não acontecer’, ‘não modificar uma realidade’, ‘não agir’, ‘inatividade’ ou quietude física.”. Para o autor, “Omitir não nega o agir como tal, mas apenas agir numa determinada direção, numa ação concreta.”⁸⁵ (Kaufmann, 2006, p. 45-46, tradução nossa).

Ao tratar da estrutura dos crimes omissivos, Juarez Tavares (1996) afirma que a problemática envolvendo a omissão não foi elucidada pela teoria causal e nem mesmo pelas teorias posteriores como a teoria finalista, dificultando a aplicação do conceito na esfera do Direito Penal. Para o autor, a teoria finalista erra ao considerar que a omissão seja categoria do ser, defendendo que o dever de agir não estaria na categoria ôntica, mas no “substrato axiológico”⁸⁶. Tavares (2018) chega a mencionar

⁸³ Texto original: La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo –pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser–, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir: porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón).

⁸⁴ Texto original: [...] la *diferencia específica* de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece; es la de que consiste en un no hacer desvalorado.

⁸⁵ Texto original: En el término «omitir» reside una negación, referida al actuar. Sin embargo, el concepto «omisión» no es sinónimo de «no suceder», de «no modificar una realidad», de «no obrar en absoluto», de «inactividad» o de «quietud física». El omitir no niega el actuar como tal, sino sólo un actuar en determinada dirección, una acción concreta.

⁸⁶ Juarez Tavares (1996) afirma que “A deficiência da *teoria finalista* reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir. E quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não é qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade a alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um *nada*, absolutamente irrelevante.” (Tavares, 1996, p. 129).

que a teoria finalista seria, basicamente, uma teoria da ação, que teria sido concebida “[...] de modo funcionalmente correto no tocante aos *crimes comissivos*, mas que é claudicante quando procura tratar da omissão.” (Tavares, 1996, p. 132)⁸⁷.

Não menos importante é incidência cada vez mais acentuada de infrações penais que têm por base a conduta omissiva, seja pelo tipo penal cuja norma mandamental impõe um dever, como é o caso dos crimes omissivos próprios, seja pela norma de extensão que permite a responsabilização penal dos garantidores pela omissão dolosa que gera resultado. Tal fenômeno revela uma expansão dos delitos omissivos e, quiçá, tenha formado bases para a administrativização do Direito Penal.

Quanto aos delitos omissivos impróprios, Juarez Tavares (2018) destaca que

A verdadeira ascensão dos delitos omissivos impróprios só começa a marcar presença quando se passa a substituir a lesão ao direito subjetivo, gradativamente, pela responsabilidade decorrente do resultado produzido. Em lugar da lesão ao direito subjetivo, insere-se na estrutura do delito a lesão de bem jurídico. (Tavares, 2018, p. 38).

Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) ressaltaram um problema básico dos crimes omissivos⁸⁸, destacando alguns questionamentos, entre os quais se

[...] a omissão é uma realidade, um fato externo, perceptível através dos sentidos (concepção naturalística), ou é apenas uma criação da lei e como tal uma irrealidade espacial, que somente surge em face de uma exigência estabelecida por uma norma (concepção normativa)? (Hungria; Fragoso, 1978, p. 513).

⁸⁷ Juarez Tavares (1996) ressalta que a distinção entre omissão e ação deve ser feita utilizando um critério baseado em valores, ou seja, atender ao critério axiológico. Uma conduta é considerada omissão quando está associada a uma obrigação de agir, o que realça sua importância. Em contraste, uma ação ocorre quando sua existência não depende de nenhum dever de agir. Esse critério baseado em valores parece alinhar-se com a natureza intrínseca da omissão, sem recorrer às complexas comprovações da relação causal, que foram as limitações das teorias causal e finalista, bem como das abordagens naturalistas ou normativistas que buscaram superá-las (Tavares, 1996, p. 144).

⁸⁸ Marcelo Ruivo (2023) afirma que podem ser elencadas divergências sobre três pontos em relação à conduta omissiva: “(a) A omissão como algo ou como nada?; (b) A omissão tem natureza e desvalor prévios ao direito ou a omissão é pura decorrência da criação jurídica?; (c) A causalidade omissiva possui ontologia prévia ou é pura criação jurídica?” (Ruivo, 2023, p. 43). Para o autor, a omissão “[...] significa a conduta omissiva causadora do resultado.”, ou seja, omissão é algo; a conduta omissiva “[...] é o comportamento da pessoa natural ou jurídica reconhecível pelo direito como desvalioso pela violação de dever de agir anterior ao direito.”, tendo, portanto, natureza e desvalor prévios ao direito; e a conduta omissiva “[...] significa o descumprimento do dever de agir [...] pelo destinatário da norma, em situação na qual havia a concreta possibilidade de agir.” (Ruivo, 2023, p. 44), possuindo, portanto, ontologia prévia.

Assim, vertendo à concepção naturalística, a omissão teria uma existência real, perceptível pelos sentidos, cabendo à norma apenas a função de conferir relevância jurídico-penal à conduta omissiva. Já a concepção normativa contrapõe a ideia de existência real da omissão, atribuindo relevância à conduta omissiva tão somente quando a norma penal impõe que uma dada inação teria consequências penais, delimitando não apenas o não fazer, mas o não fazer algo.

Ao comentar a teoria naturalística, Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) ressaltaram que para ela a omissão não tem realidade “[...] surgindo apenas em face de uma ação esperada, devida ou imposta por uma norma, de qualquer natureza. Realidade tem apenas a inércia.” (Hungria, Fragoso, 1978, p. 514).

Outro fator importante refere-se à causalidade na omissão, com a ressalva de que somente se trata deste tema nos casos envolvendo os crimes omissivos impróprios. Assim, além da análise dogmática envolvendo o fenômeno da omissão com base na existência, ou não, de conduta omissiva nos planos fático ou jurídico, a causalidade nos crimes omissivos também se revela importante para o entendimento do tema.

Atendo-se ao cerne da questão proposta pela pesquisa, há duas importantes correntes que são relevantes sobre a causalidade na omissão, tema que será introduzido nesse contexto e melhor analisado em tópico a seguir. A primeira corrente nega a existência de causalidade real na omissão, que seria tão somente uma causalidade jurídica ou normativa⁸⁹. Já a segunda corrente, considerada naturalística, entende que a omissão é, de fato, uma causa “[...] no sentido de que um fenômeno resulta de todas as condições positivas e negativas de sua realização.” (Hungria, Fragoso, 1978, p. 520). Nesse sentido afirma Luís Greco, em passagem que será melhor explorada adiante no tópico que trata da causalidade na omissão imprópria.

No que tange ao alargamento da incidência de tipos penais omissivos, ainda que as construções legislativas e considerações teóricas do século XIX tenham sido relevantes, Juarez Tavares (2018) destaca três momentos do século XX que

⁸⁹ Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) referem-se à causalidade jurídica ou normativa como sendo uma “quase-causalidade” (Hungria; Fragoso, 1978, p. 520).

considera essenciais quanto à política criminal e reflexos no aumento dos crimes omissivos, sendo eles a instituição do Estado Social, a falência do modelo social e a globalização⁹⁰.

Assim, inicialmente estruturada sob as bases do Estado Social que teria impulsionado a criação de tipos penais omissivos, o que se percebe atualmente, em tempos de globalização, é a ampliação de tipos penais omissivos e a busca pela responsabilização penal de gestores e dirigentes de empresas por uma suposta omissão de seus deveres. Revela-se, neste ponto, uma responsabilização penal pela posição, não pela conduta, situação que nesta pesquisa será objeto de relevo.

Na classificação que distingue os crimes omissivos próprios dos impróprios, uma das distinções apontadas refere-se ao fato da omissão própria ser de mera conduta e a imprópria estar relacionada ao resultado⁹¹. Outra distinção refere-se à previsão legal expressa⁹², sendo que os crimes omissivos próprios estão expressos em lei como tipos penais autônomos, ao passo que as omissões impróprias não estariam expressas.

Ainda, mais uma diferenciação relevante entre omissão própria e imprópria se baseia na existência de norma proibitiva e de norma mandamental, sendo que os crimes omissivos próprios violam normas mandamentais ao passo que os crimes

⁹⁰ De acordo com Juarez Tavares (2018), o Estado Social, que tem por base a noção de que as atividades essenciais do poder devem ser direcionadas para a satisfação das necessidades sociais, com projetos públicos que visam proteger e promover o engajamento, culminou em “[...] uma alteração na estrutura da norma penal: em lugar de preceitos puramente proibitivos, revigora-se seu conteúdo mandamental.” (Tavares, 2018, p. 40), a exemplo da Lei de crimes contra a economia popular que primeiro estavam no Decreto-lei nº 869/1938 e hoje estão em parte regulados pela Lei nº 1.521/51. Tavares (2018) afirma que a falência do Estado Social também foi fator que influenciou na criação de tipos penais omissivos, afirmando que nesta época, “[...] toda a atividade estatal interna é conduzida no sentido de um descomprometimento diante das pretensões sociais materiais.” (Tavares, 2018, p. 41), com a política estatal se coordenando “em função de elementos simbólicos”. Nesse sentido, como observa Tavares (2018), “Como consequência da desagregação do Estado social, passa a se solidificar uma legislação sobre deveres de organização, sem se tomar em conta se tais deveres podem ou não ser cumpridos e se são ou não compatíveis e adequados aos fins de política criminal que o Estado quer perseguir. [...] É a vez das construções funcionais do delito, como aquelas mais radicais, traçadas por Jakobs ou aquelas normativo-sistêmicas, levadas a efeito por Otto.” (Tavares, 2018, p. 41). De acordo com o autor, o mesmo processo é ampliado com a globalização, porém, desta vez “[...] sob influência direta de modelo econômico e político hegemônico, imposto pelos países mais desenvolvidos àqueles da chamada periferia, com uma consequência bem determinada: reger ou até mesmo substituir a legislação nacional pelos preceitos regulamentares das grandes empresas.” (Tavares, 2018, p. 41). Nesse contexto, são criadas políticas criminais tanto para os inimigos do poder, quanto para os deveres de organização, com aumento expressivo dos crimes omissivos.

⁹¹ Esta distinção é criticada por Pierpaolo Bottini (2018), já que aventava-se a hipótese de resultado na omissão própria em razão da periculosidade do comportamento decorrente da inatividade.

⁹² Posição adotada por Armin Kaufmann, como relembra Pierpaolo Bottini (2018).

omissivos impróprios violam normas de proibição. Este posicionamento é rechaçado, como relembra Pierpaolo Bottini (2018), já que é assente que as omissões violam normas mandamentais, exigindo uma conduta positiva.

Pierpaolo Bottini (2018) apresenta, ainda, a distinção ontológica, proposta por Schünemann, segundo o qual as omissões impróprias seriam iguais à ação, aferida em plano pré-jurídico⁹³. Mas Bottini (2018) faz um apontamento relevante. Segundo o autor,

Para encontrar a matéria-prima para a construção de um sistema jurídico, ou jurídico-penal, não basta definir *omissão*. É preciso definir quais omissões são *relevantes*, como já exposto. Assim, após definir *omissão* como um *não movimento voluntário* – teoria *ontológica* – é preciso definir a *omissão relevante*. É preciso identificar quais – dentre os *não comportamentos voluntários* – podem ser selecionados pela norma penal como *relevantes*. Em suma, é preciso *normatizar* a omissão, encontrar suas *qualidades* que permitam ser objeto das atenções do direito. (Bottini, 2018, p. 31).

Pierpaolo Bottini (2018) entende que seria adequada a ideia de “expectativa” para o fim de identificar uma omissão socialmente relevante, exigindo-se que haja uma espera em relação à ação omitida. Com isso, haveria um juízo de valor junto à estrutura ontológica que, se quebrada, faria surgir a frustração e a conseqüente omissão relevante para o Direito Penal. Para o autor, “Se alguém *espera* um comportamento porque sua realização está prevista em uma *norma jurídica*, a *omissão será juridicamente relevante*.” (Bottini, 2018, p. 34)⁹⁴.

⁹³ Segundo Pierpaolo Bottini (2018), “A *teoria ontológica*, ao definir *omissão* como uma *não realização de uma ação* – independente das expectativas de terceiros – a transforma em uma entidade *ontológica negativa*, apartada da *ação*, com a qual tem em comum apenas e tão somente a *capacidade de agir*, qualidade do agente e do omitente. [...] Em síntese, a *teoria ontológica* buscou conceituar *omissão* como um *não comportamento consciente e voluntário*, que existe com independência das expectativas de terceiros. O simples *não fazer* caracteriza a *omissão*, mesmo que ninguém espera uma conduta positiva naquela situação.” (Bottini, 2018, p. 27). Para o autor, ao partir do “prisma *ontológico*”, “da *natureza das coisas*”, a *ação* é definida “[...] como um movimento corporal externo e voluntário, cuja definição pode incorporar outros elementos, como a *direção final* ou a *relevância social*. [...] Assim, quando alguém *corre* está *agindo* em relação à *corrida*, mas também *omite* ficar parada - se essa conduta for *possível*. São condutas distintas, que podem ocorrer simultaneamente, mas não se confundem. Há *ação* e *omissão*, ambas com conseqüências e desdobramentos diversos.” (Bottini, 2018, p. 30).

⁹⁴ Pierpaolo Bottini (2018) estabelece que a diferenciação entre crimes omissivos próprios e impróprios é de natureza normativa e resulta da forma como o comportamento é previsto pela legislação. Antes de serem juridicamente qualificadas, ambas as condutas são vistas como a falta de ações esperadas de uma pessoa capaz de agir conforme a expectativa. Em essência, compartilham a mesma estrutura ontológica. Contudo, a omissão própria é incluída em um tipo penal específico que descreve explicitamente a forma omissiva de conduta (Bottini, 2018, p. 61).

Há, ainda, conforme aponta Pierpaolo Bottini (2018), uma distinção baseada no dever do garante de evitar o resultado, característico da omissão imprópria, sendo que a omissão própria seria um crime comum, mas haveria certa confusão, de acordo com o autor, tendo em vista que “[...] nada impede que a construção de um tipo penal específico de omissão na Parte Especial que exija um comportamento apenas de determinadas pessoas, que ocupam determinadas posições sociais, impondo-lhes um *dever de atuar*.” (Bottini, 2018, p. 58). É possível cogitar, ainda, que toda omissão própria também comportaria um dever de garante, dado o mandamento determinando a atuação, como ressalta Bottini (2018).

É neste cenário, de indefinições de categorias jurídicas e sob fortes posicionamentos distintos na doutrina envolvendo a temática dos crimes omissivos, que se percebe um alargamento da incidência do instituto da omissão imprópria em crimes econômicos. A expansão do Direito Penal nesta seara parece preterir a vastidão dos conteúdos dogmáticos envolvidos na discussão da temática dos crimes omissivos impróprios. Nesse contexto, o Direito Penal é mais uma vez utilizado de maneira atécnica, enviesada, no escopo de atender, ao que tudo indica, situações de ocasião a fim de ofertar respostas que tentem suprir uma cogitada incapacidade técnico-probatória do Estado em apurar e comprovar a prática de infrações penais complexas.

Para melhor fundamentar a pesquisa, as definições atinentes aos crimes omissivos próprios e impróprios, inclusive a temática envolvendo a causalidade neste tipo de omissão, serão tratadas no item seguinte.

3.2 Crimes omissivos próprios⁹⁵

Os crimes omissivos próprios são aqueles em que o agente deixa de fazer algo que está determinado pela norma penal. Assim, há um comando normativo cogente para que uma dada conduta seja realizada, mas o agente não a efetua de forma deliberada e comete a infração penal.

Como se verifica, na omissão própria o agente não possui um vínculo específico voltado à proteção do bem jurídico protegido pela norma penal. Não há, portanto, posição de garantidor quando se trata de crime omissivo próprio.

Nas palavras de Júlio Zini (2016), a omissão simples pode ser tanto um crime comum e tutelar o bem jurídico-penal individual (Zini, 2016, p. 260), como é o caso do clássico crime de omissão de socorro previsto no art. 135⁹⁶ do Código Penal; quanto um crime que tutela bem jurídico-penal supraindividual “[...] e requer que o omitente seja devidamente caracterizado ou possua deveres diversos dos deveres de garante, sendo, portanto, crime especial.” (Zini, 2016, p. 261), tendo como exemplo o crime de prevaricação, previsto no art. 319⁹⁷ do Código Penal. Como destaca Juarez Cirino dos Santos (2002), a omissão de ação própria é o oposto dos tipos de simples atividade e se baseia na solidariedade humana dentro da comunidade social. Essa solidariedade gera um dever jurídico geral de agir, cuja

⁹⁵ Ao tratar da distinção entre os crimes omissivos próprio e impróprio, Gimbernat Ordeig (1997) ressaltou que “Segundo a doutrina dominante, o critério de diferenciação entre a omissão imprópria e a omissão própria residiria no fato de, enquanto na primeira o omitente tem uma posição de garante, porque em virtude de um dever legal (extrapenal) de agir ele garantiria contra a sociedade a integridade do bem jurídico lesado, no segundo o omitente se veria extrapenalmente desligado do interesse protegido pelo tipo penal em questão.” (Gimbernat Ordeig, 1997, p. 11, tradução nossa). Texto original: De acuerdo con la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una *posición de garante*, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión.

⁹⁶ Omissão de socorro. “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.” (Brasil, 1940, tít. I, cap. III, art. 135).

⁹⁷ Prevaricação. “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.” (Brasil, 1940, tít. XI, cap. I, art. 319).

violação acarreta responsabilidade penal dolosa pela omissão da ação exigida (Santos, 2002, p. 128).

Juarez Tavares (2018) menciona que os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito e todos podem ser autores deste tipo de delito “[...] porque o dever de assistência, como se dá na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos” (Tavares, 2018, p. 307). Os delitos omissivos próprios também têm como critério a previsão legal, já que a lei penal é que irá descrever a espécie de omissão que será considerada crime. Os crimes omissivos próprios, quanto ao resultado, são crimes de mera atividade⁹⁸, bastando a violação de um dever de agir.

Vale uma ressalva feita por Juarez Tavares (2018), ao destacar que os dois critérios não são suficientes em alguns tipos penais, como é o caso dos crimes de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal)⁹⁹; facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do Código Penal)¹⁰⁰; ou de fuga de pessoa presa (art. 351 do Código Penal)¹⁰¹. Nesses casos, quando cometidos por omissão, Tavares (2018)

⁹⁸ Quanto a esta forma de diferenciação, Juarez Tavares (2018) destaca que “[...] há hoje uma certa tendência doutrinária, reforçada pela ideia de Roxin, no sentido de também admitir resultado nos delitos de mera atividade. Nestes, o resultado existiria, mas só não poderia ser separado materialmente da ação, porque estaria intrinsecamente ligado a ela. Em complemento à sua tese, Roxin pensa que nos delitos de omissão de socorro (art. 135) e violação de domicílio, na modalidade de permanência em casa alheia contra a vontade expressa de seu titular (art. 150), tidos, classicamente, como delitos omissivos próprios, o respectivo resultado estaria na contínua falta de socorro ou abandono, e na permanente quebra da incolumidade domiciliar.” (Tavares, 2018, p. 308-309).

⁹⁹ Abandono de incapaz. “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima; III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.” (Brasil, 1940, tít. I, cap. III, art. 133).

¹⁰⁰ Facilitação de contrabando ou descaminho. “Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334): Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.” (Brasil, 1940, tít. XI, cap. I, art. 318).

¹⁰¹ Fuga de pessoa presa. “Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de dois a seis anos. § 2º - Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência. § 3º - A pena é de reclusão, de um a quatro anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado. § 4º - No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa.” (Brasil, 1940, tít. XI, cap. III, art. 351).

afirma que “é impossível, em face da simples definição legal, decidir-se se a omissão é própria ou imprópria”. (Tavares, 2018, p. 308).

Interessante, portanto, o posicionamento de Juarez Tavares (2018), que arremata ao definir que “Haverá crime omissivo próprio toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma a violação de uma norma mandamental” (Tavares, 2018, p. 309). Assim, os crimes de abandono de incapaz, facilitação de contrabando ou descaminho ou fuga de pessoa presa, todos na forma omissiva, só podem caracterizar delitos omissivos impróprios, já que “[...] estão referenciados a uma norma proibitiva e mandamental, ao mesmo tempo, e se condicionam a qualidades específicas do sujeito, em face da sua posição de garantidor.” (Tavares, 2018, p. 310). Lembram Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002) que nas omissões próprias “[...] o autor pode ser qualquer pessoa que se encontre na situação típica.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 539).

Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) referem-se aos crimes omissivos próprios como “[...] simples transgressão de um comando, que impõe o dever de atuar.” (Hungria; Fragoso, 1978, p. 515), bastando a abstenção, não se exigindo um resultado danoso ou mesmo perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Os crimes omissivos próprios, portanto, estão tipificados na Lei Penal de forma expressa, com as importantes ressalvas feitas especialmente por Juarez Tavares, devendo ser consideradas as indistintas pessoas que podem cometê-los, o que os distancia, em termos teóricos, dos crimes omissivos impróprios.

3.3 Crime omissivos impróprios¹⁰²

Os crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão) são aqueles em que o agente está na condição de garantidor e deixa de realizar uma ação determinada e necessária, sendo que esta inação acaba permitindo a ocorrência de um resultado.

Deve-se observar, de início, que os delitos de omissão própria guardam relação direta com o dever geral de solidariedade, ao passo que os delitos de omissão imprópria estão relacionados a um dever especial de proteção do sujeito ativo, vinculando-o, normativamente, ao resultado.

Pierpaolo Bottini (2018) ressalta que a omissão imprópria não é explicitamente mencionada em tipos penais específicos,¹⁰³ mas se adapta a eles, seja por estar implícita em sua estrutura, seja por meio de uma cláusula geral de equiparação encontrada na Parte Geral do Código Penal. Essas omissões são aquelas em que se atribui um resultado típico a condutas que não especificam expressamente o modo omissivo (Bottini, 2018, p. 62-63).

Ao tratar da diferença entre os crimes omissivos próprios e impróprios, Juarez Tavares (2018) faz importante delimitação, aduzindo que:

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado proibido, tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível como

¹⁰² Adiantamos as críticas feitas em relação à nomeação desta espécie de crimes omissivos como sendo “impróprios” e, também, como sendo “comissivos por omissão”. Conforme Juarez Tavares (2018), “Modernamente, tem-se questionado a denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que ela não é adequada. Mais inadequada ainda será a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente, será incorreta a denominação de *omissão imprópria*. *Imprópria* por quê? De onde vem o *próprio* e o *impróprio*?”, arrematando o autor que Jescheck sugere a denominação crimes de omissão qualificada, nomeando os crimes omissivos próprios como “crimes de omissão simples”. (Tavares, 2018, p. 312). Esta omissão qualificada não se refere à gravidade da infração penal, mas às “condições especiais do sujeito”.

¹⁰³ Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002) ressaltam que “Os tipos de omissão imprópria têm um tipo ativo equivalente, e a posição em que se deve achar o autor denomina-se ‘*posição de garantidor*’. Um tipo de omissão imprópria é, por exemplo, o do art. 319, no qual ‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício’ pelo funcionário público equivale a ‘praticá-lo contra disposição expressa de lei.’” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 539).

tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. (Tavares, 2018, p. 309).

Assim, o fato de um garantidor não realizar uma ação possível que, por sua vez, não impeça o resultado “[...] na mesma medida de sua produção por ação” (Tavares, 2018, p. 309), evidencia-se a existência de crime omissivo impróprio. Para o autor, trata-se de omissão qualificada, já que os sujeitos precisam ter uma qualidade específica refletida na figura do garantidor. Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1978) afirmam que os crimes comissivos por omissão revelam a

[...] transgressão do dever jurídico de impedir o resultado. [...] violação de comando que deflui de norma que se situa paralelamente à norma proibitiva (e que está, como esta, igualmente implícita). Trata-se de norma que impõe o dever de ativar-se, constituindo o agente em garantidor da não superveniência do resultado. (Hungria; Fragoso, 1978, p. 515)

Refletindo sobre a responsabilidade penal dos dirigentes de empresas, Heloisa Estellita (2017) destaca a relação especial que precisam ter com os bens jurídicos sob proteção penal. Nesse sentido, afirma a autora que embora frequentemente haja uma separação entre decisão e ação que dificulta a imputação de uma conduta ativa aos dirigentes, devido à distância entre a prática da conduta típica e sua posição hierárquica na empresa, essa barreira pode ser reduzida considerando a possibilidade de atribuir o resultado por omissão. Para isso, é necessário reconhecer que os dirigentes têm uma relação especial com determinados bens jurídicos ou fontes de perigo, o que lhes impõe um dever especial de intervir para proteger esses bens, sendo essa omissão considerada tão grave quanto uma ação típica (Estellita, 2017, p. 61).

Estellita (2017), ao tratar das espécies de garantidores, afirma que os garantidores de proteção têm o dever de resguardar um bem jurídico contra quaisquer ameaças, independentemente de qualquer conduta prévia que tenha afetado esse bem. Aqueles que são responsáveis por uma fonte de perigo devem garantir que essa fonte permaneça dentro dos limites legais e, caso esses limites sejam ultrapassados, devem tomar medidas para evitar danos aos bens jurídicos de terceiros que estejam sob risco. Assim, tanto como garantidores de proteção quanto de vigilância, é necessário atuar para prevenir que ocorra um resultado que possa

ofender o bem jurídico ameaçado, “seja porque tem de defendê-lo (garantidor de proteção), seja porque tem de controlar e conter a fonte de perigo (garantidor de vigilância).” (Estellita, 2017, p. 96)¹⁰⁴.

Juarez Cirino dos Santos (2002) destaca que a omissão de ação imprópria está relacionada inversamente aos tipos de resultado e baseia-se na posição de garantidor do bem jurídico atribuída a certas pessoas. Essa posição gera um dever jurídico especial de agir, cuja violação resulta em responsabilidade penal dolosa ou imprudente pelo resultado, como se este tivesse sido causado por uma ação (Santos, 2002, p. 128-129).

Há, portanto, uma relação de dependência entre o garantidor e o bem jurídico a ser protegido por ele, situação que resulta na distinção entre o mero dever de socorro, que faz surgir uma omissão própria e indistinta, e o dever jurídico de proteção, característico da omissão imprópria¹⁰⁵.

Juarez Tavares (2018) afirma que um dos deveres que não podem ser omitidos, sob pena de configuração da omissão imprópria, seria o dever de vigilância sobre subordinados¹⁰⁶. Inclui-se, conforme o autor, a “[...] obrigação de dominar os perigos provenientes dos atos do subordinado.” (Tavares, 2018, p. 321). Porém,

¹⁰⁴ Juarez Tavares (2018) afirma que a diferenciação proposta por Armin Kaufmann entre as posições de garantidor de proteção e de vigilância se referem ao fato de que os primeiros estariam ligados ao dever de proteção aos bens jurídicos impostos àqueles que têm “[...] relações funcionais mais próximas da vítima.” (Tavares, 2018, p. 316), ao passo que os segundos, ligados à vigilância, estariam ligados aos “[...] deveres de fiscalização ou supervisão de objetos geradores de perigo, bem como em relação a perigos que decorressem de ações precedentes realizadas pelo sujeito.” (Tavares, 2018, p. 316).

¹⁰⁵ Conforme Estellita (2017), a relação de dependência entre um garantidor e uma pessoa em situação de risco ocorre quando a pessoa vulnerável confia que o garantidor tomará as medidas necessárias para protegê-la, deixando de adotar outras ações protetivas. Essa relação de confiança distingue entre um simples dever de prestar socorro, cuja negligência pode ser punida sob a acusação de omissão de socorro, conforme o artigo 135 do Código Penal Brasileiro, e a responsabilidade de um garantidor, cuja inação pode ser punida por omissão imprópria, considerada equivalente a uma ação criminosa. Por exemplo, enquanto um visitante em um parque de diversões e uma babá responsável por uma criança têm diferentes obrigações ao não prestar socorro, a omissão se torna imprópria quando a pessoa em risco opta por não procurar outras formas de auxílio por confiar no socorro que foi prometido ou iniciado por alguém, estabelecendo, assim, uma relação de dependência.

¹⁰⁶ De acordo com Heloisa Estellita (2017), “Os garantidores de vigilância têm o dever de vigiar e conter perigos oriundos de uma fonte de perigo. Sua responsabilidade decorre do uso da sua liberdade de organizar a sua vida como bem entender (autonomia individual) desde que respeitadas as esferas alheias (também de autonomia). Assim, como visto, estão proibidas tanto as ações perigosas, como as omissões de adoção de condutas de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros (omissões). É a criação da fonte de perigo que legitima a exigência de que seja mantida dentro dos patamares permitidos ou de que, extrapolando-os, seja reconduzida a estes patamares.” (Estellita, 2017, p. 99-100).

como já adverte Tavares (2018), é necessário delimitar o âmbito desse dever, já que deve-se aferir se a preservação do bem jurídico depende da intervenção do garantidor; o dever só pode ser exigido daquele que tem condições de atuar para impedir a ocorrência do resultado.

No âmbito das empresas, a posição jurídica de dirigentes e gestores acaba sendo determinante para a imputação de responsabilidade penal dada uma suposta conduta omissiva em seu dever de vigilância. Como lembra Heloisa Estellita (2017),

A posição de garantidor dos dirigentes de empresas se funda, conforme entendimento amplamente aceito, no seu controle sobre a empresa como fonte de perigo [...] Aquele que tem o domínio sobre coisas, móveis ou imóveis, que podem causar danos a bens jurídicos alheios tem o dever de tomar medidas de controle para evitar que tais danos ocorram. (Estellita, 2017, p. 100).

Assim, definidas as bases estruturais dos crimes omissivos impróprios, a aferição da existência deste elemento da conduta para a análise da atuação de um dirigente ou gestor é apenas o início para se construir eventuais pressupostos basilares para o reconhecimento da ulterior responsabilidade criminal. Segundo Estellita (2017), embora identificar um dirigente como um garantidor seja um passo fundamental para estabelecer a possibilidade de punição por omissão imprópria, isso não basta. É imprescindível atender a todos os critérios adicionais relacionados a essa forma de responsabilidade, o que pode ser complicado devido à complexidade da divisão de trabalho e das funções que caracterizam as atividades econômicas organizadas.

3.2.1 Limites da omissão imprópria, a posição do garantidor e a vedação ao dever genérico de evitar o resultado

Ao tratar dos crimes omissivos e vincular esses tipos de delitos à necessidade de demonstração empírica como “ato danoso ou vicioso”, Juarez Tavares (2018) apresenta três consequências, quais sejam:

a) a omissão deve ser apreciada em face de seu conteúdo material e não como conduta puramente simbólica ou normativa; b) sua estrutura deve ser construída de modo a permitir que o omitente possa opor a contraprova de

sua inocuidade; c) sua punição depende, substancialmente, de sua estrutura e se torna ilegítima quando não corresponda a um ato danoso ou perigoso ao bem jurídico. (Tavares, 2018, p. 43)¹⁰⁷.

Nos crimes omissivos impróprios é imprescindível que não apenas haja uma necessária vinculação entre o omitente e o resultado evitável, mas também o dever de impedir que este resultado ocorra, com demonstração clara quanto a esta responsabilidade do omitente e, também, restar evidenciada a capacidade fática de promover atos que efetivamente sejam capazes de evitar a ocorrência do resultado.

O doutrinador Gimbernat Ordeig (2001), ao tratar do papel do garantidor, destacou que “Se alguém é responsável por controlar o risco de uma fonte de perigo^{108 109} pré-existente, então o dever do garante consiste em monitorá-lo, e não apenas no início, mas durante todo o tempo sob sua supervisão.” (Gimbernat Ordeig, 2001, p. 19, tradução nossa)¹¹⁰.

¹⁰⁷ Nesses casos, o próprio autor Juarez Tavares (2018) já se adianta quanto aos problemas relativos aos crimes omissivos próprios. Quanto aos omissivos próprios, trata do fato de não poderem ser tão somente normativos, mas vincularem-se ao perigo ou à lesão ao bem jurídico. Quanto aos crimes omissivos impróprios, refere-se à discussão sobre a determinação da fonte e limites dos deveres do garantidor.

¹⁰⁸ Ao se referir às fontes de produção do perigo, Gimbernat Ordeig (2001) afirma que “[...] em relação à responsabilidade em comissão por omissão no direito penal empresarial. a) O empresário apenas tem que monitorar as possíveis fontes de perigo exploradas pela sua empresa, a fim de evitar, na medida do possível, que delas possam resultar lesões aos bens jurídicos [...] A única coisa que importa para que o diretor da empresa responda por uma omissão imprópria é se a imprudência ou o fato doloso punível que não tenha sido evitado - e independentemente de ter sido cometido no interesse ou em prejuízo da empresa - consistiu precisamente no fato de ter afetado uma fonte de perigo relacionada com o estabelecimento, provocando esse foco, posteriormente, violação aos bens jurídicos.” (Gimbernat Ordeig, 2001, p. 18, tradução nossa). Texto original: [...] en relación con la responsabilidad en comisión por omisión en el Derecho penal de empresa, lo siguiente. a) El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos [...] Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es *si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* –e independentemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa– consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos.

¹⁰⁹ No mesmo sentido Juarez Tavares (1996) ressalta que aqueles que controlam fontes de perigo têm a responsabilidade de prevenir danos que possam surgir delas. Isso se aplica, por exemplo, ao proprietário de um edifício em relação aos materiais usados, aos pais em relação às ações de seus filhos, aos delegados de polícia em relação aos atos dos carcereiros, às pessoas em posição de autoridade em relação aos atos de seus subordinados, e àqueles que, por suas ações, criaram uma situação perigosa, sendo responsáveis pelos danos resultantes dessa situação, um conceito conhecido como ingerência (Tavares, 1996, p. 148).

¹¹⁰ Texto original: Si se está encargado del control del riesgo de un foco de peligro preexistente, entonces el deber del garante consiste en vigilarlo *no sólo al principio*, sino durante todo el tiempo que esté bajo su supervisión.

Cabe destacar que o simples dever de vigilância não pode ser o suficiente para a responsabilização criminal de gestores e dirigentes. Sobre o assunto, Eduardo Crespo (2011) reflete quanto à questão envolvendo o dever de vigilância, traçando paralelos com outras situações, como o papel do professor ou dos pais, sustentando que deve ser considerada a responsabilidade da própria pessoa que realizou determinada conduta, mas, por óbvio, analisando se o administrador teve, de fato, um papel na realização de um crime empresarial por meios coercitivos ligados à sua posição nos aparatos de poder da empresa (Crespo, 2011, s/p).

Conforme observado por Cecília Coelho (2018),

Nas grandes empresas, assiste-se a uma atomização ou fragmentação de atuações, decisões e conhecimento sobre riscos. Assim, em regra, não concorrem, nas mesmas pessoas, informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Na realidade, é comum que um delito seja consequência de uma pluralidade de ações realizadas por vários indivíduos sem que cada uma dessas ações, isoladamente, possa fundamentar a responsabilidade pelo fato. (Coelho; 2018, p. 35-36).

Assim, não basta que o garantidor esteja na posição de intervir para evitar o resultado. Afinal, o papel do garantidor não está relacionado a uma obrigação legal, mas sim a “um especial dever de garantia” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 540). É necessário que fique evidenciado que o gestor ou dirigente, no caso de apuração de crimes econômicos, esteja em condições reais de atuar no sentido de evitar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

É relevante analisar que, em corporações e empresas com maior nível de distribuição de funções, haveria menor âmbito de controle e vigilância dos atos à medida em que se avança dos setores da base para os setores localizados no topo da empresa¹¹¹. Heloisa Estellita (2017)¹¹² observa que é possível chegar até mesmo ao desaparecimento do poder de controle ou, ao menos, de intervenção.

¹¹¹ Gimbernat Ordeig (1997) já deixava evidenciada a situação envolvendo a responsabilidade penal de gestores em empresas nas quais se afere o dever de fiscalizar e evitar o resultado, afirmando que “Como algumas indústrias geram fontes de perigo e como estas podem ser desestabilizadas intencional e criminalmente por terceiros (pertencentes ou não à empresa), causando danos a bens jurídicos, surge a questão de saber se o gestor ou gestores competentes para fiscalizar estas fontes respondem em comissão por omissão (geralmente imprudente, embora também seja perfeitamente imaginável que a inatividade seja intencional) por não terem evitado as consequências danosas produzidas por outro como autor imediato.” (Gimbernat Ordeig, 1997, p. 96-97, tradução nossa). Texto original: Como algunas industrias generan focos de peligro y como éstos pueden ser *desestabilizados dolosa y delictivamente* por terceras personas (pertencientes

Gimbernat Ordeig (1997) chega a limitar esta responsabilidade penal por omissão do garante nos casos de obrigação de monitorar aliada à conduta dolosa ou culposa. Nesse sentido o autor revela que:

[...] procurei estabelecer como única circunstância que converte a abstenção em prática por omissão – porque só assim há uma total desvalorização equivalente do crime de omissão indevida com o crime de ação – aquela que ocorre por causa de alguém que, sendo obrigado a monitorar um foco de perigo que subseqüentemente causa um resultado típico, permite (intencionalmente ou imprudentemente) a transformação desse foco permitido em ilícito, ou não o traz de volta aos níveis legalmente tolerados quando isso (devido à ação de um terceiro ou devido a uma causa material) teria transbordado. (Gimbernat Ordeig, 1997, p. 102, tradução nossa)¹¹³.

Fazemos uma observação necessária quanto à conduta culposa, já que, nestes casos, percebe-se que somente haveria de cogitar a responsabilização criminal se houvesse uma previsão legal expressa de crime culposo. Ao revés, tratando-se de crime doloso cometido por terceiro e eventual conduta omissiva decorrente de culpa do garante que teria gerado o resultado, não há que se falar em ingerência do Direito Penal em desfavor deste garantidor se inexistir tipo penal culposo específico para a questão.

Cabe ressaltar, inclusive, uma observação feita por Cecília Coelho (2018) ao tratar da delegação do dever do empresário, cuja responsabilidade poderá ater-se ao dever de controle, correção ou mesmo substituição do agente delegado, que por

o no a la empresa), causando entonces la lesión de bienes jurídicos, surge la pregunta de si el directivo o directivos competentes para la vigilancia de esos focos responden en comisión por omisión (generalmente imprudente, aunque es también perfectamente imaginable que la inactividad sea dolosa) por no haber evitado las consecuencias dañosas producidas por otro como autor *inmediato*.

¹¹² De acordo com Heloisa Estellita (2017), “Na estrutura descentralizada e hierárquica das empresas, a delegação de funções multiplicará essas posições de garantidores: aquele que tem controle imediato sobre a coisa será o garantidor primário; os superiores hierárquicos, dotados de autoridade para emissão de ordens relativas ao uso e emprego da coisa, serão os garantidores secundários. A ascensão desse poder de controle e de emitir ordens em direção ao topo da empresa, passando pelos diversos níveis hierárquicos, implica redução progressiva da intensidade do domínio até seu desaparecimento, quando não há mais possibilidade de intervenção concreta.” (Estellita, 2017, p. 61-62).

¹¹³ Texto original: [...] me he esforzado en establecer como única circunstancia que convierte a una abstención en una comisión por omisión –porque sólo entonces existe una equivalencia desvalorativa total del delito de omisión impropia con el delito de acción– la que concurre en quien, estando obligado a vigilar un foco de peligro que posteriormente causa un resultado típico, *permite* (dolosa o imprudentemente) la transformación de ese foco de permitido en ilícito, o no lo reconduce a los niveles jurídicamente tolerados cuando aquél (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado.

vezes é um administrador que responderá, em alguns casos, por eventual delito cometido no âmbito da empresa¹¹⁴.

A delimitação da inação cuja responsabilidade penal esteja associada via omissão imprópria é crucial para que se impeça a imputação de culpa a quem sequer conduta teve. Nesse sentido, destaca Heloisa Estellita (2017) que é

[...] necessário identificar o fundamento material que permite punir com a mesma pena do crime comissivo aquele que deixa de intervir em curso causal danoso proveniente da empresa, ou, o que é o mesmo, quem, na empresa, é garantidor originário do dever de agir para impedir cursos danosos colocados em marcha por pessoas dentro de sua organização. (Estellita, 2017, p. 70).

Pierpaolo Bottini (2018) observa que, no caso de condutas omissivas, é possível dividir a responsabilidade do empresário diante de riscos próprios e perante riscos alheios. No primeiro caso há um ato comissivo que está no âmbito de atuação das competências do empresário ou da corporação, “[...] de forma que deve administrá-lo para mantê-lo nos parâmetros tolerados, ou para evitar que se desdobre em resultados típicos.” (Bottini, 2018, p. 132).¹¹⁵ Não que o empresário assumirá todo e qualquer risco, mas deverá respeitar normas de cuidado. Já na responsabilidade por riscos alheios, o empresário terá o dever de agir para manter os riscos dentro dos limites permitidos, característico da análise da omissão imprópria.¹¹⁶

¹¹⁴ Nas palavras de Cecília Coelho (2018), “Cumprir destacar que o dever do empresário pode ser delegado, o que provoca um efeito duplo: gera um dever de garantia para quem recebe a delegação e transforma o dever original de garantia do empresário em um dever de controlar, corrigir ou substituir aquele que recebeu a delegação, caso não realize adequadamente a função que lhe foi delegada. [...] Partindo dessas premissas, um administrador, por exemplo, poderá responder por um delito cometido em sua empresa se, dentro do âmbito em que o delito se desencadeou, omitiu-se em seu dever de garantia, não organizou bem a segurança de sua empresa ou não supervisionou aqueles a quem delegou tarefas.” (Coelho, 2018, p. 48).

¹¹⁵ Ao tratar das competências organizativas, Heloisa Estellita (2017) observa que “Esse âmbito de organização pode ser definido seja por ações – como é o caso da responsabilidade por vulneração de seguro relativamente ao próprio aparato físico (o próprio corpo), ou seja, por meio de uma comissão (matar alguém) – seja por omissões, quando houver frustração do dever de seguro.” (Estellita, 2017, p. 90).

¹¹⁶ Pierpaolo Bottini (2018) faz uma observação que esclarece o posicionamento adotado. Segundo o autor, quando um empresário cria um risco não permitido e não o controla, comete um ato mais grave do que um membro da empresa que tinha a obrigação de gerenciá-lo e falhou. A responsabilidade penal do primeiro não depende de um dever de garante específico previsto em lei, pois a própria violação das normas de cuidado torna o resultado imputável. Em contrapartida, para riscos criados por outros, a responsabilidade penal requer a identificação de um dever de

É necessário evidenciar que, ao analisar a primeira parte do §2º do art. 13 do Código Penal, segundo a qual “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, fica latente o quanto se debruça em relação ao trato do “dever de agir”. Ao mesmo tempo, também se observa o quanto o dispositivo é negligente em relação ao “poder agir” no caso concreto. Quanto ao crime omissivo impróprio, observam Altamir Silva, Neuler Gomes Junior e Margarida Cantarelli (2019) que

[...] o artigo 13, em seu parágrafo segundo, ao disciplinar o nexo de causalidade do crime omissivo impróprio, estabelece, *ipsis litteris*, que a “omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e *podia* agir para evitar o resultado” (grifo nosso). À expressão grifada “*podia agir*”, a doutrina e jurisprudência correntes ou (i) têm atribuído a significação de *possibilidade física de agir*, ou (ii) ignoram completamente a expressão e só consideram elemento do nexo de causalidade do crime omissivo impróprio o *dever de agir*. (Silva; Cantarelli; Gomes Junior, 2019, p. 102).

É nesse sentido que o estudo sobre a temática envolvendo a causalidade da omissão imprópria, concurso de pessoas, definições sobre autoria, coautoria e participação permite estabelecer critérios minimamente razoáveis para ulterior responsabilização penal de dirigentes e gestores de empresas, se for o caso.

A análise dos limites da omissão imprópria, da posição do garantidor e da vedação do dever genérico de evitar o resultado envolve questões fundamentais do Direito Penal contemporâneo. Vale ressaltar que a omissão imprópria caracteriza-se pela inércia de um agente que, por lei ou contrato, tinha o dever de evitar um resultado lesivo. Esse conceito se entrelaça diretamente com a posição do garantidor, ou seja, aquele que, por estar em uma posição especial de responsabilidade, tem o dever de agir para impedir um resultado danoso.¹¹⁷ No

garante por parte do omitente, seja previsto em lei ou assumido, caso contrário, o ato será considerado atípico ou uma omissão própria. (Bottini, 2018, p. 136).

¹¹⁷ Heloísa Estellita (2017) esclarece, com um exemplo, sobre os limites de responsabilidade do dirigente ou gestor, com destaque para os deveres de vigilância que instrumentalizam o dever de proteção. Nas palavras da autora, “Um dirigente que contrata um empregado, que, no mesmo dia em que contratado, coloca em ação um plano para praticar múltiplos estelionatos contra os clientes dessa empresa utilizando-se de sua atividade profissional, tem o dever de intervir para evitar esse resultado típico, muito embora não tenha violado qualquer dever de vigilância, por total falta de tempo hábil, aspecto, pois, circunstancial. Ao mesmo resultado se deve chegar se esse dirigente for informado pelo setor de compliance da iminente prática criminosa por um empregado no exercício de sua atividade para a empresa, tem o dever de intervir. Não poderá alegar que, por ter implementado o melhor sistema de compliance do mundo em sua empresa, certificado com

entanto, a responsabilidade penal por omissão não pode ser ilimitada, devendo respeitar o princípio da legalidade e os pressupostos jurídicos estabelecidos.

A vedação do dever genérico de evitar o resultado surge justamente como uma salvaguarda contra a expansão desmedida da responsabilidade penal. Tratar da intranscendência da responsabilidade criminal assegura que o dever de evitar um resultado lesivo só pode ser imposto àqueles que, devido à sua posição de garantidores, têm uma obrigação específica e claramente definida de agir e, podendo, não agem. Sem essa delimitação, haveria o risco de uma responsabilização penal excessiva, onde qualquer indivíduo poderia ser punido por não ter evitado um crime, independentemente de sua capacidade real de intervenção.

Portanto, a discussão sobre esses temas é crucial para estabelecer os contornos da própria omissão imprópria, assegurando que a análise seja feita de forma categórica, em consonância com os princípios fundamentais do Direito Penal. Um desses princípios é, justamente, o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, o qual é defendido nesta pesquisa como gênero que comporta as espécies intranscendência da conduta criminosa e intranscendência das penas.

3.2.2 *A causalidade da omissão imprópria*

Inicialmente é relevante salientar que a análise da causalidade não se refere às questões envolvendo a imputação, tratando-se de temas distintos. A existência da causalidade, inclusive na omissão imprópria, encontra ressonância na relação que envolve o dever de agir e as possibilidades de agir para evitar o resultado

ISO 37001, e que, de tão eficiente, detectou a prática a tempo de evitar a ocorrência, cumpriu com isso seus deveres de vigilância e não tem, conseqüentemente, o dever de agir para evitar o resultado (a prática criminosa do empregado). De uma tal concepção teria de decorrer a conclusão de que à omissão de implementação de um tal sistema (de vigilância) poder-se-ia imputar o resultado típico [...]” (Estellita, 2017, p. 106). Mas também ressalta Estellita (2017) que é essencial considerar “[...] os demais pressupostos da tipicidade na omissão imprópria para tornar claro que afirmar uma posição de garantidor e fornecer os critérios para a determinação da conduta dele juridicamente esperada é só um primeiro passo no longo caminho rumo à afirmação da punibilidade do omitente garantidor.” (Estellita, 2017, p. 235).

danoso¹¹⁸. Já a imputação da infração penal ao agente refere-se às possibilidades de se atribuir a responsabilidade penal a alguém, ainda que seja aferida a causalidade¹¹⁹.

Há intenso debate doutrinário sobre a existência ou não de causalidade na omissão imprópria. Não é pretensão desta pesquisa exaurir a discussão secular sobre o tema em apreço. Os que defendem a inexistência de relação de causalidade na omissão imprópria utilizam-se de diversas nomenclaturas, como lembra Ronan Rocha (2022) ao mencionar que “[...] fala-se em causalidade normativa, jurídica, hipotética, potencial e quase-causalidade.” (Rocha, 2022, p. 175)¹²⁰.

O art. 13, §2º, do Código Penal dispõe sobre a omissão imprópria no Direito Penal¹²¹, exigindo-se que o agente não apenas tenha o dever de agir, mas também que tenha o poder de agir para evitar o resultado. Quanto à possibilidade de agir, Altamir Silva, Margarida Cantarelli e Neuler Gomes Júnior (2019) ressaltam que a doutrina e jurisprudência “[...] ou (i) têm atribuído a significação de *possibilidade*

¹¹⁸ A análise da causalidade restará adstrita aos crimes omissivos impróprios. Cabe ressaltar que os crimes omissivos próprios (ou puros), como é o caso da omissão de socorro prevista no art. 135 do Código Penal, são classificados como delitos de mera conduta, sendo indiferente à existência de resultado naturalístico. Inexiste, portanto, na omissão própria, relação entre omissão e resultado. Pierpaolo Bottini (2018), ao tratar da distinção entre omissão própria e imprópria, afirma que o critério do “resultado” e “mera conduta” é pouco nítido, “em especial diante do crescente reconhecimento da imprecisão da separação dos delitos entre os de *resultado* e os de *mera conduta*” (Bottini, 2018, p. 53). Prossegue Bottini (2018) afirmando que “Há quem sustente que mesmo os crimes de *perigo abstrato* ou de *mera conduta*, apresentam um *resultado*, caracterizado pela *periculosidade* do comportamento.” (Bottini, 2018, p. 53).

¹¹⁹ Marcelo Ruivo (2023) afirma que “O significado de imputação e a capacidade de ser imputável referem-se ao sujeito, sem indicar algo sobre o objeto atribuível ou a valoração da conduta imputável.” (Ruivo, 2023, p. 48).

¹²⁰ Ronan Rocha (2022), ao tratar da doutrina que refuta a causalidade na omissão imprópria, acrescenta que “Nessa linha, é defendida a aplicabilidade da teoria da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios com uma modificação: em vez de ser *eliminada* mentalmente a conduta investigada, *adiciona-se* mentalmente a conduta devida e examina-se se o resultado teria sido evitado” (Rocha, 2022, p. 176), o que acabam por referir-se ao nexo de evitação.

¹²¹ Ao estabelecer diferenças entre os crimes comissivos e omissivos, Heloisa Estellita (2017) esclarece que “Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é sua causa (por exemplo, o ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado (*domínio sobre o corpo* → *movimento corporal* → *resultado*). Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse *domínio* se dá em dois grandes grupos de casos: naqueles nos quais o agente exerce *domínio sobre o desamparo de um bem jurídico*, em virtude do qual a posição de garantidor gera *deveres de salvação*; e naqueles nos quais o agente exerce *domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado*, caso em que o garantidor tem *deveres de asseguramento (domínio sobre uma causa essencial do resultado* → *inobservância dos deveres de asseguramento* → *resultado*).” (Estellita, 2017, p. 89).

física de agir, ou (ii) ignoram completamente a expressão e só consideram elemento do nexos de causalidade do crime omissivo impróprio o *dever de agir*.” (Silva; Cantarelli; Gomes Junior, 2019, p. 102). Para os autores, o poder de agir estaria ligado à exigibilidade da conduta, que migra da culpabilidade para ser aferida na causalidade da omissão imprópria e “[...] ao dizer que é penalmente relevante a omissão do garantidor apenas quando *podia agir*, insere inexigibilidade típica (ou limitação da exigibilidade no âmbito do tipo) em todos os crimes omissivos impróprios.” (Silva; Cantarelli; Gomes Junior, 2019, p. 125).

No que tange à causalidade, Juarez Tavares (1996) afirma que haverá comissão quando o processo que leva ao resultado aumenta significativamente o risco de sua ocorrência. Em contraste, a omissão se fundamenta em outros critérios, como a relação de proteção voltada para um bem jurídico que possa ser efetivamente resguardado em determinado tempo e medida. Assim, a omissão não deve ser avaliada pelo critério de aumento do risco, pois isso caracterizaria uma ação. Ao contrário, a omissão ocorre quando a falta de uma ação possível por parte do indivíduo diminui as chances de evitar o resultado (Tavares, 1996, p. 140-141).

Marcelo Ruivo (2023) destaca que “O poder de agir é pressuposto lógico-ontológico do dever penal de agir [...]” (Ruivo, 2023, p. 299). Para o autor a base desta afirmação encontra-se no “sistema ético normativo”, sintetizado no brocardo *ad impossibilita nemo tenetur* ou *impossibilium nulla obligatio est*, segundo o qual ninguém é obrigado ao impossível.¹²² Ruivo (2023) ressalta a importância da análise empírica dos fatos e do aumento na produção de provas “[...] diante da impossibilidade de presunção – genérica e abstrata – do poder de cumprir o mandamento legal.” (Ruivo, 2023, p. 315). Assim, a análise do poder de impedir o resultado é essencial para se aferir, juntamente com o dever, a ocorrência da omissão imprópria.

Conforme observa Heloisa Estellita (2017), nos crimes omissivos, é essencial um esforço adicional para identificar precisamente a ação que a lei exige, pois esta

¹²² Juarez Tavares (1996) observa que nos delitos omissivos, é essencial que a pessoa tenha a possibilidade física real de agir, o que é uma condição para ser considerada garantidora. Não se pode exigir que alguém atue se não tiver a capacidade física para tal. Assim, uma pessoa que não pode agir pessoalmente não pode ser responsabilizada por sua omissão. Ressalta o autor que essa condição é um elemento dos tipos de crimes omissivos, tanto próprios quanto impróprios. (Tavares, 1996, p. 150).

deve ser capaz de evitar o resultado concreto se inserida hipoteticamente na cadeia causal. Para afirmar o nexo de causalidade¹²³, é necessário definir claramente cada ação esperada do garantidor. Sem essa definição, não se pode estabelecer adequadamente o juízo hipotético necessário para examinar o nexo de causalidade. (Estellita, 2017, p. 253).

Ao tratar do tema envolvendo a relação de causalidade, Luís Greco (2018) afirma que não haveria maiores celeumas em se considerar a existência da referida relação, especialmente na análise dos crimes omissivos. O autor, que defende a causalidade na omissão¹²⁴, aventa como questão preliminar da análise do tema no exemplo em que um pai deixa seu filho afogar-se, apresentando duas correntes, assim dispondo:

A opinião majoritária, que rejeita autêntica causalidade nas omissões, reporta-se, sobretudo, ao brocardo latino *ex nihilo nihil fit*: uma omissão como um nada, também nada faz surgir. O que causaria a morte do filho, assim, não seria a omissão do pai, e sim, por exemplo, a entrada de água em seus pulmões.

A corrente contrária responde que essa concepção se baseia em uma misteriosa compreensão da causalidade como força eficiente, compreensão que desconhece que a causalidade é simplesmente uma relação condicional lógica. Omissões, assim como comissões, poderiam constituir uma condição, a saber, uma condição negativa, de modo que nada impediria fossem elas consideradas causa. (Greco, 2018, p. 18).

Cabe salientar que, ao sustentar a existência de causalidade na omissão imprópria, importando-se para a solução de problemas concretos, Luís Greco (2018)

¹²³ Heloisa Estellita (2017) destaca que os problemas relacionados à causalidade de omissões em contextos empresariais, onde há divisão e alocação de tarefas, aparecem quando a omissão de um responsável está necessariamente conectada à omissão de outra pessoa para que o resultado típico ocorra. Duas situações principais são relevantes: as omissões simultâneas, como aquelas que ocorrem em decisões coletivas de conselhos de administração, e as omissões em sequência, onde a omissão inicial é seguida por omissões subsequentes de outros responsáveis. (Estellita, 2017, p. 259).

¹²⁴ Luís Greco (2018) argumenta sobre as condições negativas para fundamentar a ideia de causalidade na omissão, tratando-as como indispensáveis para descrever o processo causal. No exemplo do pai que deixa seu filho se afogar, “[...] o que mata não é apenas que os pulmões da vítima se encham de água, e sim que neles não entre mais oxigênio, ou seja, a falta de algo. Muitas palavras de que fazemos uso para explicar causalmente o que ocorre são complexas sínteses que contêm condições positivas e negativas. Se disséssemos, assim, que o afogamento é composto também de asfixia, essa conteria tanto aspectos positivos, como a presença de obstáculos mecânicos (aqui, a água) ao processo respiratório, quanto negativos, isto é, a ausência de oxigênio. Se admitirmos a existência de condições negativas, não há porque não considerar que também a omissão pode causar algo. Se a falta de oxigênio pode causar uma morte, a falta de uma ação de salvamento também pode matar.” (Greco, 2018, p. 19).

menciona o desvalor da conduta e o desvalor do resultado como traços distintivos para análise do tema. Ao criticar a suposta existência de um “nexo jurídico” para suprir a inexistência do nexo causal em crimes omissivos, Luís Greco (2018) afirma que esta análise é errônea,

Primeiramente, porque o dever de agir do mencionado dispositivo diz respeito ao desvalor do comportamento, enquanto o problema do nexo entre omissão e resultado diz respeito ao desvalor do resultado. O desvalor do comportamento concerne ao caráter proibido ou permitido de uma determinada forma de agir; o desvalor do resultado, por sua vez, diz respeito às consequências do comportamento considerado proibido. (Greco, 2018, p. 21).

Em segundo lugar, Luís Greco (2018) refere-se aos casos nos quais há o dever de agir de um lado, mas em que não se saberia, ao certo, se este dever efetivamente cumprido teria salvo ou não o bem jurídico. Quanto à problemática envolvendo o nexo entre omissão e resultado, Luís Greco (2018) apresenta duas correntes, quais sejam: a da evitação do resultado¹²⁵, que seria preponderante na Alemanha, e àquela que se refere à diminuição do risco, que se contenta com a criação de uma chance de salvamento. Em ambos os casos, há críticas que variam desde a insuficiência na proteção do bem jurídico, quando se refere à evitação do resultado, até a violação do *in dubio pro libertate* e *in dubio pro reo*, no caso da diminuição do risco.

Sobre a diminuição do risco, Marcelo Ruivo (2023) afirma que “Essa orientação defende a punição de comportamentos que deixam de ampliar as chances de salvamento do bem em hipóteses incertas, v.g., tratamentos médicos.” (Ruivo, 2023, p. 193), ou seja, considera-se que “[...] a ação não realizada poderia ter diminuído a possibilidade de ocorrência do resultado.” (Ruivo, 2023, p. 194).

Ao verificar que a base estrutural da Constituição Federal de 1988 é materializada nos direitos fundamentais esculpidos especialmente no art. 5º, um dos quais refere-se à vedação da transcendência das penas, é defensável a existência do nexo causal na omissão imprópria. Porém, ampliar as hipóteses para fins de imputação penal na forma de um aparente alargamento da causalidade, como é o

¹²⁵ De acordo com Luís Greco, a doutrina da evitação do resultado tem por base a teoria da evitabilidade, quando “o resultado somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza” (Greco, 2018, p. 22-23).

caso do elemento “diminuição do risco” na omissão imprópria, não seria razoável, ainda que sob o argumento de maior proteção ao bem jurídico¹²⁶.

Marcelo Ruivo (2023) destaca que “A causalidade dos crimes omissivos é necessariamente co-causal por depender da força positiva na causação do resultado.” (Ruivo, 2023, p. 248), revelando a necessária coexistência de condutas. Acrescenta o autor que “A intervenção do direito penal apenas seleciona o elemento – positivo ou negativo – da lei causal que lhe interessa para descrever a conduta como sendo o comportamento proibido causador do resultado desvalioso.” (Ruivo, 2023, p. 248). Isso esclarece a relação causal existente nos crimes omissivos, ressaltando o autor que nesses crimes há conteúdo ontológico revelado em razão da “[...] ausência de impedimento da força dinâmica: elemento negativo da lei causal (Ruivo, 2023, p. 250)¹²⁷.

Fundamentando seu posicionamento no sentido de apresentar, inclusive, um método comum de verificação da causalidade na omissão imprópria e nos crimes comissivos de dano, Marcelo Ruivo (2023) afirma que ação (força) e omissão (ausência de impedimento da força), fazem parte da mesma cadeia causal. Ambas, de acordo com o autor, são “[...] construções típicas fundamentadas em partes da mesma lei causal.” (Ruivo, 2023, p. 325). Assim, tanto a comissão como a omissão exigem aferição da *conditio sine qua non*. Para Marcelo Ruivo (2023), a omissão tem por base um desvalor que recai sobre “[...] a ausência de impedimento da ação de força e, portanto, é tão real quanto a ação de força não impedida.” (Ruivo, 2023, p.

¹²⁶ Marcelo Ruivo (2023) afirma que “[...] a doutrina da diminuição do risco altera o conteúdo e a finalidade da norma penal da omissão imprópria. Ao lado da necessidade de verificação da causalidade para a imputação do resultado, sugere critério alternativo menos exigente em termos probatórios, capaz de produzir consequências restritivas da liberdade além dos limites da legalidade.” (Ruivo, 2023, p. 197). Ruivo apresenta como críticas doutrinárias “[...] o perigo da ampliação da incerteza na imputação judicial com a colocação do nexos de causalidade como apenas uma das hipóteses de imputação objetiva por omissão.”; “[...] a transformação ontológica e ampliação do conceito de omitir. [...] Omitir deixaria de ser a conduta causadora da ofensa ao bem jurídico para assumir a qualidade de conduta que apenas não diminuiu o risco de ocorrência do resultado. [...] a violação do princípio da legalidade no sentido da substituição do elemento típico da causalidade pelo elemento risco – externo ao tipo penal. [...] a violação do princípio da legalidade pela falta de prova do elemento típico.”; “[...] a violação do princípio da legalidade na transformação da descrição do resultado ilícito.” (Ruivo, 2023, p. 197-198).

¹²⁷ Ao estabelecer distinções entre o nada e a ausência, Marcelo Ruivo (2023) salienta que “A ausência é muito mais uma observação relacional acerca do ser ou daquilo que não está presente e supostamente poderia estar. A ausência de algo esperado não se resume ao nada, pois há algo que existe como ausência, como falta.” (Ruivo, 2023, p. 246). A exemplo, a ausência dos filhos em um almoço de domingo não é um nada, assim como a ausência de um professor em sala de aula ou mesmo de um juiz na audiência de instrução também não seriam um nada.

327). Por fim, a conduta omissiva é reconhecida de forma ontológica, com efeitos penais negativos, originada, portanto, na mesma lei causal dos crimes comissivos.

Nesse sentido, não obstante a divergência que comporta o estudo do tema ligado à causalidade nos crimes omissivos, sustentamos a existência desta causalidade decorrente da ausência de ação que promove um resultado cujo bem jurídico encontra-se sob a tutela do Direito Penal.

3.4 Concurso de pessoas¹²⁸

Os crimes unissubjetivos são infrações penais que podem ser executadas por um único agente, como é o caso, por exemplo, dos crimes de homicídio, roubo ou estupro. Entretanto, essas infrações penais também podem ser praticadas por duas ou mais pessoas, caracterizando a ocorrência do concurso de pessoas¹²⁹.

O concurso de pessoas previsto no Código Penal¹³⁰, em sua forma eventual e incidente sobre crimes unissubjetivos, ocorre quando duas ou mais pessoas colaboram de maneira consciente e voluntária para a realização de uma infração penal. Esse fenômeno é regulado pelo art. 29 do Código Penal, segundo o qual "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (Brasil, 1940, tít. IV, art. 29)^{131 132}.

¹²⁸ O Código Penal refere-se à expressão "concurso de pessoas". Guilherme de Souza Nucci (2019) ressalta que em "sentido lato" chama-se "coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, cumplicidade." (Nucci, 2019, p. 834).

¹²⁹ O instituto do concurso de pessoas apenas subsistirá no caso de concurso eventual de agentes (monossubjetivos ou unissubjetivos), não se fazendo presente nos crimes em que o concurso de pessoas é necessário (plurissubjetivos). Nestes casos, a infração penal somente se configura quando atingido o número mínimo de agentes descritos na lei penal, como ocorre, por exemplo, no crime de organização criminosa, previsto na Lei nº 12.850/13, em que são exigidas quatro ou mais pessoas para a prática da infração penal (Brasil, 2013, cap. I, art. 1º, § 1º), ou mesmo no crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, sendo exigidas três ou mais pessoas para a configuração do delito (Brasil, 1940, tít. IX, art. 288).

¹³⁰ A redação atual do Código Penal, desde a reforma de 1984, prevê a expressão "concurso de pessoas", ao invés da "coautoria" que encontrava-se na redação originária de 1940. Como lembra Cezar Roberto Bitencourt (2018), "[...] coautoria é apenas uma espécie do gênero 'codelinquência', que também pode se apresentar sob a forma de participação em sentido estrito." (Bitencourt, 2018, p. 808).

¹³¹ Os §§1º e 2º do art. 29 tratam, respectivamente, da participação de menor importância e da cooperação dolosamente distinta, prevendo os dispositivos que "§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave." (Brasil, 1940, tít. IV, art. 29, §§1º e 2º).

A doutrina penal estabelece que, para a configuração do concurso de pessoas, devem estar presentes alguns elementos, quais sejam: a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal das condutas, o vínculo ou liame subjetivo entre os agentes e a identidade de infração penal. Bitencourt (2018) ressalta que a pluralidade de agentes e de condutas evidencia, primeiramente, que a contribuição de cada participante é requisito básico, mas não necessariamente nas mesmas condições, já que é possível que alguns pratiquem o fato material (núcleo do tipo) e outros promovam a instigação, induzimento ou auxílio moral ou material ao executor. Por relevância causal de cada conduta, resta demonstrado que cada um dos participantes “[...] deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado.” (Bitencourt, 2018, p. 816), ou seja, a participação deve ter “eficácia causal” e cada ação deve contribuir significativamente para o resultado final, tornando cada ato relevante para o resultado da infração penal ora cometida. O vínculo (ou liame) subjetivo entre os participantes implica que os agentes devem agir com unidade de propósitos, ou seja, com a mesma intenção criminosa, demonstrando que visam atuar em conjunto. Finalmente, a identidade de infração penal indica que todos os envolvidos devem concorrer para a mesma infração penal.

Existem três principais teorias sobre o concurso de pessoas: a monista¹³³, a dualista e a pluralista¹³⁴.

¹³² Houve significativo avanço no tratamento conferido ao concurso de pessoas, permitindo a correta individualização de condutas e identificação de autores e partícipes, permitindo uma correta responsabilização criminal. Como lembra Nilo Batista (2005), “Desde logo, acresceu-se à regra básica parificadora, de fundo causal, uma referência à culpabilidade de cada concorrente (art. 29). A participação de menor importância (cumplicidade desnecessária), que no sistema do CP 1940 não passava de simples atenuante (art. 48, inc. II), converteu-se em minorante, causa especial de diminuição da pena (art. 29, §1º), capaz de levar a pena aplicada abaixo do patamar mínimo, sem afrontar a súmula nº 231 do STJ. A hipótese de participação em crime menos grave, que antes implicava necessariamente responsabilidade objetiva (art. 48, parágrafo único), dispõe agora de solução mais atenta às exigências do princípio da culpabilidade (art. 29, §2º).” (Batista, 2005, p. 25). A título de observação, a mencionada súmula nº 231 do STJ, segundo a qual “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, foi objeto de análise por parte da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em três recursos sob julgamento (REsp 1.869.764; REsp 2.057.181; Resp 2.052.085). Por maioria de cinco votos contra quatro, os Ministros rejeitaram a proposta de cancelamento do referido enunciado de súmula, que permanece vigente.

¹³³ Também denominada teoria monística ou unitária.

¹³⁴ Nilo Batista (2005) ressalta que “O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade.” (Batista, 2005, p. 36), e avança argumentando que o código penal de 1940, assim como a reforma de 1984 adotaram uma “[...] visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva de autoria de base causal. Daí não decorre

A teoria monista, adotada como regra¹³⁵ pelo Código Penal Brasileiro¹³⁶, defende que, no concurso de pessoas, existe apenas um crime, e todos os agentes respondem pelo crime em sua integralidade, independentemente da sua participação individual. Esta teoria preconiza que todos os participantes do crime devem ser responsabilizados de forma unitária, como se houvesse um único delito praticado por todos. Isso significa que autores, coautores e partícipes são considerados como tendo cometido o mesmo delito, sofrendo penas que refletem sua culpabilidade específica. Cezar Roberto Bitencourt (2018) afirma que

[...] o legislador penal brasileiro adotou a *teoria monística*, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, e, quanto à valoração das condutas daqueles que nele participam, adotou um *sistema diferenciador* distinguindo a atuação de *autores* e *partícipes*, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, *na medida da culpabilidade*, perfeitamente individualizada. (Bitencourt, 2018, p. 812-813).

A teoria dualista, por sua vez, distingue entre autores e partícipes, atribuindo uma responsabilidade diferenciada conforme a participação de cada um. De acordo com essa teoria, "[...] havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas,

logicamente que tenha optado pelo monismo (consideração de que todos concorrem num só crime); tal constatação terá que ser perquirida sobre outras bases." (Batista, 2005, p. 37). Sobre o debate entre as teorias monista (ou unitária), dualista e pluralista, referente à análise do concurso de agentes considerando se haverá delito único (cometido por todos), dois delitos (um cometido por autores e outro por partícipes) ou se são tantos delitos quantos autores e partícipes, Nilo Batista (2005) afirma que "[...] na verdade não passa de uma formulação epifenomênica, que não influencia ou altera – embora possa disfarçar – o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor" (Batista, 2005, p. 31).

¹³⁵ Prevê o item 25 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, reformada no ano de 1984 com a Lei nº 7.209, que "Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação "Do Concurso de Pessoas", decreto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

¹³⁶ Cezar Roberto Bitencourt (2018) afirma que "A reforma penal mantém a *teoria monística*, no sentido de que, em regra, todos os *intervenientes* no fato devem responder pelo mesmo crime (unidade do título de imputação). Adota, porém, a *teoria restritiva de autor*, fazendo perfeita distinção entre *autor* e *partícipe*, que, *abstratamente*, incorrem na mesma pena cominada ao crime que praticarem. Mas que, *concretamente*, variará segundo o grau de participação (§§ do art. 29 e art. 31) e a *culpabilidade* de cada participante. E em relação ao *partícipe* variará ainda de acordo com a *importância causal* da sua contribuição." (Bitencourt, 2018, p. 843).

causando um só resultado, devem-se separar os coautores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro." (Nucci, 2019, p. 835). Assim, enquanto os autores são aqueles que realizam o núcleo do tipo penal, os partícipes são aqueles que contribuem de maneira acessória, instigando, induzindo ou mesmo auxiliando na execução da infração penal. Essa teoria propõe, portanto, a atuação efetiva de cada um que contribui para o cometimento de uma infração penal em concurso, designando delitos autônomos para os autores, que praticam a ação principal, e reservando outros crimes aos partícipes, tendo em vista que praticam atos acessórios, o que reflete na diversidade de contribuições para o delito. Assim, há crimes para autores e coautores e, distintamente, crimes para os partícipes.

A teoria pluralista propõe que existem tantos crimes quantos forem os agentes da infração penal, respondendo cada um conforme o delito que efetivamente cometeu, reconhecendo a multiplicidade de crimes correspondentes às diversas condutas. Segundo Cláudio Brandão (2019), de acordo com a teoria pluralista "[...] existirão tantos crimes quantos forem os seus autores, deste modo cada coautor do delito responderá por um crime diferenciado." (Brandão, 2019, p. 305). A exemplo, no crime de corrupção ativa e de corrupção passiva previstos no Código Penal, embora o fato criminoso tenha a mesma origem e ocorra no mesmo contexto, o corrupto ativo responde pelo delito previsto no art. 333 do Código Penal¹³⁷, ao passo que o corrupto passivo responde pelo crime previsto no art. 317¹³⁸ do mesmo código.

Os limites da responsabilidade penal no concurso de pessoas são determinados pela extensão da conduta, da culpabilidade de cada agente e pela

¹³⁷ Corrupção ativa. "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional." (Brasil, 1940, tít. XI, cap. II, art. 333).

¹³⁸ Corrupção passiva. "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa." (Brasil, 1940, tít. XI, cap. I, art. 317).

relevância de sua contribuição no cometimento da infração penal¹³⁹. Definir a autoria e participação na infração penal, embora tenha reflexos na responsabilidade penal, não pode se confundir com a consequência penal a que estarão sujeitos autores, coautores e partícipes. A lei penal brasileira, seguindo a teoria monista, permite a diferenciação entre autores, coautores e partícipes, não obstante a unidade da infração penal, mas a consequência jurídico-penal será dosada em conformidade com a participação específica e a culpabilidade de cada agente.

Em suma, o concurso de pessoas no Direito Penal é um instituto complexo que exige a consideração de diversos elementos para sua caracterização, incluindo a pluralidade de agentes e o vínculo subjetivo entre eles. As teorias monista, dualista e pluralista oferecem diferentes perspectivas sobre a caracterização de autores e partícipes dos delitos, com reflexos na responsabilização dos agentes envolvidos em um crime coletivo.

3.4.1 Autoria, coautoria e participação no Direito Penal

No Direito Penal, a distinção entre autoria, coautoria e participação é fundamental para determinar o papel de cada um dos agentes na prática da infração penal.

O conceito de autoria não está previsto em lei, ficando a cargo da doutrina formular a definição do que se entende como sendo o autor de uma infração penal. Não há unanimidade quanto à definição de autoria, havendo teorias que buscam melhor identificar o que se entende pelo termo e, ainda, distingui-lo do que se entende por partícipe. Como destaca Renato Machado (2015), há diversas teorias sobre o tema^{140 141}, mas algumas de interesse apenas histórico, outras

¹³⁹ Cláudio Brandão (2019) afirma que, não obstante o Direito brasileiro tenha adotado as linhas gerais da teoria monista, “[...] deve-se ressaltar que à unicidade de crime não importa a unicidade de pena. [...] a pena depende da reprovação pessoal que o ordenamento jurídico faz a cada sujeito, isto é, depende – resalte-se – da culpabilidade” (Brandão, 2019, p. 305).

¹⁴⁰ A teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização serão apresentadas em tópico seguinte, tendo em vista as peculiaridades que cada uma possui e a contextualização necessária para os fins da presente pesquisa.

¹⁴¹ Juarez Cirino dos Santos (2008) observa que a compreensão da autoria, que pode ser individual, mediata ou coletiva, e da participação, que abrange instigação e cumplicidade, é resultado histórico do desenvolvimento de diversas teorias sobre a imputação pessoal em casos criminais. Para o autor, “[...] a teoria *unitária* de autor, fundada na contribuição causal para o fato; o conceito *restritivo* de autor, que distingue autor de partícipe com base na realização da ação típica; a teoria

semanticamente idênticas, com mudança apenas na nomenclatura, restando as mais relevantes que, de fato, apresentam distinções quanto ao que se entende por autor de uma infração penal.

A teoria unitária, mencionada por Pierangeli e Zaffaroni (2002) como teoria do “autor único” é aquela na qual se nega a acessoriedade na participação, ou seja, não faz distinção entre autores e partícipes e todos são equiparados na concorrência para o delito. A teoria unitária tem por base a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*). Como lembra Renato Machado (2015), “Nesse modelo, o crime será imputado indistintamente a todos os intervenientes da empreitada criminosa, sem qualquer distinção.” (Machado, 2015, p. 85)¹⁴². A teoria unitária de autoria é rechaçada pela doutrina, especialmente em razão dos reflexos da responsabilidade penal que recairiam sobre o partícipe que seria considerado autor por equiparação.

Já a teoria extensiva de autor apregoa que partícipes são autores, mas são reconhecidas espécies de participação (instigação e cumplicidade) que, nas palavras de Renato Machado (2015), funcionam “[...] como causas de restrição da pena, com o objetivo de se evitar que todos os intervenientes sejam indistintamente punidos pelo simples fato de terem apresentado alguma contribuição para a produção do resultado [...]”¹⁴³ (Machado, 2015, p. 96). A teoria extensiva, assim como a unitária, tem por base teórica a teoria da equivalência dos antecedentes causais, gerando uma equivalência valorativa em ambas as teorias. Não obstante a semelhança, na teoria extensiva a lei acaba obrigando a distinção por grau de responsabilidade dos agentes da infração penal¹⁴⁴. Renato Machado (2015)

subjetiva de autor, que diferencia autor e partícipe pelo critério da *vontade*; finalmente, a moderna teoria do *domínio do fato*, que conjuga critérios objetivos e subjetivos para definir autor e partícipe do fato punível.” (Santos, 2002, p. 356).

¹⁴² Deve-se ressaltar, porém, que a definição de autoria não se confunde com a determinação da pena. Renato Machado (2015) observa que a pena “[...] dependerá da maior ou menor culpabilidade do agente, porquanto a questão de ser partícipe (*lato senso*) em um crime não se confunde com a questão da culpabilidade do agente colaborador (que, evidentemente, é pessoal e deve ser individualizada).” (Machado, 2015, p. 85).

¹⁴³ Conforme Renato Machado (2015), a distinção promovida pela teoria extensiva de autor “[...] evitaria que a determinação da pena ficasse a cargo da obscura análise da culpabilidade individual, como ocorre no conceito unitário de autoria” (Machado, 2015, p. 96).

¹⁴⁴ Zaffaroni e Pierangeli (2002), ao criticarem a teoria extensiva de autor e proporem a sua rejeição afirmam que “[...] entre outras razões, pela mesma pela qual se deve rechaçar a tese do ‘autor único’; se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 666).

reconhece o avanço da teoria extensiva, mas apresenta como uma das críticas o fato de que a distinção entre autoria e participação não pode ficar ao alvedrio do julgador, não pode cingir-se à causação do resultado ou à culpabilidade, devendo ser feita no âmbito do tipo.

Quanto às teorias restritivas ou diferenciadores da autoria, podem ser sintetizadas como teoria objetivo-formal, teorias objetivo-materiais e teoria subjetiva. Em linhas gerais, pela teoria objetivo-formal, o autor é quem executa a conduta descrita no núcleo do tipo penal e o partícipe é aquele que contribui para o crime de outra forma, desde que não seja a realização do núcleo do tipo. A teoria objetivo-formal é criticada, especialmente, por não solucionar o problema envolvendo a autoria mediata e a autoria intelectual.

As teorias objetivo-materiais¹⁴⁵ fazem a distinção entre autores e partícipes, conforme destaca Renato Machado (2015), “[...] a partir de critérios de relevância da contribuição para a realização do tipo. Essas teorias trabalham basicamente com a ideia de que a conduta desenvolvida pelo autor é sempre mais importante do que a conduta desenvolvida pelo partícipe.” (Machado, 2015, p. 115). Valorizam, portanto, a relevância das condutas perpetradas pelos agentes da infração penal, fazendo a distinção entre causa e condição – o que não é cabível ao nosso ordenamento jurídico que assume, como regra, a equivalência dos antecedentes causais e não apresenta referida distinção.

As teorias subjetivas da autoria apregoam que a distinção entre autores e partícipes deve ser aferida a partir do *animus* do agente, tendo por base a equivalência dos antecedentes causais. De acordo com Cláudio Brandão (2019), para esta teoria “[...] será autor o que queria o fato ‘como próprio’, tendo o *animus auctoris*; será partícipe o que queira o fato ‘como alheio’, tendo este último o *animus socii*”. (Brandão, 2019, p. 307).

Apresentadas as principais teorias que permitem analisar a autoria e a participação de uma infração penal, resta a reflexão de que definir – ou ao menos apresentar um conceito – quem seria o autor de uma infração penal dependerá da teoria adotada. Deve-se considerar, ainda, as especificidades da autoria que podem

¹⁴⁵ Há diversas teorias objetivo-materiais, como a Teoria da necessidade; Teoria da simultaneidade; Teoria da causalidade física e psíquica; Teoria da supremacia do autor, que não serão objetos de apresentação por não constituírem foco da pesquisa em apreço.

estar presentes nos delitos¹⁴⁶. Embora uma definição prática possa apontar como autor aquele que realiza o núcleo do tipo penal, aproximando-se da teoria objetivo-formal, por vezes aplicamos, como se verá adiante, a teoria do domínio do fato. Acrescente-se, ainda, que é possível distinguir três formas de autoria, que compreendem a autoria direta, autoria mediata e coautoria¹⁴⁷.

A coautoria, por sua vez, ocorre quando duas ou mais pessoas colaboram de forma consciente e voluntária para a execução do crime, compartilhando o domínio do fato. Para Bitencourt (2018), “Coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é em última análise a própria autoria.” (Bitencourt, 2018, p. 827). A coautoria implica uma divisão de tarefas entre os agentes¹⁴⁸, onde cada um desempenha um papel essencial para a concretização do delito, inexistindo relação de acessoriedade. A colaboração deve ser consciente e intencional, caracterizando-se pela comunhão de desígnios entre os coautores – o que revela o liame subjetivo, mas como adverte Bitencourt (2018), é desnecessário o acordo prévio.

¹⁴⁶ Quanto às especificidades, Renato Machado (2015) cita a existência de distinções na delimitação da autoria em delito comissivo doloso para o delito comissivo culposo, assim como “[...] a delimitação da autoria nos intitulados crimes próprios exige que o agente, sujeito ativo crime, possua determinada qualidade.” (Machado, 2015, p. 32), não obstante reconheça a possibilidade de uma conceituação mínima do que se entende por autoria.

¹⁴⁷ Destaca Renato Martins Machado (2015) que há três formas básicas de manifestação da autoria, quais sejam: autoria direta, autoria mediata e coautoria. Para Machado (2015), “É autor direto o agente que tem o domínio do fato em virtude de sua pessoal, dolosa, direta e isolada (ou seja, sem a contribuição de outros agentes) realização da conduta descrita no tipo penal.” (Machado, 2015, p. 35). Quanto à autoria mediata, o autor afirma que é “[...] aquele que realiza o crime servindo-se, para a execução da ação típica, de uma terceira pessoa como instrumento.” (Machado, 2015, p. 36). Ainda nas palavras de Renato Martins (2015), apesar das divergências há basicamente quatro hipóteses de autoria mediata, quais sejam: “autoria mediata em virtude da provocação e do aproveitamento de um erro do agente executor material do fato. [...] autoria mediata em virtude da provocação e do aproveitamento de agente executor material do fato que atua de forma lícita. [...] autoria mediata em virtude do aproveitamento do agente executor material do fato que atua de forma inculpável.” e “autoria mediata em virtude da provocação e do aproveitamento de agente executor material do fato que atua de forma plenamente responsável.” (Machado, 2015, p. 40-41). Inclusive, quanto à última hipótese de autoria mediata destaca o autor no sentido da polêmica que reside este tipo de autoria, já que a análise cinge-se à possibilidade, e em qual medida, de se atribuir autoria mediata “[...] através da utilização de uma pessoa que figura como instrumento e que age de forma plenamente responsável. Incluem-se, aqui, por exemplo, os casos de erro de tipo essencial vencível do executor material do fato e a autoria mediata a partir das estruturas de poder organizadas.” (Machado, 2015, p. 42). Por fim, quanto à coautoria, essencialmente trata-se da própria autoria, porém realizada de forma conjunta, não havendo necessidade de que todos pratiquem os mesmos atos delituosos, já que pode existir, no caso, a divisão na execução da empreitada criminosa.

¹⁴⁸ Bitencourt (2018) afirma que “O decisivo na coautoria, segundo a visão finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global.” (Bitencourt, 2017, p. 828).

A participação¹⁴⁹, por outro lado, refere-se à contribuição acessória ou secundária de um indivíduo que não realiza o núcleo do tipo penal, mas que auxilia, induz ou instiga o autor ou coautores na prática do crime¹⁵⁰. Para Cláudio Brandão (2015), “*De per se*, a ação do partícipe é atípica, por isso é que se diz que, a exemplo da tentativa, a participação é uma ampliação do tipo penal, porque em si mesmo o tipo não prevê a conduta do partícipe.” (Brandão, 2015, p. 309), tratando-se, portanto, de conduta acessória. A participação pode ser moral (psíquica ou intelectual), como no caso do induzimento (determinação) e da instigação¹⁵¹; ou material, como no fornecimento de meios para a execução do delito, característico do auxílio – residindo aqui a figura da cumplicidade. A responsabilidade do

¹⁴⁹ Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2008), “A participação, como contribuição dolosa a fato principal doloso, *depende* da existência do fato principal, assim como a *parte* depende do *todo*. A dependência da participação em face do fato principal refere-se ao conteúdo de injusto respectivo: a participação não tem conteúdo de injusto próprio e, por isso, assume o conteúdo de injusto do fato principal; por outro lado, a dependência da participação é limitada à tipicidade e antijuridicidade do fato principal, ou seja, ao *tipo de injusto* do fato principal.” (Santos, 2008, p. 372-373).

¹⁵⁰ A teoria da acessoriedade da participação revela a dependência da conduta do partícipe daquela realizada pelo autor. Esta teoria pode ser classificada como uma causa de extensão da pena, o que rende críticas por vincular a punição do partícipe à culpabilidade do autor; ou pode ser classificada como uma causa de extensão do tipo penal, figurando como norma de extensão tal como se verifica, por exemplo, na tentativa. Renato Machado (2015) afirma que “A redução da pena para o partícipe é, em verdade, uma consequência do acolhimento da teoria da acessoriedade. Há, para o partícipe que contribui para a realização de um determinado crime, a extensão típica e, como consequência de sua contribuição acessória, a redução de sua pena.” (Machado, 2015, p. 61). A acessoriedade da participação pode ser fracionada em quatro graus, variando a depender do comportamento do autor na realização do tipo penal. Pela acessoriedade mínima, bastaria que o autor cometesse um fato típico para que o partícipe fosse punido. Já na acessoriedade limitada é exigido que o autor cometa ao menos o fato típico e ilícito para a punição do partícipe. Pela acessoriedade máxima, exige-se que o autor pratique o fato típico, ilícito e culpável para que se puna o partícipe. Por fim, pela hiperacessoriedade é exigido que o autor tenha cometido um fato típico, ilícito, culpável e punível para que haja punição do partícipe. Nilo Batista (2005) ressalta que foi adotada pelo Código Penal a acessoriedade limitada, sendo punido o partícipe apenas quando o fato praticado pelo autor for típico e antijurídico, baseando suas conclusões em razão do “[...] reiterado emprego da expressão crime na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu §2º, 30. 31 e 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma acessoriedade limitada.” (Batista, 2005, p. 165).

¹⁵¹ Nilo Batista (2005) apresenta tão somente duas formas de participação, quais sejam: a instigação (que para o autor abrigaria o induzimento) e o auxílio. Segundo o autor, “A denominação instigação abrange a determinação e a instigação propriamente dita. Por determinação se compreende a conduta que faz surgir no autor direto a resolução que o conduz à execução; por instigação propriamente dita se compreende a conduta que faz reforçar e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente.” (Batista, 2005, p. 182).

participante é derivada e acessória, sendo condicionada à efetiva realização do crime pelo autor ou coautores¹⁵².

Para Juarez Cirino dos Santos (2002), a participação é vista como uma contribuição secundária a um ato doloso principal, o que exclui sua ocorrência em crimes de imprudência. Na imprudência inconsciente, não se prevê o resultado nem se exerce controle sobre o ato, tornando impossível diferenciar entre autor e partícipe (Santos, 2002, p. 289). Para o autor, a natureza acessória da participação em relação ao ato principal justifica a ausência de controle do partícipe sobre o fato. Isso resulta em duas consequências principais: o partícipe não pode exceder o dolo comum, já que o excesso requer um controle compartilhado do fato, caracterizando coautoria; além disso, a participação geralmente envolve contribuições menos significativas. Contudo, em algumas situações, como na instigação, a participação pode ser tão crucial quanto a autoria (Santos, 2002, p. 290).

A diferenciação entre autoria^{153 154}, coautoria e participação têm implicações significativas para definição de cada um dos agentes na infração penal, com reflexos

¹⁵² Prevê, inclusive, o art. 31 do Código Penal os casos de impunibilidade, segundo o qual “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.” (Brasil, 1940, tit. IV, art. 31).

¹⁵³ Ao tratar do conceito extensivo de autoria, Enrique Bacigalupo (1999) aduz que “Portanto, não deveria surpreender que, partindo de posições céticas sobre a possibilidade de diferenciação da dogmática a partir da oposição sobre o conteúdo normativo e a estrutura da realidade, tenha-se conduzido ao chamado conceito extensivo de autor, cuja função principal era para justificar a chamada autoria mediata. Segundo esse conceito, tanto do ponto de vista da causalidade do resultado quanto do ponto de vista do dano ao bem jurídico, todas as contribuições serão basicamente equivalentes e, portanto, fundamentarão a autoria.” (Bacigalupo, 1999, p. 488, tradução nossa). Texto original: Por lo tanto, no debe sorprender que, partiendo de posiciones escépticas sobre la posibilidad de la diferenciación de la dogmática apoyada en la oposición sobre contenido normativo y estructura de la realidad se haya desembocado en el llamado *concepto extensivo de autor*, cuya principal función fue justificar la llamada *autoría mediata*. De acuerdo con este concepto, tanto desde la perspectiva de la causación del resultado como desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y, por lo tanto, fundamentadora de *autoría*.

¹⁵⁴ Em seguida, afirma o autor que o conceito restritivo de autor “[...] se baseia na ideia de que os tipos da Parte Especial apenas descrevem o comportamento do autor. Consequentemente, a responsabilidade dos participantes do ato cometido pelo autor caracteriza-se como “causas de prorrogação da pena”. Neste quadro, as teorias da autoria e da participação têm uma função diferente: devem caracterizar a figura nuclear do evento (o autor) e também descrever os fundamentos que permitem uma extensão da punição a pessoas que não praticaram ações de autoria, mas simplesmente participando do ato do autor.” (Bacigalupo, 1999, p. 488-489, tradução nossa). Texto original: [...] el *concepto restrictivo de autor*, que parte de la idea de que los tipos de la Parte Especial sólo describen el comportamiento del autor. Consequentemente, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor se caracterizan como “*causas de extensión de la punibilidad*”. En este marco, las teorías de la *autoría* y la *participación* tienen una función diferente: deben caracterizar la figura nuclear del suceso (el autor) y además describir

diretos na dosimetria da pena. A definição e conseqüente distinção entre os atores do delito permite maior clareza quanto à responsabilização penal de cada um, com reflexos, inclusive, na análise da intranscendência da responsabilidade criminal. Deve-se considerar a função específica desempenhada por cada agente na prática delitiva, promovendo uma resposta penal adequada.

Em suma, a autoria, a coautoria e a participação são conceitos essenciais no Direito Penal que permitem analisar a contribuição de cada agente na infração penal cometida, o que resulta em melhor atribuição de responsabilidades. Importante notar que, não obstante a prevalência do conceito restritivo de autor (critério formal-objetivo) no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio final do fato (critério final-objetivo) tem ganhado espaço e será analisada na sequência em razão do escopo desta pesquisa.

3.4.2 Teoria do domínio do fato¹⁵⁵

No intrincado universo do Direito Penal a questão da autoria e da participação em crimes complexos, especialmente aqueles praticados por organizações criminosas, desafia doutrinadores e operadores do direito. Nesse contexto de reflexões, surge a teoria do domínio do fato^{156 157}, capitaneada e proposta por Hans

los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, tomado parte en el hecho del autor.

¹⁵⁵ O propósito de apresentar a teoria do domínio do fato é a de oferecer reflexões de sua incidência nos crimes econômicos, especialmente aqueles eventualmente imputados aos gestores e dirigentes em decorrência da omissão imprópria. Assim, não obstante a vasta discussão envolvendo a teoria em apreço, inclusive suas variações em subjetiva, objetiva ou mesmo objetiva-subjetiva, não serão objetos de aprofundamento por não serem o foco da pesquisa ora desenvolvida. Embora a teoria do domínio do fato tenha sido delimitada, inicialmente, por Hans Welzel, há outras vertentes da teoria que seguem escopos distintos, fazendo com que, para a pesquisa em apreço, nos atenhamos apenas às linhas defendidas por Welzel e Claus Roxin.

¹⁵⁶ Claus Roxin (2000) adverte que Hegler teria sido o primeiro a empregar a expressão “domínio do fato” no ano de 1915, na monografia “Los elementos del delito”. Porém, Hegler designa o domínio do fato como elemento da figura do autor, atribuindo-lhe relevância para fins de atender aos requisitos materiais da culpabilidade. De acordo com Roxin (2000), “[...] para delimitar autoria, indução e cumplicidade, Hegler não utiliza em nenhum lugar o critério do domínio do fato, embora existam certas relações entre seu uso do conceito e o atual em dois sentidos.” (Roxin, 2000, p. 81, tradução nossa). Texto original: [...] para delimitar autoría, inducción y complicidad Hegler no emplea el criterio del dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual en dos sentidos.

¹⁵⁷ Roxin (2000) afirma que a caracterização da teoria do domínio do fato para delimitar a autoria e a participação teria sido proposta por Hermann Bruns no ano de 1932. Porém, como ressalta Roxin (2000), “Sua ideia básica é que a autoria - seja de fato doloso, seja de fato imprudente - pressupõe

Welzel¹⁵⁸ e com desenvolvimentos realizados por Claus Roxin, especialmente no que tange ao domínio da organização, tratando-se de teoria formulada para delinear as figuras da autoria e da participação, com reflexos na responsabilidade penal dos envolvidos em tais delitos¹⁵⁹.

Nilo Batista (2005) afirma que a teoria do domínio do fato, o qual denomina por critério final-objetivo¹⁶⁰, é “[...] aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.” (Batista, 2005, p. 69). Para o autor, a noção de domínio do fato permite a convivência de critérios objetivos e subjetivos.

Os contornos da teoria do domínio do fato, tal como é conhecida, foram delineados por Hans Welzel no ano de 1939 a partir da publicação dos “Estudos para o sistema de direito penal”, com destaque para a autoria final como forma mais ampla do domínio final do fato. A pretensão da teoria do domínio do fato é, em suma, promover uma distinção clara entre autor e partícipe no estudo do concurso

ao menos a possibilidade de domínio do fato” (Roxin, 2000, p. 83, tradução nossa). Texto original: Su idea básica es que la autoría —bien sea en el hecho doloso, bien en el imprudente— presupone al menos la posibilidad de dominio del hecho. Por não especificar a teoria tal qual discutida hodiernamente, ser mais pontual e não revelar a profundidade necessária ao tema, Roxin entende que Bruns não teria sido o protagonista da teoria do domínio do fato. Para Roxin (2000), autores como Hellmuth v. Weber e Schmidt teriam mencionado a teoria do domínio do fato, mas sem atender ao critério específico de diferenciação de autores e partícipes. Roxin também menciona o trabalho de Lobe de 1933, que teria proposto a diferenciação de autor e partícipe, com ideias semelhantes às que Welzel propôs em 1939.

¹⁵⁸ Como destacam Luís Greco e Alaor Leite (2014), no ano de 1939 Welzel referiu-se a um “[...] *domínio final do fato* como critério determinante da autoria.” (Greco; Leite, 2014, p. 21). Nilo Batista (2005) observa que a teoria do domínio do fato foi elaborada por Welzel, e mais tarde por Gallas e Maurach: “[...] é hoje a corrente preponderante na Alemanha. Conta com o endosso de outros, de Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck. Logo transpôs as fronteiras germânicas para influenciar Ordeig na Espanha, Bacigalupo na Argentina, Latagliata na Itália, Yañez-Perez no Chile – para ficar em referências meramente exemplificativas.” (Batista, 2005, p. 70).

¹⁵⁹ Importante ressaltar as considerações de Nilo Batista ao destacar que, a partir de um critério formal-objetivo, o autor seria aquele que de fato realiza a conduta criminosa, isto é, “que realiza, com a própria conduta, o modelo legal do crime”, enquanto o partícipe seria a pessoa que não realiza a ação central, mas que atua em colaboração à mencionada ação por meio de condutas prévias à realização do crime. Conforme o autor, portanto, quanto à diferenciação entre os conceitos de autor e partícipe, a teoria dominante na perspectiva brasileira é a formal-objetiva (Batista, 2005, p. 60). Assim sendo, em conformidade com o critério formal-objetivo de diferenciação, “o organizador de um projeto delituoso que não seja executado diretamente por ele não pode ser considerado autor, já que pessoalmente não cometeu nenhum ‘fragmento da ação típica’.” (Batista, 2005, p. 64). Arremata o autor afirmando que “[...] autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.” (Batista, 2005, p. 69).

¹⁶⁰ Cláudio Brandão (2019) afirma que “A teoria finalista dispõe que será autor aquele que tiver o domínio final do fato. Como toda ação é dirigida a uma finalidade, será autor aquele que dirige o acontecer causal para a consecução da finalidade.” (Brandão, 2019, p. 308).

de pessoas em crimes comissivos dolosos¹⁶¹. Sobre os crimes omissivos, Roxin (2020) considera que o critério a ser analisado não é com base na teoria do domínio do fato, tratando-se de infração a um dever extrapenal.

Evidencie-se que, para a teoria do domínio do fato, não há domínio da ação por parte do partícipe¹⁶². Autor, portanto, é aquele que detém o domínio da ação, é a figura central do acontecer típico¹⁶³. Partícipe¹⁶⁴ ou colaborador é aquele que apenas domina o seu atuar, apenas a sua própria ação voltada a contribuir para o crime por meio da instigação, induzimento ou auxílio. A autoria poderá se manifestar de três formas: pelo domínio da ação, pelo domínio da vontade e pelo domínio funcional do fato.

O domínio da ação¹⁶⁵ é caracterizado pela realização dos atos pelo próprio agente de forma direta, ou seja, é o autor imediato¹⁶⁶.

Já o domínio da vontade é aquele no qual o agente pratica o fato por meio de outrem, que pode ocorrer através da coação, erro de tipo ou de proibição ou, ainda, pelo domínio da organização. Nos casos de coação e de erro, o terceiro é reduzido a mero instrumento do autor. Nesse sentido, como apontam Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022), a autoria mediata se consubstancia a partir da dominação de um “[...] fato através da vontade manifestada na ação de um terceiro que lhe serve de

¹⁶¹ Não entrariam no âmbito de discussão do domínio do fato os crimes de mão própria, os delitos culposos e os crimes omissivos. Há divergência sobre a inclusão ou não destes tipos de infrações penais como sendo parte da teoria em apreço.

¹⁶² Luís Greco e Alaor Leite (2014) destacam que o Código Penal alemão exige que seja feita distinção entre autor e partícipe. Isso porque a cumplicidade (auxílio material), no Direito Penal alemão, tem pena atenuada (§27, II 2 StGB) e a tentativa é impunível. Diferentemente, a instigação é punida com a pena do autor (§26 StGB), sendo que a tentativa não é punida em delitos leves.

¹⁶³ Renato Machado (2015) observa que o domínio do fato exige do agente conhecimento das circunstâncias e integral domínio do acontecer típico. Arremata o autor afirmando que “[...] o dolo de domínio do fato seria algo além de um mero pressuposto da imputabilidade. Em verdade, esse dolo seria uma parte integrante do domínio do fato. Quem desconhece os fatores objetivos constitutivos do domínio do fato não possui esse dolo” (Machado, 2015, p. 133).

¹⁶⁴ Luís Greco e Alaor Leite (2014) afirmam que “O partícipe é, da perspectiva do tipo penal, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.” (Greco; Leite, 2014, p. 25).

¹⁶⁵ Cecília Coelho (2018) afirma que, na perspectiva de autoria imediata, um indivíduo que realiza todos os componentes de um crime é visto como autor, mesmo que atue sob instruções de outra pessoa ou em erro inevitável de proibição induzido por um terceiro. Dessa forma, o conceito de domínio do fato se aproxima de uma definição objetiva e formal de autoria (Coelho, 2018, p. 39).

¹⁶⁶ Observe-se que mesmo aquele que age por erro de proibição inevitável determinado por um terceiro será, nesta concepção, autor, não obstante recaia sobre a conduta hipótese de excludente de culpabilidade.

instrumento [...]” (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 279). Quanto ao domínio da vontade, Roxin propõe a possibilidade de que o domínio advenha de aparatos organizados de poder.

Em relação ao domínio funcional do fato como forma de autoria o agente realiza a conduta de forma coordenada, praticando o fato conjuntamente, fazendo surgir a figura da coautoria.

Importante ressaltar que a teoria do domínio final da ação de Welzel está intimamente ligada à teoria finalista da ação, formulada pelo autor, promovendo uma revolução teórica na época ao afastar a causalidade como conceito de ação. Como lembra Cláudio Brandão (2019), para Welzel “[...] toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação é dirigida a um fim.” (Brandão, 2019, p. 66).

Na concepção de Welzel, a autoria exige o domínio de todos os elementos do tipo penal, não apenas da ação, mas também do resultado e do nexos causal. Essa concepção, rígida e individualista, serviu como base para o desenvolvimento do Direito Penal por décadas.

Ao tratar do autor de uma infração penal, Roxin (2000) afirma que

Um sujeito é autor: a) Se realiza pessoalmente a ação típica (domínio da ação). b) Se tiver que realizar a tarefa por meio de outro voluntário, segundo os parâmetros legais, ela não é gratuita, o que não significa o sentido objetivo da ação de sua conduta ou abrange em menor medida o sujeito por trás do que é substituível pelo voluntário no quadro de um aparelho de poder organizado (domínio da vontade). c) Se proporcionar, na fase de execução, um contributo funcionalmente significativo (domínio funcional). (Roxin, 2000, p. 337, tradução nossa)¹⁶⁷.

Como observado por Bruna Dutra (2012), com a teoria do domínio do fato, tem ganhado relevância de parcela da doutrina a atribuição de responsabilidade

¹⁶⁷ “Un sujeto es autor: a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción). b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad). c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).” (Roxin, 2000, p. 337).

penal na condição de partícipe ao dirigente inserido em estrutura organizada de poder cujo aparato tenha funcionamento automático¹⁶⁸.

Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022) apontam que a teoria do domínio do fato não poderia ser considerada como compatível com a sistemática brasileira, em vista de que os ordenamentos alemão e brasileiro diferem em relação ao que é compreendido como o conceito de autor (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 295). Para os referidos autores, mesmo havendo essas diferenciações, afirma-se que há a possibilidade de que a teoria do domínio do fato seja “[...] importada, adequadamente, ao ordenamento pátrio, mas que, caso o seja, faz-se necessária a construção de adaptações que permitam uma aplicação harmônica com o sistema penal brasileiro.” (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 296).

No que concerne aos delitos empresariais e domínio do fato, adianta-se posicionamento crítico de Raquel Lima Scalcon (2014), segundo o qual

Do simples fato de afirmar-se a inadequação da teoria do domínio do fato para fins de reconhecimento de autoria no âmbito empresarial não decorre a ausência de responsabilização do dirigente de uma empresa que determinou a um funcionário, por exemplo, o cometimento de crime ambiental. Muito ao contrário: a teoria do domínio do fato não é capaz de tornar punível quem, sem ela, não o seria. A questão é apenas de (re)organização interna: trata-se de um estudo sobre a distinção entre autor e partícipe. (Scalcon, 2014, p. 204).

Luís Greco e Augusto Assis (2014) tratam da popularização da teoria do domínio do fato, especialmente após a ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal, que tratou do que ficou conhecido como Mensalão, destacando os

¹⁶⁸ Nas palavras de Bruna Martins Dutra, “[...] a partir da teoria do domínio do fato, uma parcela da doutrina aduz que o dirigente da estrutura organizada de poder que determina a prática delitiva, valendo-se do modo de funcionamento automático do aparato, deveria ser responsabilizado a título de partícipe.” (Dutra, 2012, p. 64). Prossegue a autora afirmando que “A adoção do modelo clássico da participação para a imputação penal do dirigente do aparato na hipótese de trabalho está fundamentada, principalmente, em um critério normativo, consubstanciado no princípio da responsabilidade. Consoante uma interpretação restritiva desse princípio, o homem de trás não pode ser considerado autor quando se utiliza de um indivíduo punível para o cometimento do crime, motivo pelo qual deveria ser responsabilizado como mero instigador. Então, prescinde-se da importância fática que possui a contribuição do dirigente do aparato sob a justificativa de que grande parte das legislações dispensa um tratamento penal equiparado aos autores e partícipes, o que é fruto da prevalência da teoria monista sobre o concurso de pessoas, ainda que com alguns matices.” (Dutra, 2012, p. 64-65).

equívocos na aplicabilidade da “novidade” teórica usada pelo STF¹⁶⁹. A teoria foi utilizada como baluarte para a punição de poderosos política e economicamente. Os autores destacam que o art. 29 do Código Penal, em leitura tradicional, com base no conceito extensivo e unitário de autor “[...] não apresenta qualquer dificuldade na responsabilização do gerente de uma empresa.” (Greco; Assis, 2014, p. 87). Isso porque o agente, por ação ou omissão, irá concorrer para o crime, bastando análise tendo por base a *conditio sine qua non*. Ou seja, a utilização da teoria do domínio do fato não alteraria em nada os já majorados critérios tradicionais de responsabilização criminal.

Ao discorrerem especificamente sobre a teoria do domínio do fato, Luís Greco e Augusto Assis (2014) mencionam a diferenciação entre autores e partícipes, tratando como um problema do tipo “[...] e não apenas de determinação de uma moldura penal mais ou menos severa [...]” (Greco; Assis, 2014, p. 87). Nesse sentido, os autores assumem a incidência do conceito restritivo de autor voltada para a realização do tipo penal e estariam abarcados na teoria do domínio do fato a autoria imediata, a coautoria e a autoria mediata. Não obstante as considerações sobre a autoria imediata e a coautoria¹⁷⁰, relevante mencionar a figura da autoria mediata para os fins da pesquisa em apreço.

¹⁶⁹ Observam Luís Greco e Augusto Assis (2014) que “A repetida afirmação de que a teoria do domínio do fato finalmente permite punir os homens de trás é um engano. A única hipótese em que o novo modelo de autoria e participação vai além do modelo unitário e extensivo fundado na leitura tradicional do art. 29, *caput*, CP é uma em que o problema é punir os que estão não atrás, e sim ao lado, ou melhor, lado a lado, isto é: a hipótese de causalidade alternativa, que se manifesta nos casos de decisões colegiadas tomadas com excesso de votos. De resto, o novo modelo tende à restrição da punibilidade: ele diferencia entre autor e partícipe e abandona a ideia de que basta uma contribuição causal para realizar o tipo, ainda que entre ação e resultado intervenha um terceiro responsável.” (Greco; Assis, 2014, p. 121-122).

¹⁷⁰ Nos casos de autoria imediata, não se exige muito esforço interpretativo tendo em vista que será autor aquele que realiza o tipo diretamente. Quanto à coautoria, como advertem Luís Greco e Augusto Assis (2014), há como requisitos o plano comum e a contribuição relevante, e como consequência a imputação recíproca. Os autores, quanto à coautoria, destacam casos envolvendo a estrutura horizontal (a exemplo de decisões tomadas dentro de conselhos), com responsabilização ampliada decorrente da teoria do domínio do fato em comparação com a concepção tradicional. Os autores também destacam casos envolvendo a estrutura vertical, mencionando dificuldades em apontar como coautores àqueles ligados aos aparatos organizados de poder, já que nesses casos a questão envolveria autoria mediata. Conforme destacam Luís Greco e Augusto Assis (2014), os quais se ancoram na posição de Roxin, a solução de apontar como coautores nos casos de estruturas verticais “[...] ignora a principal diferença estrutural entre autoria mediata e a coautoria, qual seja, a de que a *autoria mediata possui uma estrutura vertical* – no sentido da relação de domínio entre o homem de trás e o da frente – enquanto a coautoria possui uma *estrutura horizontal* - no sentido da ação conjunta e simultânea dos coautores.” (Greco; Assis, 2014, p. 90-91).

Uma das possibilidades de se refletir sobre a responsabilização de superiores hierárquicos, com base na teoria do domínio do fato, refere-se à autoria mediata quando há domínio da vontade. Luís Greco e Augusto Assis (2014) mencionam os dois casos clássicos e incontroversos de autoria mediata, representados pela coação e pelo erro (erro de tipo ou erro de proibição inevitável). Quanto à terceira hipótese, que os autores tratam como controversa, seria a autoria mediata decorrente do domínio da organização, ou seja, “[...] o domínio do fato por meio da utilização de aparatos organizados de poder [...]” (Greco, Assis, 2014, p. 99-100), situação que será tratada em tópico específico abaixo.

3.4.2.1 Teoria do domínio da organização

Avançando nos estudos propostos inicialmente por Hans Welzel, Claus Roxin, em sua obra "Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal" (1963), aprofundou os conceitos ligados ao domínio do fato¹⁷¹ e propôs o domínio da organização, ligada aos aparatos organizados de poder, como uma alternativa para explicar a autoria nos crimes praticados por organizações criminosas.

A teoria do domínio da organização foi proposta por Claus Roxin como uma das vertentes do domínio do fato. Para Roxin, a aferição da autoria no domínio do fato pode se dar pelo domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato. No âmbito do domínio da vontade temos a autoria mediata, que pode se dar pela coação, pelo erro ou pelo aparato organizado de poder. É neste último caso que reside a teoria do domínio da organização, uma autoria mediata que reside no domínio sobre a vontade e representa uma evolução significativa no entendimento da responsabilidade penal dentro de estruturas organizadas e complexas. Enquanto a teoria do domínio do fato, formulada por Hans Welzel, enfoca o controle direto e

¹⁷¹ Luís Greco e Alaor Leite (2014) afirmam que Claus Roxin conferiu “[...] à chamada *teoria do domínio do fato* sua expressão mais acabada.” (Greco; Leite, 2014, p. 20). Não obstante tratar-se de concepção teórica que à época da escrita sobre o tema pelos autores (2014) já tivesse completado meio século (hoje já faz mais de 60 anos desde o trabalho sobre o tema elaborado por Claus Roxin), Greco e Alaor atribuem o pouco desenvolvimento da teoria no Brasil à pouca distinção conferida pelo art. 29 do Código Penal, que trata do concurso de pessoas, proposta na reforma da parte geral do Código Penal em 1984. Para os autores, o art. 29 pouco diferia do art. 25 que estava vigente, inclinando-se ao modelo extensivo e unitário de autor.

imediatamente sobre a ação criminosa (coação e erro), a teoria do domínio da organização amplia esse conceito para abarcar o controle indireto exercido por líderes de organizações, mesmo que não participem diretamente do ato delituoso.

Conforme apontamentos feitos por Luís Greco e Alaor Leite (2014), o domínio da organização e a autoria que pode ser atribuída em aparatos organizados de poder devem estar associados a “[...] uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica [...]” (Greco; Leite, 2014, p. 27), sendo característico que a ordem emitida seja entregue a executores fungíveis “[...] que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática [...]” (Greco; Leite, 2014, p. 27). Roxin reconhece que o domínio do fato, na forma concebida por Welzel, pode ser exercido de forma fragmentada por diferentes membros da organização. Para ele, o autor é aquele que detém o "domínio da organização", ou seja, o poder de controlá-la e direcioná-la para a prática de crimes. São mencionados como exemplos de autores mediatos por domínio da vontade em aparatos organizados de poder, pessoas que exercem comandos em governos totalitários ou mesmo organizações criminosas e terroristas.¹⁷²

Maria Beatriz Espíndola (2020) afirma que, o que torna possível a realização das ordens do autor mediato não é um instrumento, consubstanciado na pessoa do autor imediato, aquele responsável pela ação, mas sim o aparato organizado de poder, isto é, uma organização com estruturas muito bem mantidas para a realização de determinadas condutas em vista da existência “de outros executores fungíveis” (Espíndola, 2020, p. 38). A autora afirma que o domínio por organização acaba sendo o que intitula de “forma independente de autoria mediata”, estabelecida em quatro pressupostos para que o “homem de trás” seja considerado autor, quais sejam: “i) o poder de mando; ii) o aparato organizado de poder desvinculado do direito; iii) a fungibilidade do executor direto; e iv) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato [...]” (Espíndola, 2020, p. 40). Como adverte Cecília

¹⁷² Luís Greco e Augusto Assis (2014) ressaltam que, na abordagem tradicional, um empresário que contribui para um crime por meio de suas ordens é visto como autor. O novo sistema, no entanto, o considera apenas um partícipe. Dessa forma, a teoria do domínio do fato não atribui ao gerente responsabilidades além das já previstas pela abordagem tradicional. O novo modelo, mais restritivo e específico, busca limitar, em vez de expandir, a punibilidade. (Greco; Assis, 2014, p. 108).

Coelho (2018), posteriormente Roxin julgou dispensável em seguida o quatro pressuposto¹⁷³.

Luís Greco e Alaor Leite (2014) ressaltam que a principal crítica dirigida à teoria do domínio da organização refere-se ao princípio da autorresponsabilidade, “[...] segundo o qual seria inadmissível um autor por trás de outro autor plenamente responsável.” (Greco; Leite, 2014, p. 29) já que, em tese, cada pessoa seria responsável pelo seu próprio comportamento¹⁷⁴. Luís Greco (2014) rechaça o princípio da autorresponsabilidade, seja como princípio geral do direito, por ausência de fundamentação suficientemente clara e convincente; seja como princípio válido para os delitos de domínio, já que “[...] contradiz *prima facie* a ideia de imputação recíproca que subjaz à coautoria.” (Greco, 2014, p. 209), sendo que se for flexibilizado postulando-se exceções, não haveria obstáculo ao domínio da organização. Quanto ao princípio da autorresponsabilidade específico da autoria mediata, conclui Luís Greco (2014) que não seria o caso, já que “No fundo, o suposto princípio não é mais do que uma definição alternativa da ideia de domínio da vontade que, enquanto não mencionar em seu favor razões convincentes, será mera *petitio principii*” (Greco, 2014, p. 214).

Desta feita, Claus Roxin, ao desenvolver a teoria do domínio da organização, buscou superar essas limitações, adaptando o conceito de domínio do fato às realidades modernas de criminalidade organizada. Roxin (2000) argumenta que, em contextos organizados, o autor do crime pode ser aquele que exerce o controle sobre a estrutura organizacional que executa o delito, mesmo que ele não participe diretamente da execução. Assim, a responsabilidade penal é atribuída com base no controle sobre o aparato organizado de poder.

¹⁷³ Destaca Cecília Coelho (2018) que Roxin “[...] voltou atrás e declarou se tratar de elemento não essencial para a configuração da autoria mediata em aparatos de poder, uma vez que esse elemento indicaria uma valorização da vontade do executor, algo que não se coaduna com a ideia de fungibilidade.” (Coelho, 2018, p. 42).

¹⁷⁴ Conforme Luís Greco (2014), “[...] segundo o princípio da autorresponsabilidade, não existe a figura de um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Caso o homem da frente atue de forma plenamente responsável, o homem de trás pode no máximo ser partícipe e deve ser responsabilizado de acordo com as regras da acessoriedade da participação.” (Greco, 2014, p. 204).

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002), a autoria de escritório, que reflete a teoria do domínio da organização,

[...] pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma “mafiosa”, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização. [...]) A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão. (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 680).

Cabe ressaltar que assumindo a teoria do domínio da organização, tal como concebida pelo seu precursor Claus Roxin, as organizações que são estruturadas dentro das normas jurídicas não podem ter seus dirigentes e gestores responsabilizados tendo por base a teoria em apreço¹⁷⁵. Nesse sentido, para Roxin não se aplica a teoria do domínio da organização em empresas constituídas à luz do direito¹⁷⁶. Conforme observado por Luís Greco e Alaor Leite (2014),

¹⁷⁵ Importante considerar a observação feita por Espíndola (2020) ao ressaltar que, diferentemente de Roxin, Kai Ambos (1998) entende que a ausência de relação com o direito não é uma condição para que exista autoria mediata pelo domínio da organização, mas somente uma das possibilidades. Nessa toada, em uma empresa, isto é, em uma organização estruturada e vinculada ao direito, poderiam ocorrer condutas que justificassem a identificação de domínio do fato (Espíndola, 2020, p. 44-45). Assim sendo, mesmo que as empresas, em sua formação, não tenham qualquer irregularidade, pode ocorrer a prática de crimes assim como aqueles realizados por organizações desvinculadas do direito. Há o entendimento de que não é a desvinculação do direito que determina o domínio por organização, mas sim uma estrutura bem organizada e “[...] número considerável de executores fungíveis que lhe conferem o domínio.” (Espíndola, 2020, p. 45). Porém, consideramos que uma empresa vinculada ao direito que tem como fim a prática de infrações penais deverá ser considerada como dissociada do direito, incidindo a teoria do domínio da organização. Não obstante esse posicionamento, vale a menção feita por Espíndola, segundo o qual “[...] a fungibilidade deve ser entendida estruturalmente e compreendida como a disposição de uma reserva de homens idôneos e intercambiáveis como executores, presente também nas organizações empresariais, visto que, neste mundo altamente especializado, a possibilidade de substituição no sistema tornou-se um marco na pós-modernidade.” (Espíndola, 2020, p. 47).

¹⁷⁶ Raquel Scalcon (2014) destaca que “O que fundamenta a autoria mediata por domínio da organização é a certeza de que a ordem emitida será cumprida. Pouco importa quem o fará, mas seguramente alguém o fará. Isso certamente não está presente, da mesma forma, em uma empresa. Portanto, é inadequado e equivocado equipará-la a uma organização burocrático-estatal ou a uma organização criminoso ou terrorista, ainda que, eventualmente, ela venha a cometer alguns delitos.” (Scalcon, 2014, p. 202). Assim, afirmou a autora, “É possível que, em determinadas circunstâncias, a empresa se transforme de tal maneira em um mero aparato para o cometimento de crimes, que então volte a fazer sentido aplicar a teoria para fins de exame de

Apenas organizações de natureza criminosa, que se encontrem, nesse sentido, *dissociadas, apartadas da ordem jurídica*, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para a autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação: <<nesses casos não se age *com* o aparato, mas *contra* o aparato>>. (Greco; Leite, 2014, p. 29).

Conforme observado por Cecília Coelho (2018), para identificação de casos em que há realização de crime e caracterização como autor mediato nas situações envolvendo aparatos organizados de poder, “[...] não apenas a organização deve ter uma estrutura interna rígida, em que o autor mediato exerce poder de mando, como deve estar orientada a fins contrários ao ordenamento jurídico.” (Coelho, 2018, p. 41).

Acrescente-se que a fungibilidade dos executores é essencial como um dos elementos para a caracterização da teoria do domínio da organização¹⁷⁷. Quanto à aplicação do domínio da organização em relação a crimes empresariais, o entendimento de Raquel Scalcon (2014) é de que mencionada aplicação não será possível, dentre outros fatores, porque “[...] um funcionário que entra em uma empresa certamente ele não está implicitamente se comprometendo a cometer delitos.” (Scalcon, 2014, p. 203).

Estabelecer o âmbito de incidência da teoria do domínio da organização é crucial para delinear o seu alcance evitando, portanto, conclusões precipitadas e indevidas que por vezes destoam do escopo de seu precursor. Esse entendimento é particularmente importante em sociedades complexas, quando crimes podem ser cometidos através de uma cadeia de comando. Nem por isso, porém, a autoria

autoria delitiva. Isso, todavia, não invalida a conclusão anterior, na medida em que, nesta hipótese, dificilmente se poderia ainda falar na existência real de uma empresa.” (Scalcon, 2014, p. 203).

¹⁷⁷ A argumentação sobre a fungibilidade ocorre pois, conforme observado por Maria Espíndola (2020) sobre o posicionamento de Roxin, “[...] no âmbito empresarial, não existe a fungibilidade dos executores, tendo em vista a personalidade que decorre das relações de trabalho entre superiores e subordinados, e que, nesse caso, a realização da conduta criminosa dependerá de uma posição do executor, essa que inexistente num aparato desvinculado do direito, em que o agente consente com a realização de práticas ilícitas quando decide ingressar nesse.” (Espíndola, 2020, p. 44).

restaria delimitada por aplicação da teoria do domínio da organização, bastando, se for o caso, aferir os pressupostos da omissão imprópria¹⁷⁸.

3.5 A responsabilidade por presunção nos crimes econômicos¹⁷⁹

A responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas há muito tem sido debatida e a posição ocupada na empresa tem induzido, de forma automática, à atribuição de culpa pela omissão¹⁸⁰, dada a posição de garante¹⁸¹.

¹⁷⁸ Luís Greco e Augusto Assis (2014) afirmam que “[...] há uma posição de garantidor do gerente tanto no que se refere à vigilância dos produtos que a empresa põe no mercado, quanto às pessoas que atuam no seio da empresa (ainda que restringida a delitos <<referidos à empresa>>). Isso significa que o que se está tentando obter por meio da teoria do domínio do fato – a responsabilização do superior hierárquico – na verdade, já é possível e deve ser feito principalmente com base no art. 13, §2º, CP, isto é, no delito de omissão imprópria. O emprego deste recurso independe da adoção da leitura clássica do art. 29, *caput*, CP, ou da adoção dos preceitos do modelo restritivo e diferenciado de autor.” (Greco; Assis, 2014, p. 117). Os autores ressaltam que “É estranho, assim, que se recorra justamente ao domínio da organização para alegar que, com essa figura, «finalmente» será possível «alcançar» o homem de trás. Esse homem de trás sempre foi «alcançado» pela interpretação tradicional do art. 29, *caput*, CP.” (Greco; Assis, 2014, p. 106).

¹⁷⁹ Altamir Silva, Margarida Cantarelli e Neuler Gomes Júnior (2019) observam que, partindo da omissão imprópria, o que tem ocorrido nos últimos anos, por causa da relação entre as áreas penal e econômica e devido às “deficiências legislativas” existentes, é uma ampliação de punições que se referem ao âmbito empresarial, havendo, inclusive a utilização de conceitos como o da teoria da cegueira deliberada e o domínio da organização como forma de suprir as carências existentes quanto à aplicação de tipos penais na seara econômica (Silva; Cantarelli; Gomes Júnior, 2019, p. 136).

¹⁸⁰ A responsabilidade penal pela posição ocupada, que acaba por se tornar uma responsabilidade por presunção, tem sido uma forma utilizada para superar eventuais obstáculos probatórios ou, ainda, pela sustentação decorrente de uma suposta inviabilidade de punição dos dirigentes e gestores pelo modelo de concurso de pessoas ora estabelecido. Resta demonstrado, portanto, sustentado nos autores mencionados, o equívoco dessa ilação, até porque estender a construções teóricas como a do domínio do fato e domínio da organização por vezes se mostra inadequado, por não subsumir aos ditames propostos pelas teorias. Como adverte Raquel Scalcon (2014), “De qualquer sorte, esta seção afasta-se da teoria do domínio do fato na busca de outras construções dogmáticas acerca da autoria e da participação que se apresentem mais *coerentes e harmônicas* com a realidade empresarial. De certo modo, têm-se empreendido inúmeros esforços desnecessários no sentido de tentar compatibilizar a teoria do domínio do fato com a criminalidade da empresa. Todavia, não faz sentido lutar por uma “quadratura” do círculo quando se dispõe de outros instrumentos, bem mais adequados, para alcançar-se a mesma finalidade. Acredita-se que uma das ferramentas dogmáticas aptas a tanto é a figura da omissão *imprópria*. É o que se passa a examinar.” (Scalcon, 2014, p. 205).

¹⁸¹ Por vezes resta evidenciado que a utilização da omissão imprópria como forma de responsabilizar o empresário pela posição ocupada, e não pela efetiva inação praticada, é o liame encontrado em razão da dificuldade de se atribuir culpa penal aos graus mais elevados da hierarquia de uma empresa. Nesse sentido destacam Luís Greco e Augusto Assis (2014), ao aduzirem que “A grande «vantagem» da responsabilização omissiva, do ponto de vista da ampliação do âmbito de responsabilização dos superiores hierárquicos, é que *não é preciso existir um comando*. De uma perspectiva prática, essa vantagem torna-se ainda maior, uma vez que provar a existência de um comando no interior de uma estrutura complexa pode ser uma tarefa bastante difícil. Com isso, a

Não se despreza o fato de que, em grandes conglomerados econômicos, há uma enorme divisão de tarefas, fazendo com que seja desafiador subsumir a mesma análise jurídico-penal comumente feita ao Direito Penal comum, do dia-a-dia, a esses tipos mais robustos de empresas¹⁸². Nestes casos, a culpa adstringe-se ao sujeito que cometeu a infração penal.

Não obstante, em situações cuja complexidade seja latente, como é o caso dos delitos econômicos¹⁸³, não se pode atribuir uma “culpa pulverizada” em razão da insuficiência probatória. As balizas que sustentam o Direito Penal não podem ceder frente à saga punitiva estatal¹⁸⁴.

Observa Heloisa Estellita (2017) que atribuir a prática de um crime a alguém apenas por sua posição em uma empresa contraria o que a norma estabelece, pois

responsabilização omissiva aproxima-se, à primeira vista, da *responsabilização por ocupar uma posição*. Ainda assim, há entre as duas hipóteses algumas diferenças fundamentais. A primeira delas fica evidenciada pelo próprio artigo do CP que prevê a responsabilização por omissão, art. 13, § 2.º, CP: não basta que o agente ocupe uma posição e, portanto, possua o dever de evitar determinados resultados. É também necessário que ele tenha o «poder» de agir para evitar o resultado na situação concreta. Noutras palavras, o agente deve ter a *possibilidade físico-individual* de realizar a ação esperada.” (Greco; Assis, 2014, p. 109). Porém, a deficiência estatal em arregimentar elementos de informação e de provas ou mesmo de subsumir o fato praticado à norma penal prevista não pode ter o condão de estabelecer a responsabilidade penal por presunção, sob pena de flertar com a famigerada e malfadada responsabilidade penal objetiva.

¹⁸² Nas palavras de Juliana Câmara (2018), “Eventos lesivos não podem ser identificados como fruto de uma atuação pontual, mas como um revés sistêmico e estrutural inerente à busca desenfreada por uma melhor lucratividade. Num panorama desse jaez, a responsabilidade penal exclusivamente individual típica do Direito Penal nuclear acaba consagrando vazios de punibilidade que criam uma espécie de *irresponsabilidade organizada*, mormente porque empregados são facilmente intercambiáveis, não afetando o desenvolvimento de eventual atividade criminógena no âmbito de uma pessoa jurídica. É dizer: a condenação de um preposto não necessariamente atinge o ponto nevrálgico do problema, que habita no funcionamento em si da empresa.” (Câmara, 2018, p. 69).

¹⁸³ Conforme observado por Juliana Câmara (2018), “Na criminalidade econômica, verifica-se uma dispersão entre as atividades operacionais, a detenção de informações e o poder de decisão, que, no Direito Penal tradicional, enfeixam-se em um único indivíduo. Hodiernamente, grandes conglomerados econômicos participam ativamente da vida comunitária por meio de processos comunicativos e decisórios que se desenrolam em seu seio e diluem a responsabilidade individual, tornando praticamente impossível destacar, no ambiente corporativo, a conduta penalmente relevante de uma única pessoa natural.” (Câmara, 2018, p. 69).

¹⁸⁴ Importante observar que não obstante a incessante busca estatal pelos culpados em crimes econômicos, deve-se ter o mínimo de lastro probante para a imputação da responsabilidade penal. Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal que “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” (Brasil, 1941, livro I, tit. III, art. 41). Assim, devem existir garantias mínimas no que diz respeito ao detalhamento da denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público, refutando-se a elaboração de denúncias genéricas que, invariavelmente, irão afrontar princípios constitucionais como a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal, máximas indissociáveis do processo criminal.

isso implica renunciar à identificação de uma ação ou omissão específica que tenha causado o resultado. Um resultado típico, se não for causado por uma ação ou omissão típica, é considerado irrelevante do ponto de vista penal. Além disso, para avaliar se o resultado poderia ter sido evitado, é crucial definir com precisão a ação exigida, cuja inclusão na cadeia causal deveria impedir o resultado. (Estellita, 2017, p. 255).

Assim, como ressalta Cecília Coelho (2018), é necessário que sejam traçados critérios e limites para se identificar a autoria e participação em crimes empresariais com a finalidade de “[...] garantir a responsabilização daqueles que se utilizam do escudo da organização empresarial para praticar delitos.” (Coelho, 2018, p. 36), advertindo a autora no sentido de que deve existir muita cautela para mencionada identificação, sob risco de haver uma responsabilização penal desmedida e puramente associada à função exercida, sendo que

[...] o poder de decidir não significa necessariamente que deva ser imputada, ao agente, responsabilidade penal pelos fatos delituosos que ocorrem na empresa e em seu interesse, caso contrário, estaria se admitindo uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional [...] (Coelho; 2018, p. 36).

Adverte Heloisa Estellita (2017) que “[...] a natureza coletiva dos comportamentos e dos bens jurídicos e as características próprias da gestão empresarial – organização, descentralização, coordenação e delegação – influenciam tanto a imputação objetiva como a subjetiva.” (Estellita, 2017, p. 39)¹⁸⁵. Ao destacar a fragmentação das atividades na gestão de empresas, caracterizando

¹⁸⁵ Não significa que, ao entrar em qualquer grupo, uma pessoa passa a agir necessariamente como o restante das pessoas que ali se encontram, mas sim que, baseando-se na integração de indivíduos em novos grupos, organizações e empresas, os valores ali perseguidos ou não observados podem acabar sendo replicados pela existência de um ambiente e uma hierarquização que favorece isso. “Sob o ponto de vista individual, a integração de uma pessoa a uma organização (a empresa) pode ter efeitos criminógenos devido às dinâmicas de grupo e às técnicas de neutralização típicas desse ambiente. Sob o ponto de vista dos bens jurídicos afetados por atividades empresariais, prevalecerá a afetação de bens jurídicos coletivos, no âmbito dos quais a impossibilidade de individualizar a vítima pode ter o efeito de ‘desumanizar’ as consequências da prática desviante, tornando o indivíduo menos sensível aos impulsos de contenção que adviriam de uma clara percepção das pessoas afetadas por seu comportamento. Estas características podem afetar a configuração da responsabilidade individual, invocando situações de estado de necessidade e erro de proibição, acentuando hipóteses de autoria mediata.” (Estellita, 2017, p. 71).

a distribuição de funções e tarefas, Estellita (2017) evidencia a relevância da distinção entre

[...] (i) a *posição de garantidor*, que indica a possibilidade, ainda abstrata, de que o dever concreto de agir para evitar o resultado seja acionado¹⁸⁶ [...] (ii) a *conduta concreta e legalmente exigida de evitação do resultado (possibilidade jurídica agir)*, e (iii) a *capacidade físico-real de desempenhar tal conduta*. Estes elementos objetivos estão em relação de dependência e devem ser analisados sucessivamente, pois seria despiciendo analisar capacidade de agir daquele que não tem o dever de fazê-lo, mas igualmente inútil examinar a capacidade (físico-real) de praticar uma ação que não era juridicamente possível ao garantidor. (Estellita, 2017, p. 246).

Refuta-se, portanto, a atribuição de culpa sem a necessária aferição da conduta criminosa, sem o retorno necessário à dogmática, sem a devida individualização de condutas e de consequências penais.

Importante destacar que o conceito de denúncia genérica, ligada à ausência de detalhamento da denúncia, que viola, portanto, o art. 41 do Código de Processo Penal, não se confunde com o que é compreendido como denúncia ou acusação geral. Sobre a denúncia geral lembra Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁸⁷ (2009),

[...] quando o órgão da acusação imputa a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria), a hipótese não será nunca de inépcia da inicial, desde que seja certo e indúvidoso o fato a eles atribuídos. (Oliveira, 2009, p. 235).

¹⁸⁶ Sobre a possibilidade jurídica de agir, observa Estellita (2017) que os elementos objetivos estão interligados e devem ser avaliados em sequência. Não faz sentido examinar a capacidade de agir de alguém que não possui o dever de fazê-lo, assim como é irrelevante avaliar a capacidade física de realizar uma ação que não era juridicamente exigida do garantidor. (Estellita, 2017, p. 246).

¹⁸⁷ Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2024), ao tratarem da denúncia geral, afirmam que os atos são indistintamente imputados a todos os réus, sem a individualização dos comportamentos, havendo a “[...] centralização dos fatos em todos os réus.” (Oliveira; Fischer, 2024, p. 192). Já a denúncia genérica é aquela na qual “[...] dada a pluralidade e/ou complexidade dos atos imputados, não se pode atribuir com clareza a individualização dos comportamentos dos réus, comprometendo-se, por isso mesmo, a amplitude da defesa.” (Oliveira; Fischer, 2024, p. 192). Um exemplo dado por Oliveira e Fischer (2024) sobre denúncia genérica é justamente no caso de crimes financeiros, destacando os autores que “Se a peça acusatória, cuidando, por exemplo, de crimes financeiros, não distingue, dentre vários comportamentos, quais seriam os atos imputadas como *de gestão*, bem como não identifica quais seriam, especificamente, os responsáveis por eles, não só a instrução criminal terá significativos obstáculos, como também a própria defesa de cada acusado, se e na medida em que cada um deles exerça funções diferentes na cadeia de condutas e na organização do empreendimento delituoso.” (Oliveira; Fischer, 2024, p. 192).

Bruno Menezes e Cristiane Pauli (2023) apresentam críticas à recorrente prática do órgão acusador de denunciar indistintamente todos os sócios ou diretores pela posição de gestores da empresa. Os autores ressaltam que

A prática ministerial de denunciar todos os sócios ou diretores por prática de suposto ato ilícito ao longo da gestão da empresa, a denúncia transfere ao acusado o ônus de provar sua inocência, invertendo-se perigosamente princípios constitucionais que são garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito e, por tal, preceitos fundamentais individuais de todo cidadão quando no polo passivo de uma ação penal. (Menezes; Pauli, 2023, p. 29).

Luís Greco e Augusto Assis (2014) deixam claro que é uma premissa básica o fato de ser inconcebível a responsabilidade penal pela posição ocupada, seja para os adeptos de uma concepção tradicional relativa ao concurso de pessoas, seja para aqueles que adotam a teoria do domínio do fato. Isso porque há necessidade de conduta (ação ou omissão) que não pode ser presumida.

No que concerne a denúncia genérica, há flagrante violação dos princípios constitucionais penais¹⁸⁸ e, também, afronta ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941, livro I, tít. III, art. 41) no que tange aos elementos essenciais para que se admita uma denúncia criminal. Trata-se de acusação que afronta os princípios do devido processo legal, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, fazendo ressoar na combatida responsabilidade penal objetiva.

¹⁸⁸ Inclusive, há um importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a temática envolvendo a denúncia genérica, ressaltando a responsabilidade penal subjetiva das pessoas físicas que, inclusive, é pessoal e intransferível, não transcendendo da pessoa do condenado. Nesse sentido foi a decisão do STF, assim disposta na ementa: “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA. Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. Habeas deferido.” (HC 80.549-3/SP, Relator: Ministro Nelson Jobim, Data de Julgamento: 20/03/2001, p. 949).

Não se pode descurar do fato de que há infrações penais, especialmente as cometidas em grandes conglomerados econômicos, em que somente a visão do todo resultante de atos isolados vai permitir que se enxergue a infração. A apuração e individualização de responsabilidades vai exigir expertise, mas isso não tem o condão de transferir ao gestor ou dirigente, de forma automática, a responsabilidade penal pela posição ou função ocupada.

Heloisa Estellita (2017) levanta a questão ao abordar a organização de empresa que colabora para com a fragmentação de informações¹⁸⁹ a partir das divisões existentes dentro da estrutura do negócio, sendo difícil identificar o cometimento de crimes analisando as condutas individuais, mas somente juntando todas as informações (Estellita, 2017, p. 40).

Se até mesmo de empresas de porte menor são exigidas, não raras vezes, divisão de tarefas para permitir o bom andamento do negócio, muito mais será exigido esse fracionamento de atividades em organizações mais complexas¹⁹⁰. Esses tipos de empresas se organizam em forma de departamentos e setores específicos, ocorrendo a divisão de funções e, conseqüentemente, o melhor andamento das atividades pretendidas. Como lembra Heloisa Estellita (2017),

[...] não só a “departamentalização” (divisão horizontal) dentro das empresas, mas também sua estruturação na forma de agrupamentos de sociedades, em sentido lato, é uma técnica de racionalização e até mesmo de prudência, especialmente sob o ponto de vista dos fluxos de informação e da capacidade de tomada de decisões adequadas. (Estellita, 2017, p. 49).

Ocorre que há setores do Poder Judiciário no Brasil, especialmente após a Ação Penal 470 que condenou pessoas que estariam ligadas ao que ficou conhecido como Mensalão, tem ousado em fazer incidir a teoria do domínio do fato, ainda que despido dos seus pressupostos basilares, para o fim de abarcar, especialmente, os

¹⁸⁹ De acordo com Heloisa Estellita (2017), “A divisão de trabalho é um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresa que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria direta dolosa individual. Em uma estrutura organizada com divisão de trabalho será mais comum que se identifiquem diversas contribuições à prática da conduta típica, que podem variar qualitativa e quantitativamente.” (Estellita, 2017, p. 43).

¹⁹⁰ Cecília Coelho (2018) observa que, em grandes empresas com processos decisórios complexos, os escalões superiores, em vez de exercerem um domínio direto sobre as ações, desempenham predominantemente uma função de coordenação. À medida que a organização cresce, o controle direto dos comandantes diminui, e a responsabilidade destes passa a ser mais relacionada à gestão dos riscos inerentes ao trabalho coletivo e à distribuição de funções.

crimes econômicos. Sobre esta inclinação dos tribunais, especialmente tribunais federais¹⁹¹, Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022) destacam que

[...] assim como ocorre no TRF-5, o TRF-1 aplica a ideia do domínio do fato aos crimes contra a ordem tributária em face do sócio-administrador de empresa, condenando-o sob o argumento de, por ser o dirigente da empresa, por ocupar o mais alto cargo hierárquico, deve responder pelas ilicitudes eventualmente perpetradas pela empresa. [...] o TRF-4, assim como o STF fez na AP470/MG, utiliza a teoria do domínio do fato no âmbito empresarial para presumir a responsabilidade do sócio-administrador pelos ilícitos eventualmente praticados pela empresa. (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 299-301).

Em trecho do acórdão referente à Ação Penal 470 do STF, restou demonstrado que “[...] nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes.” (Ação Penal 470/MG, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 17/12/2012, p. 1161). Ou seja, trata-se de atribuição de responsabilidade penal por presunção, e mais, assumida expressamente pelo STF na referida ação penal. Não há como aquiescer com a responsabilidade penal por presunção, ainda que relativa. Tal fato afronta os mais comezinhos ditames de Direito Penal, deixando-se de flertar, mas efetivamente ingressando na seara da responsabilidade penal objetiva.

Nesse sentido, a teoria do domínio do fato deve ser utilizada com o rigor teórico característico do seu precursor, observando-se as particularidades da sua

¹⁹¹ Em trecho do acórdão da Ação Penal 470 do STF, restou assentado que “Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. [...] Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção *juris tantum* de autoria. [...] Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes.” (Ação Penal 470/MG, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 17/12/2012, p. 1161-1162).

aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deve especialmente, conforme lembram Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022), porque a teoria “[...] vem sendo utilizada com o objetivo de, sem precisar demonstrar qualquer conduta efetiva do sócio-administrador (ou de qualquer outro que ocupe um cargo de comando dentro de uma empresa), condená-lo criminalmente.” (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 301).

Luís Greco e Augusto Assis (2014) destacam que não faz sentido analisar, pelas lentes da teoria do domínio do fato, a responsabilização de gerentes que não deram um comando visando impedir o resultado ou por não terem realizado uma conduta devida. A omissão, nesses casos, deve ser solucionada tendo por base os pressupostos já existentes da omissão imprópria do garantidor, nos termos do art. 13, §2º do Código Penal¹⁹². Greco e Assis (2014) advertem, porém, que embora não seja exigido um comando do gestor na análise da omissão imprópria, o que a tornaria próxima da responsabilização por ocupar uma posição, há diferenças essenciais que afastam a hipótese desta forma de responsabilidade.

A primeira diferença é a de que o comando do próprio dispositivo do art. 13, §2º do Código Penal (Brasil, 1940, tit. II, art. 13, §2º) exige não apenas que o agente ocupe uma posição e, portanto, tenha o dever de evitar o resultado, mas que também tenha poder de agir para evitar o resultado no caso concreto. Como ressaltam Greco e Assis (2014), “[...] o agente deve ter a possibilidade físico-individual de realizar a ação esperada. Tal elemento compõe o próprio conceito de omissão.” (Greco; Assis, 2014, p. 109).

A segunda diferença que impede a responsabilização pela posição nos casos de omissão imprópria, conforme ressaltam Greco e Assis (2014), é que esta omissão precisa ter sido a causa do resultado, atender à exigência da *conditio sine qua non*, devendo ser uma conduta dolosa ou culposa.

A responsabilidade pela posição fica evidente em algumas decisões no Brasil, como ocorreu em julgado do STF ora mencionado, tema sobre o qual Cláudio Brandão e Victor Rodrigues (2022) tecem críticas pelo fato de que, nos casos

¹⁹² Conforme Luís Greco e Augusto Assis (2014), a teoria do domínio do fato na forma desenvolvida por Claus Roxin “[...] não se aplica aos delitos especiais; e os delitos omissivos impróprios, por só poderem ser cometidos por garantidores (art. 13, §2º, CP), são delitos especiais.” (Greco; Assis, 2014, p. 108).

concretos, resta evidenciada a ausência de critérios claros para determinar quando um agente possui ou não o domínio do fato. Conforme mencionado, a jurisprudência tem interpretado que o agente detém o domínio do fato ao ocupar uma posição hierárquica de comando, o que implica que, devido ao seu poder de evitar um resultado, será sempre responsabilizado caso este venha a ocorrer.

O dever de vigilância não pode resultar em subsunção imediata da responsabilidade penal do gestor ou dirigente de uma empresa¹⁹³. Não basta a ocupação da função para se estabelecer a culpa por eventual delito ocorrido, até porque não é raro que a infração penal aferida em grandes empresas seja resultado de um complexo de ações e omissões que, se forem analisadas de forma isolada, por vezes sequer se chegará a algum tipo penal¹⁹⁴.

¹⁹³ Inclusive, conforme decisão da lavra do Supremo Tribunal Federal, restou evidenciada a inviabilidade de se promover a persecução penal pelo simples fato de ocupar o posto de gerenciamento e execução de atividades. Nesse sentido: “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – INVIABILIDADE DE INSTAURAR-SE PERSECUÇÃO PENAL CONTRA ALGUÉM PELO FATO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE “RESPONSÁVEL PELO GERENCIAMENTO E EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES” DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM QUESTÃO – PRECEDENTES – DOCTRINA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, NA PEÇA ACUSATÓRIA, DE NEXO CAUSAL QUE ESTABELEÇA RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CONDUTA ATRIBUÍDA AO AGENTE E O RESULTADO DELA DECORRENTE (CP, ART. 13, “CAPUT”) – MAGISTÉRIO DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL – INEXISTÊNCIA, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA – PREVALÊNCIA, EM SEDE CRIMINAL, COMO PRINCÍPIO DOMINANTE DO MODELO NORMATIVO VIGENTE EM NOSSO PAÍS, DO DOGMA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA – “NULLUM CRIMEN SINE CULPA” – NÃO SE REVELA CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL IMPOR CONDENAÇÃO CRIMINAL POR EXCLUSÃO, MERA SUSPEITA OU SIMPLES PRESUNÇÃO – IMPÕE-SE AO MINISTÉRIO PÚBLICO O GRAVÍSSIMO ÔNUS DE COMPROVAR, LICITAMENTE, PARA ALÉM DE QUALQUER DÚVIDA RAZOÁVEL, OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA ACUSAÇÃO (AUTORIA, MATERIALIDADE E EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL), DE UM LADO, E A CULPABILIDADE DO RÉU, DE OUTRO – PRECEDENTES – RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” PROVIDO – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS.” (Ag.Reg. no Ag.Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 186.159/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 03/10/2020, p. 01-02).

¹⁹⁴ Observa Heloisa Estellita (2017) que “As técnicas de organização da empresa não raro têm por consequência que o resultado delitivo somente seja reconduzível a um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiriam ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento. [...] A divisão de funções se somará, ainda, sua descentralização, esta prevalentemente estruturada hierarquicamente dentro da empresa e cuja característica mais desafiadora para a imputação de responsabilidade penal parece ser a da delegação de funções. A descentralização por ela promovida tem por consequência ampliar o número de agentes sujeitos a poder de mando e a deveres de vigilância, o que implica, claramente, uma ampliação numérica das pessoas que poderão ser implicadas em alguma prática criminosa na forma omissiva. Há, assim, difusão da responsabilidade penal, ao menos potencialmente.” (Estellita, 2017, p. 71-72).

Não se descarta do fato de que o fracionamento de funções¹⁹⁵ cujo somatório possa resultar na prática da infração penal enseje, em certa medida, na ausência de responsabilidade penal. Porém, para fins dos estritos ditames que regem o Direito Penal é necessário que se delimite a responsabilidade na conduta, refutando-se toda forma de presunção ou atribuição de culpa pela posição.

Não à toa há diversas outras searas do ordenamento jurídico que promoverão a devida responsabilidade, a exemplo dos âmbitos cível, tributário ou administrativo. O Direito Penal, reitere-se, somente deve se fazer presente na proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade e, ainda assim, suas consequências apenas devem ser direcionadas àqueles que, de fato, praticaram o fato típico através de suas condutas.

3.6 A relevância dos crimes omissivos e do concurso de pessoas nos crimes econômicos

Neste capítulo, abordou-se a problemática dos crimes omissivos, com ênfase na definição dos delitos de *non facere* e na expansão da aplicação em tipos penais omissivos. Além disso, foram estudados os contornos dos crimes omissivos próprios e impróprios, com uma análise detalhada dos limites da omissão imprópria e do papel do garantidor como responsável nesses casos. Destacou-se ainda a vedação do dever genérico de evitar o resultado, que marca a fronteira do que pode ser considerado omissão punível.

Os estudos realizados sobre a causalidade na omissão imprópria, embora marcados por divergências doutrinárias, foram fundamentais para esclarecer a existência ou não desse tipo de causalidade e para estabelecer bases sólidas que sustentem o objetivo da pesquisa, especialmente no que concerne à aplicação do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal em crimes econômicos.

¹⁹⁵ Com clareza peculiar, Heloisa Estellita (2017) aduz que “Paradoxalmente, a descentralização pode culminar em irresponsabilidade organizada, porque, ao fim e ao cabo, não se consegue identificar o autor da conduta incriminada, mas apenas meros instigadores, ou porque o delito é especial e há dificuldade em capturar a contribuição típica do *intransiens*, ou, ainda, pela evidente dificuldade de prova das diversas contribuições.” (Estellita, 2017, p. 72).

As pesquisas sobre o concurso de pessoas e as bases teóricas que sustentam essa temática foram realizadas para fortalecer a compreensão do tema proposto. Nesse contexto, foram discutidas questões relativas à autoria, coautoria e participação no Direito Penal, com especial atenção à teoria do domínio do fato e à teoria do domínio da organização.

Dessa forma, o estudo dos temas desenvolvidos neste capítulo foi crucial para compreender a complexidade dos crimes econômicos, particularmente no que tange à imputação de responsabilidade penal, que, muitas vezes, é dirigida de forma irrefletida aos dirigentes e gestores de empresas.

Portanto, a análise deste capítulo constitui uma base essencial para a compreensão da incidência do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal no modelo constitucional de direito, cujo estudo específico encontra-se no capítulo a seguir, tendo por corte epistemológico a incidência sobre os crimes econômicos.

4 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL NO MODELO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O Direito Penal tem como uma de suas principais características a excepcionalidade, tratando-se de ramo do ordenamento jurídico marcado pela natureza invasiva de suas consequências mais marcantes, que é a pena.¹⁹⁶ Por tal razão, deve o Direito Penal alicerçar-se sobre bases consolidadas que efetivamente apliquem os direitos fundamentais, garantindo a dignidade da pessoa humana em referendo aos dispositivos constitucionais que dão guarida ao Estado Democrático de Direito.

A efetiva proteção aos bens jurídicos pelo Direito Penal, voltados a garantir uma salutar vida em sociedade, apenas terá respaldo constitucional se atender ao conteúdo dos princípios que subjazem à construção dos tipos penais. De igual forma, a imputação da responsabilidade penal pela prática de crimes deve ter observância estrita aos limites do tipo objetivo e, especialmente, ao arcabouço de princípios que refreiam o exercício do *jus puniendi* pelo Estado¹⁹⁷.

O Direito Penal despido de base normativa de jaez constitucional, o que inclui os princípios penais, torna-se invariavelmente despótico e ilimitado. É imprescindível, portanto, que a elaboração do conteúdo normativo penal e a efetiva aplicação deste ramo do direito perpassa pelo filtro das normas macrossistêmicas reveladoras dos princípios. Vale ressaltar que a incidência do Direito Penal deve voltar-se à proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes para a vida em sociedade.

¹⁹⁶ Importante situar que a sanção penal é um gênero cujas espécies são as penas e as medidas de segurança. Trata-se de uma resposta do Estado nos casos em que se verifica o cometimento de infrações penais (crimes ou contravenções penais). As penas destinam-se aos imputáveis e as medidas de segurança incidem sobre os inimputáveis e aos semi-imputáveis que ostentam periculosidade, possuindo caráter terapêutico.

¹⁹⁷ Nesse sentido, Henrique Viana Pereira (2014) afirma que “A concepção minimalista do Direito Penal implica a adoção de diversos princípios que deverão ser observados tanto pelo legislador na criação e revogação de tipos penais, quanto pelos aplicadores da lei penal. Entre tais princípios indispensáveis a um Direito Penal Mínimo, garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do *jus puniendi* estatal, podem ser destacados: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade.” (Pereira, 2014, p. 103).

É nesse sentido que os princípios de natureza penal figuram como importante instrumento limitador do poder punitivo do Estado. Desde as pretensas formulações legislativas com o fito de elaborar normas jurídico-penais à efetiva aplicação do Direito Penal, o Estado deve basear seu escopo de proteção aos bens jurídicos sob o firme cerco dos princípios. Ao revés, o Direito Penal se tornaria uma ilegítima regra à livre disposição de pretensões ilimitadas de poder.

Nesse sentido, o estudo dos princípios, com destaque para os princípios da intranscendência das penas e da culpabilidade, revolve temática cuja imersão revela-se imprescindível para o entendimento, aplicabilidade e justificativa de eventual imputação das consequências penais decorrentes do reconhecimento da conduta criminosa e da autoria ou da participação em infrações penais.

Como será tratado adiante, propomos a existência de um princípio que seria considerado gênero, o qual denominamos de princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, figurando como espécies o princípio da intranscendência da conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas.

Diversos são os princípios que limitam o Direito Penal, um dos quais é o princípio da intranscendência das penas, previsto expressamente na Constituição Federal. De maneira inicialmente simplória, pelo princípio não se admite que a pena passe da pessoa do condenado. Referido princípio figura como marco de um direito repressivo que se limita à punição do sujeito ativo de uma infração penal.

O princípio da culpabilidade, de relevância para o estudo da pesquisa em apreço, afasta a responsabilidade penal objetiva, cingindo a consequência penal apenas àquele que atuou com dolo ou culpa. Pela interpretação do princípio da culpabilidade, fica vedado o repasse da consequência penal àqueles que sequer realizaram uma conduta – ação ou omissão – criminosa.

Visando estabelecer um corte epistemológico à pesquisa em comento, a análise de incidência dos princípios irá cingir-se aos crimes econômicos, especialmente nas condutas omissivas impróprias cuja largueza interpretativa pode culminar, não raras vezes, em trespasse indevido de responsabilidade criminal pela mera posição ocupada.

Reflete-se, portanto, sobre a importância dos princípios para o Direito Penal, com destaque para o princípio que denominamos de intranscendência da responsabilidade criminal e seus subprincípios, caracterizados pela intranscendência da conduta criminosa e intranscendência das penas. Antes, porém, é importante ressaltar a importância dos princípios como reguladores da existência e incidência do Direito Penal e, também, apresentar alguns importantes princípios que guardam íntima conexão com o conteúdo da tese proposta.

4.1 Os princípios penais como reguladores da existência e da incidência do Direito Penal¹⁹⁸

Os princípios de natureza penal são instrumentos normativos essenciais para a limitação do poder punitivo do Estado, devendo incidir desde a elaboração das normas jurídico-penais até a aplicação efetiva das penas nos casos concretos.

Ao revés, despido das normas principiológicas, o Direito Penal figuraria apenas como um instrumento ao alvedrio de pretensões ilimitadas de poder, à mercê de um punitivismo exacerbado e/ou de populismo penal de ocasião que não encontra respaldo em Estados que se anunciam como Democráticos de Direito, como é o caso do Brasil¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Luigi Ferrajoli (2002) já deixava evidenciado que “O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico, a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.” (Ferrajoli, 2002, p. 29).

¹⁹⁹ Nas palavras de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003), “O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.” (Barroso; Barcellos, 2003, p. 32). Os autores prosseguem afirmando que “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*,

A “capacidade normativa dos princípios” tem sido expandida pela doutrina a partir de modalidades de eficácia, sendo que, sobre a eficácia positiva ou simétrica sustentam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) que:

[...] se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário. Como se vê, um pressuposto para o funcionamento adequado dessa modalidade de eficácia é a identificação precisa dos efeitos pretendidos por cada princípio constitucional. (Barroso; Barcellos, 2003, p. 57).

Desta feita, regular o Direito Penal em rígidos e inafastáveis critérios constitucionais exige a inclusão dos princípios penais como essenciais na análise dos bens jurídicos sob tutela, refreando a ânsia punitiva por vezes popularizada e garantindo a incidência das normas penais tão somente ao desiderato que justifica a sua própria existência. Emerson Gabardo e Gabriel Morettini Castela (2015) revelam que

[...] a doutrina entende que os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, em especial, os princípios da legalidade – artigo 5º, XXXIX; princípio da irretroatividade – artigo 5º, XL; princípio da intranscendência da pena – artigo 5º, inciso XLV; princípio do devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV; princípio da ampla defesa e do contraditório – artigo 5º, inciso LV, tornaram-se elementos indispensáveis para aplicação do *ius puniendi* estatal. (Gabardo; Castella, 2015, p. 139).

Dos variados princípios alçados à cadeia protetiva fundamental e pétrea da Constituição Federal, o princípio da intranscendência das penas tem destaque nesta pesquisa. Pela definição deste princípio, não se admite que a pena passe da pessoa do condenado, limitando as consequências de uma infração penal ao autor do fato,

de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. [...] Princípios - e, com crescente adesão na doutrina, também as regras - são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação.” (Barroso; Barcellos, 2003, p. 36-38).

situação que, de plano, já rechaça presunções de culpa e construções mirabolantes que gravitam no universo das pretensões punitivas.

Visando construir pressupostos que consolidem os argumentos da pesquisa, serão apresentados princípios que guardam íntima conexão com a intranscendência da responsabilidade criminal²⁰⁰ – que contribui para evidenciar o marco divisório da imputação penal, entre eles os princípios da culpabilidade, da intranscendência das penas e da individualização das penas. O princípio da autorresponsabilidade será apresentado como um contraponto necessário para impedir análises equivocadas quanto ao tema objeto da pesquisa.

Conforme será analisado adiante, o princípio da culpabilidade será objeto de considerações específicas, já que a pretensão que se estabelece na pesquisa em apreço também visa apresentar distinções entre o referido princípio e o que passamos a denominar de princípio da intranscendência da conduta criminosa.

4.1.1 Princípios como dispositivos dotados de força normativa e autoaplicabilidade

A análise do Direito Penal e dos princípios fundamentais que guarnecem este ramo do ordenamento jurídico é crucial para a efetiva salvaguarda dos bens jurídicos essenciais para a convivência em sociedade, devendo-se ter como norte a ressalva de que se trata de exceção dentro do arcabouço jurídico elaborado pelo Estado. Afinal, a possibilidade de privação da liberdade deve ancorar-se em seguros substratos normativos, o que inclui as leis e os princípios que permitem a

²⁰⁰ Sobre os princípios que têm relação direta com a temática a ser desenvolvida e que tem como um de seus pilares tratar do princípio da intranscendência das penas, mencione-se a observação feita por José Antônio Paganella Boschi (2013), segundo o qual “Há um liame profundo entre o princípio da personalidade, o da proporcionalidade e o da individualização da pena, porque, em conjunto, os três direcionam a imposição da pena certa e nos limites do necessário à retribuição e à prevenção dos ilícitos penais ao autor do fato.” (Boschi, 2013, p. 41). Não obstante, entendemos haver íntima relação entre os princípios da culpabilidade e da autorresponsabilidade com a intranscendência das penas, razão porque serão apresentados como forma de conectar o tema ao objeto da pesquisa e, especialmente, para sustentar a hipótese de existência de um princípio gênero, o qual denominamos de intranscendência da responsabilidade criminal. Quanto ao princípio da culpabilidade serão apresentadas considerações e correlações com o princípio que denominados de intranscendência da conduta criminosa.

regularidade do exercício do poder de punir do Estado alicerçado na dignidade da pessoa humana.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) afirmam que, ao se tornarem centrais no sistema jurídico, os princípios tiveram que adquirir o status de normas jurídicas, superando a visão de que possuíam apenas uma dimensão axiológica ou ética, sem eficácia legal ou aplicabilidade imediata. A dogmática moderna defende que as normas, especialmente as constitucionais, se dividem em duas categorias principais: princípios e regras. As regras, em geral, apresentam um caráter mais específico e são aplicáveis a situações determinadas, enquanto os princípios possuem um maior nível de abstração e abrangem uma diversidade de situações. Não existe uma hierarquia entre essas categorias, conforme o princípio da unidade da Constituição.

Os princípios são reveladores da mais pura expressão das normas jurídicas²⁰¹, dada à elasticidade de seus conteúdos,²⁰² assumindo destaque frente às regras que são caracterizadas pela rigidez dos dispositivos descritos legalmente²⁰³.

²⁰¹ Robert Alexy ([1945]/2014) distinguiu as regras dos princípios, destacando que a distinção “[...] está no centro de uma teoria que pode ser designada ‘teoria dos princípios’. A teoria dos princípios é o sistema das implicações dessa distinção. Essas implicações dizem respeito a todas as áreas do direito. No caso dos direitos fundamentais – pode-se aqui falar tanto em uma teoria dos princípios dos direitos fundamentais quanto em uma construção de direitos fundamentais em princípios – a disputa sobre a teoria dos princípios é sobretudo uma disputa sobre a ponderação e, uma vez que a ponderação constitui o núcleo do exame da proporcionalidade, uma disputa sobre a máxima da proporcionalidade.” (Alexy, [1945]/2014, p. 119).

²⁰² Guillermo Yacobucci (2002) distingue quatro ordens de princípios, dispondo sobre a seguinte classificação: “a) os princípios que podem ser chamados de constitutivos, configurantes ou materiais, como os do bem comum político e dignidade humana; b) os princípios fundamentais do direito penal da modernidade, por exemplo o da legalidade e a da culpa; c) princípios derivados, tais como, entre outros, proporcionalidade, ultima ratio, subsidiariedade, intervenção mínima, etc. d) e os padrões, entendidos como níveis de ética exigidos na aplicação específica de normas, princípios ou conceitos juspositivos.” (Yacobucci, 2002, p. 126). Texto original: a) los principios que cabe denominar constitutivos, configuradores o materiales, como son los de bien común político y de dignidad humana; b) los principios fundamentales del derecho penal de la modernidad, por ejemplo el de legalidad y el de culpabilidad; c) los principios derivados, como serían entre otros los de proporcionalidad, ultima ratio, subsidiariedad, intervención mínima, etcétera; d) y los estándares, entendidos como niveles de ética exigida en la aplicación concreta de normas” tratando-se, esses últimos, de princípios ou conceitos juspositivos. Entendemos que o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, o qual incorpora o princípio da intranscendência da conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas podem ser considerados como princípios fundamentais do direito penal da modernidade, nesta classificação proposta por Yacobucci.

²⁰³ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) esclarecem que as regras, em geral, são descrições objetivas de condutas específicas, aplicáveis a um conjunto restrito de situações. Quando ocorre a situação prevista, a regra deve ser aplicada por meio do processo tradicional de subsunção, onde os fatos são ajustados à previsão abstrata da norma, resultando em uma

Robert Alexy ([1945]/2014) apresenta os princípios como mandados de otimização²⁰⁴, adaptáveis ao caso concreto em favor da dignidade da pessoa humana, distinguindo-os das regras no seguinte sentido:

Princípios são portanto *comandos de otimização*. Enquanto tais eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e essencialmente por princípios opostos. Princípios contêm pois, tomados respectivamente em si, sempre somente um comando *prima facie*. A determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a ponderação. Por essa razão a ponderação é a forma de aplicação específica do princípio. (Alexy, [1945]/2014, p. 118).

Por este raciocínio, os dispositivos legais (com destaque para os tipos penais e a conseqüente responsabilização criminal enunciados pelas regras) necessitam do substrato principiológico para justificarem suas existências²⁰⁵, sob pena de padecerem de legitimidade e de constitucionalidade²⁰⁶.

conclusão. Em contrapartida, os princípios possuem um nível maior de abstração, não determinam uma conduta específica e são aplicáveis a um conjunto amplo e, por vezes, indefinido de situações. Em um regime democrático, os princípios frequentemente entram em conflito, indicando direções diferentes. Por essa razão, sua aplicação requer ponderação, onde o intérprete, ao analisar o caso concreto, avalia a relevância de cada princípio, buscando preservar o máximo possível de cada um.

²⁰⁴ Bernardo Gonçalves Fernandes (2017) destaca que a distinção entre normas e princípios de Robert Alexy é considerada a tese forte, também conhecida como tese qualitativa, “[...] que toma o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação (o modo pelo qual o ‘conflito’ é resolvido)” (Fernandes, 2017, p. 232). De acordo com o autor, a tese fraca é aquela que se apoia na distinção entre regras e princípios tendo por base a questão da generalidade, considerando que os princípios seriam mais gerais e abstratos que as regras, baseando a diferença em critério quantitativo. Considerar os princípios como mandados de otimização permite, conforme destaca o autor, “[...] que algo seja realizado, na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.” (Fernandes, 2017, p. 233).

²⁰⁵ Guillermo Yacobucci (2002) destaca a abrangência de incidência dos princípios do direito penal, afirmando que “[...] embora não seja usual na prática forense, os princípios podem ser vistos como uma referência às causas que motivam, produzem, explicam e justificam a presença do *ius puniendi* na convivência política.” (Yacobucci, 2002, p. 80). Texto original: “[...] aunque no resulte usual en la práctica forense, los principios pueden ser vistos como una referencia a las causas que motivan, producen, explican y justifican la presencia del *ius puniendi* en la convivencia política.

²⁰⁶ Nas palavras de Alberto Barros Lima (2012), “O ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do

Conforme observa Guillermo Yacobucci (2002) ao analisar as funções exercidas pelo princípio e fazer um resgate histórico,

[...] O termo “princípio”, mesmo considerado a partir de diversos referenciais teóricos, em geral, refere-se, dependendo do caso, a: 1) o que dá realidade e consistência a uma coisa, 2) o que nos permite conhecê-la, explicá-la e interpretá-la, e 3) um certo sentido normativo, ordenador e legitimador do desenvolvimento daquela coisa.²⁰⁷ (Yacobucci, 2002, p. 60)

Guillermo Yacobucci (2002, p. 60-61) argumenta que, ao aplicar a noção de “princípios” ao direito penal, é necessário distinguir três ordens de análise: o ser, o saber e o agir. No nível ontológico, os princípios referem-se aos elementos que justificam o direito penal na vida humana e na convivência social. Na ordem do conhecimento, os princípios estão relacionados às fontes normativas e aos critérios interpretativos, que são extraídos de textos legais, jurídicos e doutrinários. Já na ordem prática, os princípios orientam a aplicação do direito penal, com uma função explicativa e legitimadora, focando nos fins sociais e na realização de valores

Fernando Galvão (2023) aduz que o princípio “[...] estabelece um padrão valorativo que atende a uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade que se revele independente de consideração utilitária.” (Galvão, 2023, p. 132), tratando-se de “[...] norma geral que fornece legitimidade às proposições jurídicas mais específicas, expressando o que lhes é substantivo.” (Galvão, 2023, p. 132).

Em razão da matriz constitucional brasileira e a opção pelo Estado Democrático de Direito, a conclusão pela autoaplicabilidade dos princípios se dá pelo fundamento constitucional e pela carga valorativa que exprimem. Barroso e Barcellos (2003) defendem que a eficácia dos princípios constitucionais está em sua

sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de critério interpretativo, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema.” (Lima, 2012, p. 51).

²⁰⁷ Texto original: [...] el término "principio", aun considerado desde marcos teóricos diversos, en general hace referencia, según los casos, a: 1) lo que da realidad y consistencia a una cosa, 2) lo que permite conocerla, explicarla e interpretarla, y 3) cierto sentido normativo, ordenador y legitimante del desenvolvimiento de esa cosa.

função de direcionar a interpretação das regras, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. Assim, o intérprete deve optar, entre as diferentes interpretações possíveis, por aquela que mais efetivamente realize o propósito do princípio constitucional aplicável.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), ao tratarem do neoconstitucionalismo²⁰⁸, afirmam que a Constituição “[...] se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado por materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.” (Mendes; Branco, 2017, p. 65).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2017), ao apresentar teses acerca das perspectivas neoconstitucionais (constitucionalismo contemporâneo), destaca duas delas que guardam estrita vinculação com os princípios e a autoaplicabilidade das normas jurídicas, assim dispendo:

a) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito; b) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (Fernandes, 2017, p. 61).

Verifica-se, portanto, que a força normativa e a autoaplicabilidade dos princípios, especialmente diante das novas perspectivas constitucionais

²⁰⁸ Luis Roberto Barroso (2018) destaca a existência de múltiplas vertentes neoconstitucionalistas, mas afirma que “O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”. (Barroso, 2018, p. 162). O autor demarca, portanto, o neoconstitucionalismo com marcos histórico, filosófico e teórico. No Brasil o marco histórico “[...] foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.” (Barroso, 2018, p. 280). Para o autor, o marco filosófico se evidencia no contexto do pós-positivismo que promove uma “reaproximação entre o Direito e a Ética”. O marco teórico, além de promover mudanças que permitem a aplicabilidade direta e imediata da Constituição Federal, aumentou, no Brasil, o quantitativo de legitimados para propositura de ações constitucionais e permitiu, como o próprio autor afirma, “um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*.” (Barroso, 2018, p. 281).

evidenciadas pelos direitos fundamentais de elevada carga valorativa, exige que as interpretações jurídicas tenham por lastro indissociável os direitos esculpidos na Constituição Federal.

Em razão dos estritos limites de incidência do Direito Penal marcado por consequências deletérias, ainda com mais razão os princípios²⁰⁹ ligados a essa disciplina²¹⁰, devem irradiar sua força normativa quando da interpretação dos seus mais diversos dispositivos. Henrique Viana Pereira (2014) destaca que a responsabilidade penal deve ser exercida dentro de limites bem definidos, evitando a arbitrariedade. Esses limites são estabelecidos por meio de princípios que atuam como filtros restritivos da responsabilidade penal (Pereira, 2014, p. 113).

Assim, resta assentado que os princípios jurídicos têm uma função essencial no Direito Penal, servindo como dispositivos normativos com força autoaplicável. Eles são fundamentais para assegurar que a aplicação do poder punitivo do Estado esteja firmemente ancorada na dignidade humana e nos mais sublimes dispositivos constitucionais. Ao contrário das regras rígidas, os princípios possuem uma elasticidade que lhes permite adaptar-se aos casos concretos, funcionando como mandados de otimização que precisam ser ponderados em relação a princípios opostos, conforme argumenta Robert Alexy. Fernando Galvão (2023) complementa essa visão ao afirmar que os princípios estabelecem padrões valorativos que atendem a exigências de justiça e equidade, conferindo legitimidade às normas jurídicas específicas.

Percebe-se, portanto, que, no contexto do neoconstitucionalismo, a Constituição brasileira absorve valores morais e políticos, possibilitando a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, o que inclui os princípios. Assim, a

²⁰⁹ Conforme observado por Cezar Roberto Bitencourt (2018), “Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*.” (Bitencourt, 2018, p. 65).

²¹⁰ Cezar Roberto Bitencourt (2018) aduz que “As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.” (Bitencourt, 2018, p. 65).

interpretação das normas penais, especialmente devido às suas consequências, deve sempre considerar a força normativa dos princípios constitucionais, que atuam como limites ao poder de punir, funcionando como filtros necessários para evitar a arbitrariedade na responsabilização penal.

4.1.2 *Princípio da culpabilidade*

O princípio da culpabilidade²¹¹ guarda íntima relação com a atribuição pessoal da responsabilidade penal a quem, de fato, tenha cometido a infração penal. Pelo princípio da culpabilidade, não é permitido que a pena transcenda àquele que infringiu a norma penal²¹². Além disso, o princípio da culpabilidade afasta a possibilidade de se analisar o Direito Penal pelo autor do fato, exigindo a análise tão somente do fato ocorrido. Nas palavras de Nilo Batista (2020),

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível. (Batista, 2020, p. 100).

²¹¹ Claus Roxin (1981) analisa o princípio da culpabilidade pelas concepções unilateral e bilateral. De acordo com o autor, a concepção bilateral de culpabilidade reclama que não apenas o agente atua culpavelmente, ou seja, podia comportar-se de outro modo, mas também que toda culpabilidade necessariamente corresponderia à imposição de uma pena. Já a concepção unilateral reclama que, não obstante a conferência da culpabilidade deva aferir se o agente atuou culpavelmente, não necessariamente haveria a imposição de pena exatamente em decorrência da falta de necessidade preventiva de uma pena. É nesse sentido que Roxin refere-se à responsabilidade penal, figurando a culpabilidade, acompanhada dos pressupostos preventivos da necessidade da pena como seus elementos. Nesse sentido, afirma o autor que “Por esta razão, preferiria que no sistema de Direito Penal a categoria chamada ‘culpabilidade’ fosse renomeada como ‘responsabilidade’. Dessa forma, os pressupostos da pena seriam tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade. O conceito de responsabilidade inclui o de culpabilidade, mas é mais amplo do que isso, pois inclui também os pressupostos preventivos da necessidade da pena.” (Roxin, 1981, p. 192, tradução nossa). Texto Original: Por eso, preferiría que en el sistema del Derecho Penal la categoría llamada «culpabilidad» pasara a denominarse «responsabilidad». De este modo, los presupuestos de la pena serían tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad. El concepto de responsabilidad comprende el de culpabilidad, pero es más amplio que éste, al incluir además los presupuestos preventivos de la necesidad de pena.

²¹² Nilo Batista (2020), ao tratar do princípio da culpabilidade e suas correlações, afirma que além da imposição de subjetividade na responsabilidade penal, o princípio em comento conecta-se à “[...] personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas consequências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena.” (Batista, 2020, p. 101).

Rogério Greco (2022) atribui três sentidos fundamentais para o princípio da culpabilidade²¹³, sendo eles: culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; culpabilidade como princípio medidor da pena; e culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva.

De acordo com Greco (2022), no primeiro sentido a culpabilidade permite a “caracterização da infração penal” (Greco, 2022, p. 280); no segundo sentido, seria a culpabilidade um regulador da pena, aferido como um dos elementos das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal²¹⁴; e no terceiro sentido, a culpabilidade, que deve ser aferida neste ponto apenas como um princípio em si, impede a responsabilidade penal a quem não tem dolo ou culpa, não bastando o nexo de causalidade²¹⁵. Alberto Barros Lima (2012) afirma que o princípio da culpabilidade abrange a verificação do dolo e da culpa, cingindo-se à tipicidade; faz análise de censura, aferindo a culpabilidade normativa; e também está presente na avaliação da pena, com a individualização.

Ao tratar do princípio da culpabilidade, Luigi Ferrajoli (2002) ressalta que o princípio pode ser configurado como normativo, impondo uma “estrutura regulativa” e visando “a) que o proibido por estas seja a comissão ou a omissão de uma ação e não um *status* ou uma condição de vida do sujeito; e b) que, *ex ante*, seja possível a comissão ou a omissão da ação, proibida.” (Ferrajoli, 2002, p. 398).

²¹³ Além dos três sentidos para o princípio da culpabilidade apresentados por Rogério Greco, Alberto Barros Lima (2012) apresenta mais um sentido, tratando-se do princípio da coculpabilidade. De acordo com o autor, “Poderíamos, ainda, assinalar uma quarta significação para a ‘culpabilidade’ prevista, expressamente, no art. 59 do Código Penal. Neste dispositivo, culpabilidade implica a maior ou menor possibilidade que tem o agente de evitar o delito, considerando as condições ofertadas a ele pelo Estado e pela própria sociedade. É a chamada coculpabilidade que se aplica, na dosimetria da pena, valendo-se do art. 59 e não do disposto no art. 66, ambos do Código Penal.” (Lima, 2012, p. 108).

²¹⁴ Fixação da pena. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (Brasil, 1940, tit. V, seq. III, cap. III, art. 59).

²¹⁵ No mesmo sentido afirma Henrique Viana Pereira (2020), ao afirmar que “[...] o termo culpabilidade pode ser utilizado como um dos pilares do conceito analítico de crime, como elemento para medição da pena, ou como proibição à responsabilidade penal objetiva, este último configurando, especificamente, o sentido do princípio da culpabilidade.” (Pereira, 2020, p. 58).

Nilo Batista (2020) deixa evidenciado em sua obra que o princípio da culpabilidade “[...] impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal [...]”, descabendo a imposição de consequências penais tendo por base apenas “[...] uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para o bem jurídico” (Batista, 2020, p. 100-101). Sobre o tema, também se manifesta Guilherme de Souza Nucci (2019), destacando o autor que

[...] punir o ser humano, que dê causa a um resultado danoso qualquer, sem haver dolo ou culpa, constitui medida de força inútil, pois o castigo não será assimilado como justo, nem pelo acusado, nem mesmo pela sociedade. A função retributiva da pena esvai-se. Focando-se o lado preventivo, outra sorte não tem a questão, pois a ausência de dolo ou culpa esgota qualquer chance de legitimar a atuação da lei penal ou de servir de intimidação geral. Pelo contrário, a punição calcada na responsabilidade penal sem dolo ou culpa representa prepotência estatal, intimidando pelo simples terror da força, sem a devida conscientização do justo. (Nucci, 2019, p. 208-209).

Ao tratar do princípio da culpabilidade, Nilo Batista (2020) revela a intrínseca relação deste princípio com a personalidade da responsabilidade penal, que nas palavras do autor “[...] derivam duas consequências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena” (Batista, 2020, p. 101). O autor é categórico ao arrematar que “Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva.” (Batista, 2020, p. 101).

Buscando estabelecer uma correspondência entre os princípios da responsabilidade pessoal (intranscendência das penas) e da culpabilidade, Guilherme de Souza Nucci (2015) afirma que “[...] a punição penal deve voltar-se ao agente do crime, com exclusividade, pois somente ele atua com dolo ou culpa.” (Nucci, 2015, p. 188). Conclui o autor afirmando que “Desse modo, há perfeita lógica entre a garantia de que a pena não passará da pessoa do delinquente e a inviabilidade de se acolher como crime a conduta despida de dolo ou culpa.” (Nucci, 2015, p. 188).

Assim, a estruturação do Direito Penal, tendo como um dos pilares a incidência do princípio da culpabilidade²¹⁶, é garantir que a responsabilização em

²¹⁶ Guillermo Yacobucci (2002, p. 317) argumenta que o princípio da culpabilidade no direito penal se

razão da prática de uma infração penal apenas seja possível quando restar comprovado o dolo ou a culpa de quem, de fato, praticou a infração. Essa premissa principiológica impede, portanto, a nefasta responsabilidade penal objetiva, conectando-se diretamente ao princípio da intranscendência das penas e à opção constitucional brasileira que se estrutura sob as bases do Estado Democrático de Direito²¹⁷.

4.1.2.1 Análise da culpabilidade por presunção e a intranscendência da responsabilidade criminal como direito fundamental implícito

No cenário jurídico penal, os princípios da culpabilidade e da intranscendência das penas desempenham papéis cruciais e complementares na garantia de um sistema justo e equitativo. O princípio da culpabilidade exige uma análise detalhada do elemento subjetivo do tipo penal, avaliando o dolo e a culpa do agente. Já o princípio da intranscendência das penas assegura que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, evitando que terceiros alheios ao crime possam sofrer consequências penais. No entanto, a aplicação prática desses princípios muitas vezes revela tensões e desafios, especialmente em casos envolvendo gestores e dirigentes de empresas.

A culpabilidade fundamenta-se na necessidade de individualizar a responsabilidade penal, exigindo que a conduta do agente seja analisada quanto ao

baseia em várias regras fundamentais. Primeiro, a personalidade da pena, que impede a responsabilidade penal por atos alheios, conforme o princípio de responsabilidade pessoal (intranscendência das penas). Em segundo lugar, o princípio da responsabilidade pelo fato proíbe a proteção baseada no caráter ou na personalidade do indivíduo, rejeitando um direito penal de autor. Terceiro, a exigência de um vínculo subjetivo que vai além da mera causalidade em crimes de lesão, assim como a posição de garantia nas omissões. Quarto, a imputação subjetiva exige dolo ou culpa, garantindo que a simples ocorrência do resultado não seja suficiente para a proteção. Por fim, há a necessidade de verificar a imputabilidade do sujeito e a ausência de causas excludentes, considerando, em alguns casos, a possibilidade de conhecimento da ilegalidade da conduta.

²¹⁷ Guilherme de Souza Nucci (2014) afirma sobre o tema que “O princípio da culpabilidade encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, justamente porque não se pode, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento.” (Nucci, 2014, p. 70).

seu dolo ou culpa. Contudo, jurisprudências importadas como a da cegueira deliberada e até mesmo a elasticidade na interpretação do dolo eventual têm sido empregadas para preencher lacunas probatórias, resultantes da não incomum incapacidade do Estado em comprovar a culpa. Como resultado, a responsabilidade penal tem sido estendida em situações onde a culpa do agente se materializa pela posição ocupada e a pena transcende de qualquer pessoa para o garantidor. Essa abordagem, portanto, tem levado a interpretações expansivas e presunções de culpa, particularmente em contextos empresariais. A omissão imprópria tem servido de substrato para justificar imputações em decorrência das diversas possibilidades de se interpretar o “não fazer” algo.

Em casos envolvendo dirigentes de empresas, a aplicação da cegueira deliberada ou mesmo de interpretações do dolo eventual pode resultar em uma imputação penal que ultrapassa a análise individual da conduta, recaindo sobre gestores pela mera posição que ocupam. Isso subverte o princípio da culpabilidade, transferindo a responsabilidade penal de forma automática e presuntiva. Por tal razão, erige-se como importante refletir sobre o princípio da intranscendência da conduta criminosa como marco divisório da imputação penal. Igualmente, o princípio da intranscendência das penas torna-se, também, uma salvaguarda essencial contra práticas que se voltam à imputação penal despida de pressupostos principiológicos basilares, pois reforça que a pena deve ater-se ao verdadeiro responsável pelo ato ilícito. Guilherme de Souza Nucci (2014) destaca uma correlação entre o princípio da responsabilidade pessoal e o princípio da culpabilidade, destacando o autor que

Como decorrência da responsabilidade pessoal, aponta a doutrina que, implicitamente, encontra-se previsto o princípio da culpabilidade, vale dizer, não há crime sem dolo e sem culpa (*nullum crimen sine culpa*). Se a pena relaciona-se diretamente ao agente do fato criminoso, é de suma importância exigir-se a atuação deste com dolo ou com culpa, evitando-se a malfadada responsabilidade penal objetiva, ao menos como regra geral. Por outro lado, o princípio da culpabilidade decorre, ainda e principalmente, da garantia conferida pela Constituição à dignidade da pessoa humana, meta geral do Estado Democrático de Direito. Quão arbitrária seria a atuação estatal buscando punir pessoas que causam danos ou criam situações de perigo fortuitamente, obra do acaso, sem desejar, nem atuar com falta do dever de cuidado objetivo. Assim, preservando-se a esfera de intimidade do ser humano, levando-se em conta ser o Direito Penal a *ultima ratio*

(princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade), devendo ser o instrumento punitivo utilizado quando outro se torne ineficaz ou inadequado ao ilícito cometido, não se pode admitir, como regra, o Direito Penal sem culpa. (Nucci, 2014, p. 145-147).

É imperativo que os princípios da culpabilidade e da intranscendência das penas sejam estudados e efetivamente aplicados, assegurando que penas não sejam estendidas indevidamente a terceiros ou aplicadas com base em presunções de culpa. Estes princípios constitucionais, implícito e explícito, exemplificam direitos fundamentais que limitam a responsabilidade penal, impedindo que a posição hierárquica em uma empresa se torne um fundamento suficiente para a imputação penal.

Assim, a observância estrita aos princípios da culpabilidade e da intranscendência das penas são essenciais para cumprir o mandamento constitucional e proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Um sistema penal escorreito e constitucional deve resistir às tentações de simplificação e presunção de culpa, respeitando a necessidade de uma análise rigorosa e individualizada da responsabilidade penal, especialmente na complexa esfera das relações empresariais.

4.1.3 Princípio da individualização das penas

O princípio da individualização das penas possui previsão constitucional, conforme art. 5º, XLVI da CF/88 (Brasil, 1988, tít. II, cap. I, art. 5º, inc. XLVI), segundo o qual “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Ao tratar do princípio da individualização das penas, Fernando Galvão (2023) observa que referido princípio

[...] estabelece que a resposta estatal ao crime deve ser imposta em estrita observância às peculiaridades do fato e da pessoa que é apenada. A reprovação individual decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e significa que a aplicação da pena é trabalho que considera e respeita cada uma das pessoas condenadas. (Galvão, 2023, p. 148).

Guilherme de Souza Nucci (2019) ressalta a importância da individualização da pena quando o Estado visualiza os indivíduos com “[...] características, interesses e necessidades particulares. Pessoas não podem padecer da padronização, pois são racionais e emocionalmente superiores. Essa é a tarefa primordial do Judiciário na senda criminal.” (Nucci, 2019, p. 175).

O princípio da individualização das penas resta evidenciado em três momentos distintos e demarcados²¹⁸. De início, o princípio se revela no estabelecimento de marcos penais por parte do legislador²¹⁹, conhecido por critério legislativo (ou fase de cominação)²²⁰, que estabelece a pena abstrata cabível a cada tipo específico de infração penal, variando, como ressalta Greco (2022), “de acordo com a importância do bem a ser tutelado” (Greco, 2022, p. 241). Esta fase é crucial,

²¹⁸ Ao tratar do princípio da individualização da pena, Sandro Luiz da Costa (2013) destacou que “[...] cabe à lei apresentar os parâmetros gerais da pena, devendo ser esta, de acordo com as características do caso concreto, especificada de forma fundamentada nas esferas de conhecimento e execução ao contrário do que ocorria no final do século XIII, quando a regra fixava a pena de modo único para todas as situações similares, aplicando-se uma injusta igualdade formal em decorrência do regime da determinação absoluta de penas.” (Costa, 2013, p. 26). De acordo com o autor, “[...] a individualização da pena não é somente uma garantia do condenado, mas, sobretudo, da sociedade, no sentido de quem praticar delitos idênticos, mas com situações concretas referentes ao agente e ao delito díspares, terá tratamento diferenciado na medida destas especificidades, concretizando assim também, a aplicação do princípio da igualdade real.” (Costa, 2013, p. 31-32).

²¹⁹ Salo de Carvalho (2015) traz importante dado histórico, afirmando que “O Código de 1890 antecipa a estrutura de princípios que orientará, na matéria penal, a Constituição de 1891. A perspectiva republicana promove a abolição das penas de morte, galés e banimento, sendo definida a prevalência da pena de prisão sobre as demais sanções penais. Neste cenário, a noção de individualização reforçará o sistema de penas variáveis entre mínimos e máximos, previamente definidos pelo Legislativo, que se solidificou na tradição do direito penal brasileiro.” (Carvalho, 2015, p. 264). Para o autor, o Código de 1890 influenciou as Constituições de 1946 e de 1988, além da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

²²⁰ João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2023), alicerçados no posicionamento de Raymond Saleilles, ressaltam que a individualização legal propriamente dita não existe. Sustentam os autores que “[...] a lei guia os magistrados na dosimetria e somente com a efetiva atuação destes é que a falsa individualização legal desaparece. A atuação da agência judicial, contudo, não poderá ocorrer com a mera reprodução mecânica dos preceitos normativos, especialmente diante das várias lacunas no atinente à pena, senão com uma abertura constitucional, visando, ao máximo, a redução dos custos individuais.” (Martinelli; De Bem, 2023, p. 928).

pois define os limites mínimos e máximos da pena que podem ser aplicados pelo judiciário. O legislador deve considerar a gravidade do delito e a necessidade de proteção dos bens jurídicos tutelados.

A individualização também se faz evidente no momento em que o Estado-Juiz fixa a pena no caso concreto²²¹, atendendo aos parâmetros legais, revelando o critério judicial (ou fase de aplicação da pena). Na segunda fase, o juiz exerce sua função ao aplicar a pena concreta ao caso específico, dentro dos limites estabelecidos pela lei. Conforme destaca Rogério Greco (2022), “Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente.” (Greco, 2022, p. 242). É neste momento que o julgador efetiva a dosimetria das penas, ou seja, aplica a pena pelo critério trifásico estabelecendo a pena base, as circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de diminuição e de aumento de pena.

Por fim, no momento em que a pena está apta a ser executada, é realizada uma nova individualização, evidenciando o critério executório ou administrativo (fase da execução penal)²²². Esta terceira fase ocorre durante a execução da pena, quando são ajustadas as condições de cumprimento da sanção às necessidades do condenado, visando sua ressocialização. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) estabelece que a execução deve ser orientada pelo princípio da individualização. Nesse contexto, a individualização da pena na execução busca promover a reintegração social do condenado, oferecendo-lhe oportunidades de educação, trabalho e assistência. Como afirma Jamil Chaim Alves (2024), a individualização da pena no plano executório relaciona-se ao cumprimento da

²²¹ Salo de Carvalho (2015) apresenta críticas à prevalência da pena privativa de liberdade. De acordo com o autor é “Importante inferir que, mesmo com previsão constitucional de penas alternativas ao encarceramento (substitutivos penais), a privação de liberdade mantém-se no centro do sistema punitivo, pois, mesmo sendo cabível a aplicação de penas restritivas de direito, o julgador, no procedimento individualizador, deve necessariamente calcular o tempo de privação de liberdade para, em um segundo momento, verificar a possibilidade de aplicação de outra espécie de sanção.” (Carvalho, 2015, p. 265).

²²² Prevê o art. 5º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) que “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (Brasil, 1984, tít. II, cap. I, art. 5º).

sanção penal no momento em que o magistrado fará as “adaptações da pena ao caso concreto” (Alves, 2024, p. 126).

Desta feita, o princípio da individualização da pena é um dos pilares do Direito Penal brasileiro, profundamente enraizado na dignidade da pessoa humana²²³. Como apontado, este princípio está consagrado na Constituição Federal de 1988, assegurando-se que cada sanção penal seja aplicada de forma justa e proporcional, levando em conta as circunstâncias específicas de cada delito e as características pessoais do condenado. Fernando Galvão (2023) observa que “[...] o princípio da individualização é manifestamente incompatível com noção de culpabilidade presumida” (Galvão, 2023, p. 149). Para o autor, a individualização da pena envolve a determinação da reprimenda penal com base nas características específicas de cada caso concreto, sendo inviável utilizar um conceito de culpabilidade que seja presumido, abstrato e que não possa ser demonstrado.

Destaque-se, ainda, que o princípio da individualização da pena está intimamente ligado ao princípio da intranscendência das penas²²⁴, que estabelece que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, não podendo atingir terceiros. Este princípio, também previsto na Constituição Federal, reforça a ideia de que a pena deve ser adequada à responsabilidade pessoal do réu.

²²³ Pontes de Miranda (1968) faz um apontamento relevante sobre a importância da individualização da pena. Afirma o autor que “A concepção da pena como revide, como vingança, perdura em muito do que é o direito penal vigente. A pena é contragolpe. Mal fêz, mal se lhe faça. Não se desce à verificação do que, no autor do crime, talvez por defeito da sociedade, ou da estruturação político-social, foi fator de relêvo para o acontecimento punível. Abstrai-se, quase totalmente, do homem, para só se ver o seu ato objetivamente. Em geral, partiu-se, para isso, da suposição do livre arbítrio.” (Pontes de Miranda, 1968, p. 217-218).

²²⁴ Sandro Costa (2013) ressalta a ligação do princípio da individualização da pena com os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Para o autor, “Os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade estão diretamente ligados ao conceito da individualização da pena, de forma que para cada condenado deve ser aplicada uma pena correspondente às circunstâncias judiciais e legais ligadas ao agente e ao caso concreto, nivelando assim os desiguais na medida de suas desigualdades.” (Costa, 2013, p. 26).

4.1.4 Princípio da autorresponsabilidade

O princípio da autorresponsabilidade, que possui certa proximidade com o princípio da intranscendência das penas – mas que com este não se confunde, refere-se à máxima segundo a qual cada pessoa livre e consciente de seus atos é responsável por seus atos. Nesse sentido, a autoria desses atos não poderia ser repassada a outrem. Sobre o princípio da autorresponsabilidade, Luís Greco (2014)²²⁵ o apresenta como sendo aquele no qual

[...] não existe a figura de um autor por trás de outro autor plenamente responsável. Caso o homem da frente atue de forma plenamente responsável, o homem de trás pode no máximo ser partícipe e deve ser responsabilizado de acordo com as regras da acessoriedade da participação. Isso significa o abandono da figura do domínio por organização que – ao lado de outros casos teoricamente importantes, mas não tanto na prática – pressupõe a tese de que é perfeitamente possível a existência de um autor por trás de um autor. (Greco, 2014, p. 204-205).

Ocorre que a análise do princípio da autorresponsabilidade²²⁶ tem relevância prática nas discussões envolvendo a autoria por domínio de organização²²⁷. Com base no referido princípio, um mandante²²⁸ seria, no máximo,

²²⁵ Importante notar que Luís Greco (2014) deixa evidenciado que o trabalho por ele elaborado conclui de forma contrária ao princípio da autorresponsabilidade, afirmando, inclusive, que esta conclusão “[...] não representa em si uma tomada de posição em favor ou contra a figura do domínio por organização [...]”, mas confessa que é um “simpatizante da figura” (Greco, 2014, p. 205).

²²⁶ Ao tratar de maneira mais aprofundada sobre o princípio da autorresponsabilidade, Luís Greco (2014) destaca que “[...] autorresponsabilidade significa, no contexto mais abstrato, apenas que cada sujeito é responsável por suas próprias ações. Ao contrário, no contexto mais concreto, que é o referido às formas de participar em um delito, o fundamental é determinar quais ações são atribuíveis ao próprio sujeito e quais são atribuíveis a outros. O princípio da autorresponsabilidade funciona no último plano como uma espécie de proibição de atribuir uma ação a determinado autor, quando ela puder ser atribuída preferencialmente a outro sujeito plenamente responsável.” (Greco, 2014, p. 206-207).

²²⁷ Em linhas gerais, conforme adianta Greco (2014), a autoria por domínio da organização é aquela “[...] segundo a qual quem, numa estrutura hierarquizada que satisfaça certas condições, emite uma ordem para que um subalterno cometa um delito, responderá não apenas como partícipe (instigador) do fato desse subalterno, mas como autor mediato de um fato próprio [...]” (Greco, 2014, p. 203).

²²⁸ Pela autoria por domínio de organização, o mandante daria ordem a um agente livre, consciente e imputável. Situação diversa é a autoria mediata, que refere-se à possibilidade de se imputar a responsabilidade penal àquele que se utiliza de outrem inimputável ou sem culpabilidade como

um partícipe (e não um autor, como se verifica no domínio de organização). Veja que este mandante não deixaria de ter responsabilidade penal, o que evidencia a distinção entre o princípio da autorresponsabilidade e o princípio da intranscendência das penas. Neste caso, a intranscendência, efetivamente, impede a transferência de responsabilidade penal e a consequente pena para terceiros que não praticaram nenhuma conduta.

São apresentados dois tipos distintos de alcance que refletem diretamente na compreensão do princípio da autorresponsabilidade. Nas palavras de Luís Greco (2014), este princípio “[...] pode ser entendido ou como um *princípio geral do Direito*, que irradia efeitos por todo o Direito Penal, ou como um *princípio setorial*, relevante apenas para determinados institutos jurídicos” (Greco, 2014, p. 205). O autor refuta a possibilidade do princípio da autorresponsabilidade atuar como princípio geral do Direito por não haver “nenhuma fundamentação suficientemente clara e convincente” (Greco, 2014, p. 207).

Quanto à possibilidade de justificar a existência do princípio da autorresponsabilidade como algo setorial, como é o caso dos delitos de domínio – no qual não seria possível que a ação de uma pessoa plenamente responsável pudesse ser alvo de domínio por parte de outra pessoa –, igualmente o princípio da autorresponsabilidade se mostra frágil em termos argumentativos. Isso porque a própria possibilidade de coautoria, expressa no art. 29, caput²²⁹, do Código Penal,

instrumento. No âmbito do domínio do fato, o agente tem domínio da vontade. Conforme mencionado por Nilo Batista (2005), no Brasil, o Código Penal prevê, expressamente, quatro casos de autoria mediata, sendo eles o erro determinado por terceiro (art. 20, §2º); a coação irresistível (art. 22); a obediência hierárquica (art. 22); e o caso do instrumento impunível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, inciso III). Nilo Batista (2005) destaca autores que negam a existência da autoria mediata, como é o caso de Nélson Hungria e Esther de Figueiredo Ferraz (embora com fundamentos diversos), e a corrente majoritária, que é a do grupo que admite a autoria mediata, citando autores como Aníbal Bruno e Heleno Fragoso. Neste caso, a admissão é limitada “a casos em que o instrumento atua sem imputabilidade ou sem culpabilidade” (Batista, 2005, p. 134). Nilo Batista propõe a classificação da autoria mediata tendo por elemento diferenciador a posição do instrumento, assim classificando: “a) instrumento agente atipicamente; b) instrumento agente licitamente; c) instrumento sem imputabilidade ou culpabilidade; d) instrumento responsável” (Batista, 2005, p. 141-142).

²²⁹ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (Brasil, 1940, tít. IV, art. 29).

referenda a imputação recíproca, consagrada por Lei, o que acaba por conflitar com a própria ideia de incidência do princípio da autorresponsabilidade²³⁰.

É possível, ainda, em relação à incidência do princípio da autorresponsabilidade, que se argumente pela aplicação específica na autoria mediata²³¹, ou seja, o autor livre e responsável não seria instrumento de ninguém, tornando-se autorresponsável.

Porém, como observa Greco (2014), se esta dominação é fática (domínio sobre a realização do fato típico), como ocorre nos casos de erro determinado por terceiro ou coação, afasta-se, de plano, a autorresponsabilidade. Se esta dominação é normativa, que ocorre quando a própria norma nega ao executor a capacidade de autodomínio (Greco, 2014, p. 211), o princípio da autorresponsabilidade acaba correspondendo ao domínio (normativo) da vontade.

Em nenhum dos casos expostos, portanto, o princípio da autorresponsabilidade foi apresentado como uma máxima que guarde semelhança com o princípio da intranscendência das penas. Trata-se de princípio que, nos termos apresentados, é questionável do ponto de vista de sua incidência, mas que ainda assim o foco de sua aplicabilidade cinge-se à autoria ou participação em infrações penais.

Desta feita, resta evidenciado que o princípio da autorresponsabilidade não visa impedir que a responsabilidade penal passe da pessoa do condenado, já que este é o escopo do princípio da intranscendência das penas. O que o princípio da autorresponsabilidade evidencia é que o executor que atua de forma livre e

²³⁰ Nesse sentido, Greco (2014) conclui que o princípio da autorresponsabilidade “não pode ser defendido como princípio válido para todos os delitos de domínio na medida em que contradiz *prima facie* a ideia de imputação recíproca que subjaz à coautoria.” (Greco, 2014, p. 209).

²³¹ A autoria mediata é considerada uma forma específica de domínio do fato, nominada por “domínio da vontade”. Conforme destacado por Brandão e Rodrigues (2022), por causa disso, a diferença entre a autoria imediata ou direta, que está associada ao domínio da ação e a autoria mediata, ligada ao domínio da vontade é que na segunda não pode ser observada a ação, em vista de que quem realiza a ação é um terceiro a partir da vontade do autor mediato (Brandão; Rodrigues, 2022, p. 280). Ao tratar do tema, Matias Bailone (2011) afirma que o domínio da vontade perpassa pela coação e a existência de erro, além do domínio da vontade relacionado com os aparatos organizados de poder (Bailone, 2011, p. 28).

consciente é responsável pelos seus atos²³², cabendo ao eventual mandante, por exemplo, a responsabilização penal na condição de partícipe e não de autor.

Assim, afasta-se do escopo da pesquisa qualquer tangenciamento ou semelhança entre o princípio da autorresponsabilidade e o princípio da intranscendência das penas, não obstante em alguns casos a autorresponsabilidade pudesse atenuar ou mesmo impedir a responsabilidade penal de dirigentes e gestores de empresas²³³.

4.2 Princípio da intranscendência das penas: precedentes históricos e constitucionais

Conforme já delineado, os princípios jurídicos desempenham um papel fundamental na orientação e limitação da aplicação das normas jurídicas, especialmente no Direito Penal, onde a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana são desafiadas nos seus limites de incidência. Entre esses princípios, destaca-se o princípio da intranscendência das penas, dispositivo com assento

²³² Refletindo sobre as implicações de responsabilizar apenas os sócios e administradores de uma empresa, Heloisa Estellita (2017) aduz que o mais comum atualmente é que “[...] os executores diretos dos fatos puníveis, autorresponsáveis, nem mesmo são denunciados, sem que se ofereça fundamento ou justificativa para isso, ou seja, sem que se estabeleça a atipicidade (por erro, por exemplo) ou a justificação de sua conduta (por estado de necessidade, por exemplo), ou mesmo a incidência de fundamentos para o afastamento da culpabilidade (erro de proibição, por exemplo). A renúncia à apuração penal nestes casos evidencia o uso seletivo e arbitrário da resposta penal, que se contrapõe ao princípio da legalidade.” (Estellita, 2017, p. 59). Prossegue a autora afirmando que “De outro lado, é frequente, especialmente em empresas de grande porte, que o verdadeiro centro de decisões relativas a fatos concretos se localize nos escalões intermediários e não nos superiores. Pense-se, por exemplo, em empresas estruturadas na forma de unidades de negócio, nas quais é o encarregado ou chefe de tal unidade, seção ou departamento quem tomará as decisões relativas a procedimentos concretos da atividade econômica.” (Estellita, 2017, p. 59).

²³³ Sobre o tema, Heloisa Estellita (2017) destaca que “À capacidade de autodeterminação da pessoa, adquirida a partir de uma certa maturidade, corresponde a possibilidade de conformar seu comportamento de forma a não lesar bens jurídicos de terceiros. Dessa autorresponsabilidade decorreria, no que nos interessa, um enfraquecimento da efetividade do poder de direção do superior diante da autorresponsabilidade do agente comissivo, que implicaria uma barreira à penetração da vontade daquele na formação de vontade deste e, pois, impediria que se pudesse responsabilizar o superior pelos atos praticados pelo subordinado autorresponsável. [...] Manifestação dessa mesma ideia no âmbito dos crimes comissivos é exclusão da possibilidade de domínio sobre o terceiro autorresponsável, e, pois, a inadmissibilidade da autoria mediata diante da inviabilidade de considerar instrumento uma pessoa dotada de todas as suas capacidades de reflexão e decisão. Por esta razão, em casos de emissão de uma ordem ilícita por um superior para um subordinado autorresponsável, só se poderia considerar a instigação, não a autoria.” (Estellita, 2017, p. 126).

constitucional essencial para assegurar que a responsabilidade penal seja pessoal e intransferível, respeitando os direitos individuais e evitando uma aplicação turva do Direito Penal²³⁴.

Cabe lembrar que o poder de punir do Estado deve obedecer às regras e aos princípios fundamentais que impedem o arbítrio desregrado e ilimitado dos detentores deste mesmo poder. Luigi Ferrajoli (2002) ressaltou a importância de se promover a regulação do exercício do poder punitivo com o fim de preservar a dignidade da pessoa humana, evidenciando as máximas do garantismo penal. Nas palavras de Ferrajoli (2002),

A unidade do sistema [...] depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (Ferrajoli, 2002, p. 30).

O princípio da intranscendência das penas²³⁵, também conhecido como princípio da pessoalidade²³⁶, da personalidade²³⁷ ou princípio da responsabilidade

²³⁴ Vale ressaltar, conforme deixa evidenciado Franz von Liszt (2006), que “Segundo a intuição moderna, o crime só pôde ser commettido pelo homem. As legislações antigas, porém, e ainda desde o seculo XIII até o seculo XVII, não eram desconhecidos o processo e a punição de animaes, o que explica-se já por idéas religiosas (sacrifício do boi, p—10; direito mosaico, Êxodo, 21, 28), já porque queria-se verificar por um processo especial o facto constitutivo do damno causado por animal afim de responsabilisar-se o dono, ou porque tratava-se de exorcismar o espirito maligno. Não se apresenta como pena a morte do animal infamado por bestialidade etc. para apagar-se a memória do facto. A mesma ordem de idéas pôde explicar o procedimento contra objectos inanimados, facto também attestado pela historia.” (Liszt, 2006, p. 189) - texto original da obra traduzida por José Hygino Duarte Pereira.

²³⁵ Ao tratar do princípio da intranscendência das penas no âmbito do processo penal, Guilherme de Souza Nucci (2015) destaca que “O princípio da intranscendência, no processo penal, assegura que a ação somente seja proposta contra quem tiver atuado, efetivamente, como autor (ou partícipe) do crime. Cuida-se de decorrência e fiel observância do princípio penal de que a punição não ultrapasse a pessoa do delinquente.” (Nucci, 2015, p. 189).

²³⁶ Salo de Carvalho (2015) ressalta o princípio da pessoalidade, afirmando que “Além de impedir qualquer espécie de legado sancionatório em matéria criminal, o princípio da pessoalidade, vinculado à relação de causalidade, exclui toda espécie de responsabilidade por ato de terceiro ou responsabilidade penal solidária [...]” (Carvalho, 2015, p. 262).

²³⁷ Guilherme de Souza Nucci (2019) afirma que “A personalidade demanda garantias variadas, uma das quais se calca na *responsabilidade penal pessoal*. [...] A medida exata e justa da punição somente pode concentrar-se na pessoa do autor do ilícito, sem se expandir para outros indivíduos, por mais próximos que sejam ou estejam do criminoso. A pessoalidade do abono ao direito individual é contraposta à justeza da punição do infrator.” (Nucci, 2019, p. 167).

pessoal²³⁸, está previsto na Constituição Federal como um direito fundamental expresso no art. 5º, XLV, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”²³⁹.

Desta feita, o princípio da intranscendência das penas constitui norma jurídica expressa na Constituição Federal e trata de princípio essencial que estabelece limitações necessárias à ingerência estatal no direito à liberdade, revelando-se um importante marco divisório da imputação penal.

O princípio em questão também está consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dispondo no item 3 do art. 5, que trata do direito à integridade pessoal, que “A pena não pode passar da pessoa do delinquente” (Brasil, 1992, art. 5, item 3).

Este princípio é uma manifestação do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, impedindo que as penas sejam impostas a terceiros que não cometeram a infração penal.

Na obra *Dos Delitos e Das Penas*, publicada no ano de 1764, ao comentar sobre alguns tipos penais, Cesare Beccaria afirmou que “Se o castigo é aplicado sobre a família inocente, ele se torna despótico e odioso, pois já não existe liberdade quando os castigos não são essencialmente pessoais” (Beccaria, [1764]/2005, p. 87).

Salo de Carvalho (2015) destaca três importantes dimensões do princípio da intranscendência das penas – o qual denomina de responsabilidade penal pessoal, quais sejam:

(1ª) vedação de imposição de pena (ou de efeitos acessórios da sanção criminal) a terceiros alheios ao processo de realização do delito; (2ª) restrição da responsabilidade criminal ao autor da ação ou omissão típica;

²³⁸ Alexandre de Moraes (2005) também atribui como sinônimo do princípio da intranscendência das penas as expressões “princípio da incontagiabilidade” e “princípio da intransmissibilidade da pena”. (Moraes, 2005, p. 328).

²³⁹ Jamil Chaim Alves (2024), ao tratar do referido dispositivo constitucional que prevê a reparação do dano e a decretação do perdimento de bens como passíveis de serem estendidos aos sucessores e contra eles executados, afirma que “Tais hipóteses não configuram exceção ao princípio em exame, pelo simples fato de terem o alcance circunscrito ao limite do valor do patrimônio transferido.” (Alves, 2024, p. 125).

(c) negação de qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva (*sine culpa*) ou solidária. (Carvalho, 2015, p. 262-263).

Cumprе ressaltar que a base principiológica do Direito Penal deve, como regra, preceder ao próprio conjunto de regras que estão no bojo da legalidade estrita, o que justifica a interpretação da lei penal. É nesse sentido que o princípio da intranscendência das penas, como um marco limitador da incidência do Direito Penal, precisa efetivamente figurar como um obstáculo ao trespasse de penas sob as vestes de uma figura travestida de dolo, ou mesmo pela incorporação acrítica de institutos, como o da cegueira deliberada, importada de estrutura normativa diversa.

É certo que noutras épocas brasileiras, especialmente pré-constitucionais²⁴⁰, a ausência de previsão do princípio da intranscendência das penas permitiu condenações como a do Alferes Tiradentes, em cuja sentença aplicada pela Relação (antiga designação do Tribunal de Justiça), prolatada em 18 de abril de 1792, não apenas restou prevista a execução do inconfidente, mas também de seus filhos e netos: “De todos as memórias seriam declaradas infames, e infames os filhos e netos; os bens confiscados para o fisco e Câmara Real, como a de Tiradentes, as casas de morada de Freire de Andrada seriam arrasadas e salgado o terreno.” (Minas Gerais, 2016, p. 18)²⁴¹.

²⁴⁰ Analisando o direito comparado, especialmente no que tange à punição penal da coletividade por atos praticados pelo indivíduo ou indivíduos, Jorge Bheron Rocha (2015) destaca que, até o século XVIII, verificava-se a punição de tribos, comunas e cidades por fatos cometidos pelo indivíduo, ao passo que, após o século XVIII, com a Revolução Francesa, passou-se a inadmitir a punição da coletividade por fatos praticados por um ou alguns dos seus membros. Veja-se que no Código de Hamurabi, datado do século XVIII a.C., há exemplos de punição coletiva de atos individuais, como é o caso previsto no Capítulo II, que trata dos crimes de furto e de roubo e da reivindicação de móveis, constando no item 23 que “Se o salteador não for preso, o roubado deverá diante de Deus reclamar tudo que lhe foi roubado; então a aldeia e o governador, em cuja terra e circunscrição o roubo teve lugar, devem indenizar-lhe os bens roubados por quanto foi perdido” (Bueno, 2019, p. 16). Rocha (2015) aponta reminiscências de punição coletiva por atos individuais no Direito Hebreu, citando partes da Bíblia no Velho Testamento (Pentateuco), Direito Grego (mencionando uma espécie de solidariedade penal familiar) e primeiro e segundo períodos do Direito Germânico.

²⁴¹ O processo contra os inconfidentes teve início oficial em 07 de maio de 1789 com duração de quase três anos, quando a sentença em desfavor dos conjurados foi prolatada em 19 de abril de 1792. De acordo com documentos extraídos dos Autos de Devassa da Inconfidência Mineira. Belo Horizonte: Coleção Minas de história e cultura. v. 7. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016, na sentença Tiradentes deveria ter “[...] a cabeça cortada e conduzida para Vila Rica, o corpo esquartejado e postos os pedaços pelos caminhos de Minas, no Sítio da Varginha e das Cebolas, sua memória declarada infame e infames seus filhos e netos, sua casa de Vila Rica arrasada e salgada, e no mesmo chão levantado um padrão de infâmia, seus bens confiscados [...]” (Minas Gerais, 2016, p. 18). A condenação do inconfidente Tiradentes teve por base o crime de lesa-majestade, previsto, à época, no Código Philippino, ou Ordenações e leis do Reino de

Importante destacar que o princípio da intranscendência das penas encontra-se expresso na legislação brasileira na maioria das constituições anteriores²⁴². Está presente na Constituição do Império de 1824^{243 244}, mantendo-se na 1ª Constituição Republicana de 1891²⁴⁵ e, também, na Constituição de 1934²⁴⁶. O princípio em comento não esteve descrito expressamente na Constituição de 1937 (conhecida como Constituição Polaca, da Era Vargas), mas passou novamente a figurar como direito na Constituição de 1946²⁴⁷, mantendo-se na Constituição de 1967²⁴⁸ e,

Portugal ou, como são mais conhecidas, as Ordenações Filipinas, cuja parte penal vigorou no Brasil de 1603 até o Código Criminal do Império, publicado no ano de 1830 (Brasil, 1870, livro V, tit. VI, p. 1153).

²⁴² De maneira mais específica, considerando a perspectiva histórica brasileira, pode ser observado que o princípio da personalidade esteve presente em várias das Constituições brasileiras e, mesmo que cada Constituição abordasse de forma diferente o princípio, o objetivo era garantir que a aplicação da pena não atingisse aqueles que não possuem responsabilidade por um determinado crime (Lacerda; Félix; Lobo, 2013, p. 208).

²⁴³ “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XX: Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.” (Brasil, 1824, tit. 8º, art. 179).

²⁴⁴ Inclusive, ao se referir sobre o princípio da intranscendência das penas, Salo de Carvalho (2015) ressaltou que “As vedações previstas no inciso XX, do art. 179, da Constituição de 1824, advêm do fato de que o sistema de penas cominadas nas Ordenações Filipinas possibilitava não apenas (a) a apropriação dos bens pessoais e da família pela Coroa, mas (b) a proscricção da memória do condenado e (c) a imposição do estigma de infâmia aos seus descendentes. A morte, prevista como sanção em grande parte dos delitos, era graduada conforme o grau de lesividade da conduta, podendo ser aplicada em forma de morte cruel, morte atroz, morte simples ou morte civil. As duas primeiras modalidades, além da previsão de irrogação de suplícios ao longo da execução, caracterizavam-se pela transcendência, ou seja, pela imposição do esquecimento público da identidade do sujeito (eliminação da memória do condenado) e pela transmissão dos efeitos da pena aos familiares do condenado (confisco dos bens e estigma da infâmia às gerações subsequentes).” (Carvalho, 2015, p. 261).

²⁴⁵ “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] §19: Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.” (Brasil, 1891, tit. IV, seç. II, art. 72).

²⁴⁶ “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] 28) Nenhuma pena passará da pessôa do delinquente” (Brasil, 1934, tit. III, cap. II, art. 113).

²⁴⁷ “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §30: Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.” (Brasil, 1946, tit. IV, cap. II, art. 141).

²⁴⁸ “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §13: Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.” (Brasil, 1967, tit. II, cap. IV, art. 150).

inclusive, na Emenda Constitucional nº 01 de 1969²⁴⁹ assentando, por fim, como direito fundamental expresso na atual Constituição Federal de 1988.

Antes da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, conforme apontado, vigoravam no Brasil os dispositivos das Ordenações Filipinas, cuja parte penal materializada no Livro 5 perdurou, em grande parte, entre os anos de 1603 e 1830²⁵⁰. Verifica-se que nesta época não se cogitava tratar do princípio da intranscendência das penas, mas ao revés havia infração penal, como era o caso do crime de “Lesas Magestade”, que em sua própria definição já maculava os descendentes com a perpetuidade da pena. Nesse sentido previa o Título VI do Quinto Livro das Ordenações Filipinas, assim dispendo:

Do crime de Lesa Magestade - Lesa Magestade quer dizer traição commettida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado, que he tão grave e abominavel crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharaõ, que o comparavaõ á lepra; porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversaõ; polo que he apartado da comunicação da gene: assi o erro da traicção condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenhaõ culpa²⁵¹ (Brasil, 1870, livro V, tit. VI, p. 1153).

Ao mencionar o caso envolvendo a Inconfidência Mineira e tecer comentários à Constituição Federal de 1967, em especial sobre a transcendência das penas, Pontes de Miranda (1968) ressaltou que

²⁴⁹ “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 13: Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.” (Brasil, 1969, tít. II, cap. IV, art. 153).

²⁵⁰ De acordo com Salo de Carvalho (2015), “Interessante referir que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1824, o Livro V das Ordenações permaneceu em vigor até a elaboração do Código Criminal do Império (1830), quando finalmente a lei penal brasileira incorpora as diretrizes do liberalismo e, no caso específico, institui o primado da intranscendência das sanções criminais.” (Carvalho, 2015, p. 261).

²⁵¹ Texto extraído e mantido em escrita original extraído de exemplar das Ordenações Filipinas disponível no site do Senado Federal. Ordenações Filipinas - Livro V - Título VI, p. 1153.

Já não é mais possível tal legislação, que seria *inconstitucional*, pôsto que as violências, embora individuais, em 1930 e, ainda mais, em 1964 até 1967, fôsem inesperáveis; e o texto não constitui garantia constitucional *suspensível* pelo estado de sítio, mas direito constitucional. A regra jurídica é bastante em si; e absoluto o direito que nela se contém. Em consequência, a perda dos direitos políticos não pode atingir os descendentes, cônjuge ou outros parentes, nem quaisquer outras penas podem migrar do deliçente para outrem. A aceitação de título nobiliárquico pelo pai, ainda que hereditário, não tira aos filhos ou ao filho, a que passará, os direitos políticos; mas qualquer ato de aceitação, inclusive tácita, por parte dos filhos, ou único filho beneficiado, ou outro descendente, implica a perda, porque, então, não se viola o texto. O cancelamento da naturalização não tira aos filhos naturalizados, ou a filhos Brasileiros natos, a nacionalidade brasileira, nem se contagia à naturalização do cônjuge. (Miranda, 1968, p. 217).

Valendo-se do Direito Comparado e tendo por base a legislação portuguesa, prevê a Constituição de Portugal, em seu art. 30º, 3 que “A responsabilidade penal é insuscetível de transmissão.”. No Acórdão nº 35 de 2011 do Tribunal Constitucional de Portugal menciona-se que, ao comentar sobre o princípio em apreço, J.J Canotilho e Vital Moreira (2007) ressaltam que

[...] a insusceptibilidade da transmissão da responsabilidade penal está associada ao princípio da personalidade, daí resultando como principais efeitos: (a) a extinção da pena (qualquer que ela seja) e do procedimento criminal com a morte do agente; (b) a proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros; (c) a impossibilidade de subrogação no cumprimento das penas. (Canotilho; Moreira, 2007, pág. 504 *apud* Portugal, 2011, s/p).

Desta feita, o princípio da intranscendência das penas, que assegura que a responsabilidade penal seja pessoal e intransferível, encontrou sua consagração expressa apenas na Constituição do Império de 1824. Antes disso, o sistema jurídico vigente, especialmente sob as Ordenações Filipinas, permitia a transferência de penas, afetando não apenas o condenado, mas também seus descendentes e familiares com a infâmia do delito cometido pelo parente. Conforme apontado, o crime de lesa-majestade fazia perpetuar o estigma e as consequências legais de uma geração para outra. Essa prática de responsabilização coletiva era uma marca da justiça medieval e colonial, que tratava a desonra e a penalidade como uma herança familiar.

A Constituição de 1824 representou um avanço significativo ao romper com essa tradição punitiva, elevando o princípio da intranscendência das penas como uma garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos. Com essa inovação, o ordenamento jurídico brasileiro passou a proteger os indivíduos contra a injustiça de serem punidos por delitos que não cometeram, reafirmando a responsabilidade penal como algo estritamente pessoal. Este marco histórico consolidou uma evolução na justiça penal, assegurando que as penas fossem aplicadas de maneira proporcional, respeitando a dignidade e os direitos fundamentais dos cidadãos.

4.2.1 Definições do princípio da intranscendência das penas²⁵²

Inicialmente é necessário ressaltar que o princípio da intranscendência das penas, embora seja um pilar fundamental do Direito Penal, muitas vezes carece de uma abordagem aprofundada em obras jurídicas. Este princípio constitucional estabelece que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, garantindo que apenas o condenado seja o destinatário das consequências de seus atos. No entanto, a maioria dos textos jurídicos limita-se a mencionar essa definição básica, sem explorar suas nuances e implicações práticas.

A escassez de literatura detalhada sobre a intranscendência das penas pode ser atribuída a vários fatores. Primeiro, há uma tendência em priorizar outros

²⁵² Importante mencionar que no âmbito do direito civil não se fala em incidência do princípio da intranscendência, seja porque neste ramo do ordenamento jurídico não há pena a ser aplicada mas tão somente sanção civil, quando for o caso; seja porque é possível que a reparação do dano se estenda a terceiros. Nesse sentido, prevê o art. 927 do Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar, que: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (Brasil, 2002, tít. IX, cap. I, art. 927). Inclusive dispõe o art. 932 que “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” (Brasil, 2002, tít. IX, cap. I, art. 932).

princípios penais que parecem mais complexos ou de aplicação mais controversa. Além disso, no que se refere à intranscendência das penas, nota-se que o princípio é visto como sendo autoexplicativo e de fácil compreensão, o que pode levar os autores a negligenciarem uma análise mais aprofundada. Este tratamento superficial deixa uma lacuna significativa no entendimento completo do princípio e suas aplicações no sistema jurídico.

Nesse sentido, a falta de profundidade é particularmente problemática quando consideramos os desafios contemporâneos no campo do Direito Penal Econômico, especialmente em decorrência do trivial repasse de responsabilidade penal àqueles que ocupam a posição de gestores e dirigentes de empresas. Nessas áreas, portanto, é crucial uma compreensão mais robusta do princípio da intranscendência para a esdréxala incidência das normas penais.

João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2023) afirmam que o princípio da intranscendência das penas é a primeira garantia do princípio da culpabilidade, que revela uma responsabilidade penal pessoal e subjetiva (Martinelli; De Bem, 2023, p. 324). Ao tratar das correlações do princípio da culpabilidade, Nilo Batista (2020) refere-se à intranscendência das penas, afirmando que

A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. (Batista, 2020, p. 101).

Juarez Cirino dos Santos (2008) nomina a intranscendência das penas como princípio da responsabilidade penal pessoal, afirmando que referido princípio “[...] tem *objeto* e *fundamento* constitucionais positivos, relacionados com o *princípio da legalidade* e com o *princípio da culpabilidade* [...]”²⁵³ (Santos, 2008, p. 32).

²⁵³ Juarez Cirino dos Santos (2008) faz importante observação quanto ao princípio da responsabilidade penal pessoal, afirmando que “a) o *objeto* da responsabilidade penal pessoal é o tipo de injusto, como realização concreta do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 5º, XXXIX, CR, que define o *princípio da legalidade*), atribuído aos autores e partícipes do fato

Alexandre de Moraes (2005) nomina o princípio da intranscendência como sendo princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena. Destaca o autor que o princípio em apreço encontra-se consagrado na Constituição Federal garantindo-se “tanto a proibição de transmissão da pena para familiares, parentes, amigos ou terceiros em geral, quanto exige-se que a lei infraconstitucional preveja a extinção da punibilidade em caso de morte do agente” (Moraes, 2005, p. 328). Ressalta o autor que o princípio da intranscendência se aplica em relação à reparação do dano, já que se limita ao patrimônio transferido em decorrência da herança²⁵⁴.

Salo de Carvalho (2015) discute como o princípio da pessoalidade, ou responsabilidade penal pessoal, se entrelaça com os conceitos de legalidade ampla e estrita para formar uma estrutura normativa que protege os direitos fundamentais. O autor ressalta que, devido à exigência de uma lei penal prévia, específica e taxativa, a aplicação de penas está condicionada a um vínculo concreto entre o autor e a conduta criminosa, assegurando que a imputação penal seja direcionada exclusivamente à pessoa responsável pelo resultado típico.

As sanções penais, aí incluídas as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, apenas devem ater-se ao autor ou partícipe do fato²⁵⁵, descabendo qualquer manobra punitiva e presumida para se atribuir a culpa a alguém, sob pena de violar o princípio da intranscendência das penas e, por

punível, segundo as regras da imputação objetiva e subjetiva definidas pela ciência do Direito Penal: somente o tipo de injusto pode ser objeto de responsabilidade penal; b) o *fundamento* da responsabilidade penal pessoal é a culpabilidade, como expressão do princípio *nulla poena sine culpa* (derivado do art. 5º, LVII, CR, que institui a *presunção de inocência*), indicada pelas condições pessoais de *saber o que faz* (imputabilidade), de *conhecimento real do que faz* (consciência da antijuridicidade) e do *poder concreto de não fazer o que faz* (exigibilidade de comportamento diverso), que estruturam o juízo de reprovação do conceito normativo de culpabilidade: somente a culpabilidade pode fundamentar a responsabilidade penal pessoal pela realização do tipo de injusto.” (Santos, 2008, p. 32-33).

²⁵⁴ Igor Silva (2020) observa que “Quanto à ressalva constitucional de que a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens poderá se estender aos sucessores do condenado até o limite do valor do patrimônio transferido, não há aí, como supunha *Mirabete*, afronta ao princípio, uma vez que o que se estende aos sucessores do condenado não é a pena, mas só os efeitos civis da sentença [...]” (Silva, 2020, p. 147).

²⁵⁵ Rogério Greco (2022) trata dos reflexos da pena nas pessoas próximas ao condenado, especialmente seus familiares, afirmando que “A família do condenado, geralmente, perde aquele que trazia o sustento para casa; os filhos deixam de ter contato com os pais; seus parentes sofrem o efeito estigmatizante da condenação criminal e passam a ser tratados, também, como criminosos etc.” (Greco, 2022, p. 264-265).

consequência, ter-se por inconstitucional o decreto condenatório²⁵⁶. Sobreleve-se a observação feita por Thalita Galarce da Rosa (2016), segundo o qual “Considerando que a pena pode gerar consequências indiretas, este princípio deve ser aplicado, sobretudo, para evitar que terceiros sofram diretamente com os efeitos da punição, uma vez que expressamente vedado no ordenamento jurídico.” (Rosa, 2016, p. 5).

É certo que a incidência de penas como as de multa e de prestação pecuniária podem, por vezes, se tornar impessoais, já que o cumprimento invariavelmente poderá ser efetuado por pessoa alheia à prática da infração penal²⁵⁷, não sendo incomum que familiares, amigos ou mesmo colaboradores anônimos contribuam para que o condenado efetivo adimpla com a obrigação de pagar.

Michel Procópio Avelar (2024) observa que tratando-se do princípio da intranscendência das penas, quanto à obrigação de reparar o dano, a própria legislação infraconstitucional atribui efeito extrapenal da condenação, não se referindo, pois, à exceção ao princípio em comento. Já quanto ao perdimento de bens e valores, que figura, na forma da lei, como pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, há segundo o autor “[...] nítida exceção ao

²⁵⁶ Inclusive, nota-se que o §2º do art. 73 da Lei nº 4.728/65, Lei que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, é um típico exemplo de dispositivo flagrantemente inconstitucional. Isso porque o art. 73, caput e §1º, da referida Lei prevê que “Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal da sociedade, com firmas reconhecidas. § 1º Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.” (Brasil, 1965, seç. XV, art. 73). Porém, o §2º do art. 73 dispõe que “A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.” (Brasil, 1965, seç. XV, art. 73). Ora, não é possível imputar responsabilidade penal de forma objetiva aos diretores, que podem ser pessoas que, pela análise do caso concreto, sequer tenham agido com dolo ou culpa. Esta é uma verdadeira responsabilidade penal pela posição, que deve ser afastada de forma peremptória do ordenamento jurídico.

²⁵⁷ Sobre a transcendência da pena de multa, João Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2023) observam que “Na prática, não obstante contrarie as tradicionais finalidades da pena, não se pode negar a existência de uma sub-rogação do cumprimento da pena de multa, notadamente, mas não necessariamente, aos condenados pobres. Em condenação com repercussão nacional (STF, Pleno, AP n. 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Dj 22.4.2013), um réu contou com a generosidade de muitas pessoas que lhe doaram valores para quitar o pagamento da multa. Pensamos que a aceitação de doações camufla uma transmissão de pena (não obstante, no efeito máximo, favoreça a redução de danos).” (Martinelli; De Bem, 2023, p. 324-325).

princípio da intranscendência, pois há uma pena que atingirá os herdeiros, mas dentro dos limites do patrimônio a eles transferido”. (Avelar, 2024, p. 105).

Ao tratar do princípio da intranscendência das penas, Guilherme de Souza Nucci (2019) afirma que “Na órbita penal, a sanção converge para um único ponto: a pessoa do condenado.” (Nucci, 2019, p. 168), ressaltando a necessidade de preservação da família e as demais pessoas que têm vínculo com o acusado, manifestando-se quanto à prejudicialidade da aplicação da pena em relação a terceiros. Sobre esta prejudicialidade, Nucci (2019) a divide em direta, quando atinge de forma individual o condenado; e indireta, que estaria ligada às lesões que a pena imposta ao condenado podem ocasionar aos familiares e pessoas que com ele convivem ou dependem. Destaca o autor que, para o Direito Penal, “O princípio tem por fim exclusivo assegurar que a punição *direta* do Estado em relação ao indivíduo não se espraie, atingindo terceiros, não participantes do delito.” (Nucci, 2019, p. 168).

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002) afirmam que

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 176).

Vale ressaltar o posicionamento de Alessandro Baratta (2004), o qual tratou do princípio da imputação pessoal relacionando-o à responsabilidade penal das pessoas singulares, excluindo pessoas coletivas e entidades públicas²⁵⁸.

²⁵⁸ “O princípio da imputação pessoal refere-se às pessoas singulares e, portanto, exclui todas as formas de responsabilidade das pessoas coletivas e das entidades jurídicas. Poder-se-ia objetar que, ao impor este limite ao sistema penal, a defesa contra violações – mesmo graves – dos direitos humanos, que decorrem da ação de complexos organizados, como, por exemplo, sociedades ou empresas, nos quais é difícil localizar os autores individuais, embora, mesmo que isso fosse possível, os verdadeiros beneficiários dos lucros da atividade criminosa permaneceriam fora da ação repressiva. Contudo, um argumento deste tipo, em vez de ser invocado para estender a responsabilidade criminal às pessoas jurídicas, pode ser melhor utilizado para indicar

A importância do princípio da intranscendência das penas é crucial para que sejam referendados os postulados constitucionais hauridos por meio das cláusulas pétreas. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2022²⁵⁹, a Corte

os limites estruturais do sistema penal para enfrentar algumas das situações socialmente mais negativas. Se renunciarmos ao mito da onipotência do sistema penal e à tentação de ultrapassar os limites tradicionais que lhe são impostos num Estado de direito, poderemos enfrentar com maior realismo o problema das violações dos direitos humanos que decorrem da ação dos grandes complexos organizados, através de sanções e dissuasões, que para além do sistema de penalidades pessoais e com maior eficácia, podem atingir a organização no seu núcleo essencial, ou seja, na sua liberdade de atuação e no seu patrimônio.” (Baratta, 2004, p. 317-318, tradução nossa). Texto original: La pena puede ser aplicada solamente a la persona o a las personas físicas autoras de la acción delictiva. [...] El principio de imputación personal se refiere a personas físicas y excluye, por lo mismo, toda forma de responsabilidad de personas jurídicas y entes morales. Se podría objetar que imponiendo este límite al sistema penal, se renuncia a la defensa frente a violaciones -incluso graves- de los derechos humanos, que deriven de la acción de complejos organizados, como, por ejemplo, sociedades o empresas, en las cuales resulta difícil localizar a los responsables individuales, mientras que, aun cuando esto fuese posible, los verdaderos beneficiarios del lucro de la actividad delictiva permanecerían fuera de la acción represiva. Sin embargo, un argumento de este tipo, en lugar de ser invocado para extender la responsabilidad penal a personas jurídicas, puede ser mejor utilizado para indicar los límites estructurales del sistema penal para enfrentar algunas de las situaciones socialmente más negativas. Si se renuncia al mito de la omnipotencia del sistema penal y a la tentación de superar los límites tradicionales que se le imponen en un Estado de derecho, se podrá enfrentar con mayor realismo el problema de las violaciones de los derechos humanos que derivan de la acción de grandes complejos organizados, por medio de sanciones y disuasivos, que más allá del sistema de las penas personales y con mayor eficacia, puedan golpear a la organización en su núcleo esencial, es decir, en su libertad de operación y en su patrimonio.

²⁵⁹ “EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, DA LEI 9.605/1998). CONDUTA PRATICADA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA POSTERIORMENTE INCORPORADA POR OUTRA. EXTINÇÃO DA INCORPORADA. ART. 1.118 DO CC. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 107, I, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA. 2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976. 3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora. 4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré - sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido -, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade. 6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena. 7.

reconheceu a incidência do princípio da intranscendência das penas até mesmo para uma pessoa jurídica condenada por crime ambiental, permitindo a incidência e exegese no sentido da relevância do princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

No âmbito do Direito Processual Penal também é possível notar a importância do princípio da intranscendência das penas²⁶⁰, inclusive contra violações aos direitos de terceiros, ou até mesmo do alvo das diligências, em relação aos procedimentos investigativos e procedimentais. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 95009, referendando a Corte que os mandados de busca e apreensão não são deliberados, indiscriminados e voltados a quaisquer bens do acusado. Assim se posicionou o Ministro Eros Grau em trecho de sua decisão:

AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. [...] A garantia constitucional da personalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. (Habeas Corpus 95.009/SP, Relator: Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 06/11/2008, p. 1278).

Desta feita, a efetiva incidência do princípio da intranscendência das penas não é diferente nos crimes econômicos. Estes crimes frequentemente envolvem estruturas corporativas complexas e a participação de múltiplos indivíduos em diferentes níveis hierárquicos. Nesse sentido, é crucial que a responsabilidade penal

Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora. 8. Recurso especial desprovido.” (Recurso Especial 1.977.172/PR, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 24/08/2022, p. 01-02).

²⁶⁰ Guilherme de Souza Nucci (2019) denomina o princípio como sendo da personalidade ou responsabilidade pessoal, apontando como correlato o princípio da intranscendência do processo penal. Afirma o autor que “Uma das consequências do princípio, associado à intranscendência do processo penal, é a multa, que mesmo considerada dívida civil, para fins de cobrança, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode alcançar os herdeiros do condenado.” (Nucci, 2019, p. 166).

seja atribuída de maneira precisa e individualizada, evitando-se a responsabilização genérica de gestores ou dirigentes sem uma análise concreta de sua participação nos atos ilícitos.

Assim, em crimes econômicos a atribuição de responsabilidade penal deve ser baseada em provas concretas da conduta delitiva do agente, e não meramente em sua posição hierárquica ou função dentro da empresa²⁶¹. A aplicação rigorosa do princípio da intranscendência das penas impede que a simples posição de gestor ou dirigente de uma empresa seja suficiente para fundamentar a responsabilidade penal. Afinal, a imputação penal deve ser feita com base em elementos que demonstrem a autoria ou participação no delito, e não apenas na condição de superior hierárquico.

Além disso, o princípio da intranscendência das penas atua como uma barreira contra a aplicação indiscriminada da responsabilidade objetiva no Direito Penal, que é incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. A responsabilização penal deve ser sempre subjetiva, baseada na comprovação da culpa ou dolo do agente, considerando também os demais elementos que subscrevem o curso de pessoas no Direito Penal brasileiro.

O princípio da intranscendência das penas garante que a responsabilidade penal não possa ser atribuída por presunção. A responsabilidade penal exige a demonstração de nexos causal entre a conduta do agente e o resultado ilícito.

Assim, resta assentado que a aplicação efetiva do princípio da intranscendência das penas é particularmente relevante em contextos corporativos, onde a presunção de culpa pode ser tentadora devido à dificuldade de individualização das condutas ou mesmo da comprovação cabal do ocorrido.

Pelas razões expostas, o princípio da intranscendência das penas figura como um anteparo visando obstaculizar tendências punitivas despidas de

²⁶¹ Antônio Serrano (2020) observa que “Os agentes de controle devem considerar a posição do administrador e o contexto real e, com isso, identificar condutas dolosas e culposas, ações e omissões, bem como fundamentar seus antecedentes para concluir com maior senso de justiça a medida de aplicação da sanção no caso de descumprimento de uma norma que tipifique a conduta como infração.” (Serrano, 2020, p. 135).

comprovação da responsabilidade penal individual. Impede, por consectário, que a pena cominada no tipo penal ou aplicada a algum efetivo praticante da infração penal seja trasladada para o gestor em razão de sua posição na estrutura organizacional da empresa.

4.3 Sancionamento limitado à autoria ou participação em infração penal: o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como obstáculo à transcendência deliberada da conduta e das penas aos dirigentes e gestores de empresas

Os tópicos precedentes que foram objetos de pesquisa tiveram por fim estabelecer as bases teóricas que permitissem analisar os crimes econômicos no ordenamento jurídico brasileiro, destacar as principais características dos crimes omissivos impróprios, estruturar o entendimento sobre a temática envolvendo o concurso de pessoas e assentar a importância dos princípios para o ordenamento jurídico penal.

Estabelecidas as bases estruturais, foi possível aferir a necessária correlação com o objeto da tese em comento, que promove a análise dos princípios como limites da imputação penal, com destaque para a intranscendência das penas.

Durante as pesquisas observou-se que os princípios penais necessitam (re)assumir um protagonismo diante da precedência que possuem na formação, consolidação e efetiva aplicação do Direito Penal.

Verificou-se, também, que seria relevante estabelecer um princípio genérico, o qual passamos a denominar de princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, figurando como suas espécies o princípio da intranscendência da conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas.

A opção pela realização da pesquisa sobre os crimes econômicos foi estabelecida em razão dos casos envolvendo a conduta omissiva imprópria, já que no âmbito das empresas é que são reverberadas interpretações e importadas teorias (e jurisprudências) como forma de incriminar dirigentes e gestores pela posição ocupada.

Desta forma, visando atender ao propósito da pesquisa, a análise da incidência dos princípios como obstáculos à transcendência da conduta criminosa e das penas foi realizada em relação aos garantidores nos casos de crimes econômicos.

4.3.1 O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal: uma releitura dos princípios da intranscendência das penas e da culpabilidade

Após realizar as pesquisas no âmbito do princípio da intranscendência das penas verificou-se que é possível aventar a formulação de um princípio que figuraria como gênero, o qual na presente tese denominamos de princípio da intranscendência da responsabilidade criminal.

A razão pela qual foi cogitada a necessidade de se delinear sobre a existência do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal reside em dois fatores. Primeiro, no fato de evidenciar a importância do princípio da intranscendência das penas, caracterizado pela vedação de se repassar a pena criminal de uma pessoa para outra, sem que esta, efetivamente, tenha praticado a infração penal, cingindo a análise à pena. Segundo, em decorrência da largueza conceitual do princípio da culpabilidade, que além de delimitar a responsabilidade subjetiva do crime, acaba por ser utilizado em outros âmbitos do Direito Penal, seja como parte do conceito analítico do crime, seja como elemento fixador da pena base na dosimetria da pena.

A responsabilidade criminal é um conceito fundamental no âmbito do Direito Penal, referindo-se à obrigação que um indivíduo possui de responder pelas consequências de seus atos ilícitos na justiça. Esta responsabilidade surge a partir da prática de uma conduta criminosa, definida como qualquer ação ou omissão que infringe as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico penal. A consequência direta da responsabilidade penal é a imposição de uma pena, que pode variar desde multas e restrições de direitos até a privação de liberdade, dependendo da gravidade do crime cometido.

Esta responsabilidade penal é estritamente pessoal e não pode transcender ao sujeito ativo da conduta criminosa. Assim, o princípio da intranscendência da

responsabilidade criminal se apresenta como um princípio gênero cujas espécies são o princípio da intranscendência da conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas. Pelo princípio da intranscendência da responsabilidade criminal resta assegurado que as consequências penais decorrentes da conduta criminosa não exorbitem o âmbito do próprio participante da infração penal. Assim, tanto a conduta criminosa quanto as penas dela decorrentes devem ater-se ao âmbito do próprio autor, coautor ou partícipe.

Quanto à definição resumida do princípio da intranscendência das penas de que a consequência da prática da infração penal – a pena – não passaria da pessoa do condenado, entendemos que a interpretação do princípio em apreço permite concluir que não apenas a pena não possa transcender à pessoa do condenado, mas também a conduta criminosa em si não pode ser trespassada deliberadamente àqueles que não praticaram a conduta.

Nesse sentido, seria possível aventar a existência de um princípio, o qual denominamos de intranscendência da responsabilidade criminal^{262 263}, que subsiste

²⁶² Há alguns autores que estabelecem a diferença entre Direito Penal e Direito Criminal. Nilo Batista (2020) defende a utilização da expressão Direito Penal, não obstante afirme que “[...] o debate sobre a designação direito ‘penal’ ou direito ‘criminal’ poderia sugerir o debate sobre o ovo e a galinha [...]” (Batista, 2020, p. 43), apresenta três variáveis. A primeira variável refere-se à influência da opção do legislador, sendo que no Império a Constituição de 1824 recomendou a elaboração de um “código criminal” (art. 169, inciso XVIII), atendido conforme o Código Criminal de 1830, já o primeiro código da república de 1890 foi nominado de Código Penal, embora a Constituição posterior, de 1891 tivesse se referido a “direito criminal” (art. 34, inciso XXIII), sendo que as demais constituições adotaram a expressão “direito penal”. A segunda variável diz respeito a “paradigmas doutrinários”, com foco no caráter sancionador do Direito Penal, que seria punibilidade como consequência do crime. Já a terceira variável refere-se ao “alcance descritivo da designação proposta”, ou seja, “à sua capacidade de compreender determinados conteúdos”, sendo Direito Criminal mais abrangente e direito penal mais restrito (com críticas quando do surgimento das medidas de segurança). Postas as considerações, para Nilo Batista (2020) prevalece a expressão Direito Penal, seja porque “[...] a pena é condição de existência jurídica do crime - ainda que ao crime, posteriormente, o direito reaja *também* ou *apenas* com uma medida de segurança.” (Batista, 2020, p. 46), seja porque, como sustenta o autor, as medidas de segurança seriam “sanções com caráter retributivo” vez que “[...] operam pela via retributiva da compulsória perda ou restrição de bens jurídicos ou direitos subjetivos e ostentam igualmente matiz *penal*.” (Batista, 2020, p. 47). Fernando Galvão (2023) afirma que “A denominação que predominantemente é atribuída ao ramo do Direito de que nos ocupamos pode ser criticada por enfatizar demasiadamente a pena, que é uma das duas possíveis consequências da violação da norma jurídica, em prejuízo da medida de segurança que também constitui resposta estatal ao comportamento proibido. Considerando que a forma mais grave da violação da norma jurídica caracteriza um crime e que o ordenamento jurídico repressivo pretende desestimular a sua ocorrência, pode-se defender a utilização da expressão Direito Criminal, que confere maior ênfase a conduta proibida. No Brasil, a denominação Direito Penal consolidou-se na preferência dos estudiosos, inclusive por influência da denominação reservada ao estatuto legal repressivo –

tanto por não se permitir transcender a conduta criminosa, quanto por não tolerar que a pena em si transcenda a outrem.

Assim, defende-se a impossibilidade de se repassar a responsabilidade criminal por presunção em razão da conduta de outrem, aproximando-se do princípio da culpabilidade, que passamos a denominar de princípio da intranscendência da conduta criminosa; e, também, advoga-se pela improcedência do repasse da pena que fora a outrem aplicada, caracterizado pelo princípio da intranscendência das penas.

O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal pode ser compreendido como um conceito abrangente que engloba dois aspectos fundamentais do Direito Penal: a responsabilidade pela conduta criminosa e a aplicação das penas. Ao optar pela terminologia "responsabilidade criminal" destaca-se a abrangência do conceito, que abarca tanto a conduta delituosa quanto a sanção que dela decorre, sem a necessidade de distinguir entre o Direito Penal, focado na pena, e o Direito Criminal, centrado no crime.

O princípio da intranscendência da conduta criminosa estabelece que a responsabilidade por um crime deve ser atribuída exclusivamente à pessoa que efetivamente realizou a ação ou omissão que caracteriza a infração penal. Este princípio guarda certa aproximação com o princípio da culpabilidade, quando da análise da conduta, mas reforça a ideia de que a culpa não pode ser presumida ou transferida a terceiros que não sejam autores, coautores ou partícipes da conduta criminosa.

Nos casos de crimes econômicos, por vezes são observadas tentativas de se imputar a responsabilidade criminal a dirigentes ou gestores de empresas com base apenas em suas posições hierárquicas. Há um repasse da conduta por presunção e, por consequência, a atribuição de culpa e da pena cominada ao tipo penal. Este procedimento se baseia na presunção de culpa por omissão imprópria, decorrente

Código Penal. A expressão Direito Criminal somente foi utilizada entre nós quando da vigência do Código Criminal do Império, de 1830." (Galvão, 2023, p. 17).

²⁶³ Optamos pela expressão "princípio da intranscendência da responsabilidade criminal" ao invés de "princípio da intranscendência da responsabilidade penal" por entendermos que abrange tanto o tipo penal e a conduta criminosa – o crime em si – quanto a consequência prevista em lei, seja em razão da pena cominada, seja quando da pena efetivamente aplicada. Assim, a defesa do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal em apreço tida como gênero pode abarcar como espécies o princípio da intranscendência da responsabilidade pela conduta criminosa e o princípio da intranscendência das penas.

do dever de garantir a prevenção de delitos dentro da empresa. Contudo, este tipo de abordagem precisa de maiores reflexões, pois negligencia o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, na vertente que trata da intranscendência da conduta criminosa, ao não considerar a necessidade de se comprovar uma ação ou omissão concreta e causalmente vinculada ao resultado delituoso.

Para que a omissão imprópria seja devidamente utilizada como fundamento de responsabilidade criminal é imprescindível observar seus pressupostos, que incluem a existência de um dever jurídico específico, a capacidade de agir e o nexo causal entre a omissão e o resultado. Sem esses elementos, responsabilizar dirigentes ou gestores com base apenas em sua posição na estrutura organizacional seria uma violação do princípio da intranscendência da conduta criminosa.

O princípio da intranscendência das penas, já consagrado na doutrina e na legislação penal, assegura que a pena não possa ultrapassar a pessoa do infrator. Em outras palavras, as consequências penais de um crime não devem recair sobre terceiros que não participaram da infração penal, preservando-se assim a individualização da pena e a proteção dos direitos fundamentais de indivíduos alheios à prática criminosa.

O reconhecimento do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como um gênero que inclui tanto a intranscendência da conduta criminosa quanto a intranscendência das penas promove uma visão mais equilibrada do sistema penal em consonância com os direitos e garantias fundamentais. O princípio da intranscendência da conduta criminosa visa garantir que apenas os verdadeiros autores de condutas criminosas sejam responsabilizados, evitando-se assim abusos que por vezes ressoam da incapacidade investigatória estatal em arregimentar elementos de informação imprescindíveis à formação da culpa, especialmente em contextos empresariais complexos.

Cabe ressaltar que o princípio da culpabilidade gera, por vezes, muitas acepções, seja como elemento das circunstâncias judiciais na fixação da pena base; seja como elemento da concepção tripartite de crime; seja tão somente por tratar do fato de que não se admite a responsabilidade objetiva.

Ao propormos o princípio da intranscendência da conduta criminosa, portanto, como ora se defende, além de vedar o repasse da responsabilidade penal para quem não teve culpa pela conduta criminosa, também haverá um obstáculo para impedir que sejam feitas manobras jurídicas para reinterpretar institutos como o dolo ou a omissão imprópria usados para transcender a responsabilização criminal. No mesmo sentido, é possível refletir sobre os cuidados com a importação de institutos ou teorias, como é o caso da cegueira deliberada.

Ao assegurar que a responsabilidade criminal não se estenda além do agente que praticou a conduta, o princípio reforça a importância da culpa pessoal como elemento central do Direito Penal. Isso protege dirigentes e gestores de serem penalmente responsabilizados com base em suposições ou presunções derivadas apenas de suas posições hierárquicas, sem evidências concretas de participação ativa ou omissa no crime.

Além disso, a correta aplicação do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal aumenta a eficiência na incidência das consequências penais, ao exigir que os elementos da conduta, nexos e resultados, sejam minuciosamente avaliados e comprovados à luz dos princípios e da lei penal. Em última análise, esse princípio promove um ambiente jurídico mais seguro no qual a responsabilização penal precisa ser melhor fundamentada, preterindo-se justificativas que estejam baseadas em aparências ou presunções.

O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal que ora se defende representa uma evolução importante no Direito Penal contemporâneo. A ideia de se estabelecer uma responsabilidade criminal somente se justifica diante da conduta que afronta a lei penal e que tem como consequência a incidência das penas cominadas ao tipo. Assim, estabelecer a limitação da responsabilidade criminal sob o manto de outros dois subprincípios, integrando tanto a conduta criminosa quanto a aplicação das penas sob a guarda de um conceito abrangente e bem fundamentado, referenda as necessárias limitações ao direito de punir do Estado e reafirma o Direito Penal como ramo excepcional do ordenamento jurídico.

Ao assegurar que a responsabilidade criminal permaneça intranscendente tanto em termos de conduta quanto de pena, evidencia a proteção dos direitos individuais e promove uma aplicação mais equitativa e fundamentada do Direito

Penal. Em particular, ele serve como uma salvaguarda crucial contra a atribuição indevida de culpa em contextos empresariais, garantindo que apenas aqueles que realmente contribuíram para a prática criminosa sejam devidamente responsabilizados por suas condutas e tenham por consequência a pena correspondente.

4.3.2 Sancionamento limitado à autoria ou participação em infração penal: a efetividade prática do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal

As limitações impostas pelo princípio da intranscendência das penas devem ser evidenciadas para permitir uma análise conjunta da conduta (ação ou omissão) do garantidor e as consequências penais que podem ser a ele direcionadas. Como lembra René Ariel Dotti (2010), “[...] a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível” (Dotti, 2010, p. 138).

Assim sendo, analisando o papel do garantidor em condutas que se coadunam com o conceito de omissão imprópria, destaca-se que o princípio da intranscendência da pena funciona de forma a não permitir “[...] que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado.” (Nucci, 2019, p. 166).

Em vista da impossibilidade de que todas as hipóteses de omissão imprópria existentes estejam previstas na legislação, pode-se enxergar a seguinte problemática, conforme apontam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2022):

[...] por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontre numa posição jurídica tal, que a realização de uma conduta distinta da devida seja equivalente à realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos. (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 541).

A partir das condições legais mencionadas²⁶⁴, Zaffaroni e Pierangeli (2002) argumentam que nem todo dever originado por determinadas fontes coloca automaticamente o indivíduo na posição de garantidor. Essas fontes servem apenas como um indicativo geral das maneiras pelas quais alguém pode assumir tal posição jurídica específica.

Nos últimos anos, dada a própria expansão do Direito Penal, a responsabilização penal em crimes empresariais tem sido objeto de intensa discussão. Muitas construções teóricas ou jurisprudenciais, especialmente as oriundas de jurisdições estrangeiras, como a cegueira deliberada, o domínio do fato e o domínio da organização, têm sido importadas para aplicação no país com o objetivo de imputar a responsabilidade penal aos dirigentes de empresas. Ocorre, porém, que a importação acrítica das referidas teorias ou julgados, ou mesmo reflexões precipitadas que não guardam sintonia com o próprio conteúdo desenvolvido, podem resultar em uma responsabilização penal desvinculada de uma análise aprofundada de culpa individual. Nesse sentido, há não apenas riscos, mas uma efetiva transcendência da conduta criminoso e/ou da pena, remetendo-se a responsabilidade criminal àquele que sequer deveria absorvê-la.

A cegueira deliberada, por exemplo, permite que se atribua responsabilidade penal àqueles que, intencionalmente, escolhem ignorar fatos que indicam a ocorrência de ilícitos dentro da empresa. Já a teoria do domínio do fato e do domínio da organização amplia a responsabilização para aqueles que, mesmo não executando diretamente a ação criminoso, detêm controle ou influência significativa sobre a estrutura empresarial. Estas abordagens, embora inovadoras, tendem a desconsiderar a necessidade de comprovação de dolo ou culpa específica do agente, especialmente gestores e dirigentes de empresas, aproximando-se perigosamente da responsabilidade penal objetiva.

²⁶⁴ Altamir Silva, Margarida Cantarelli e Neuler Gomes Junior (2019) fazem uma observação relevante ao se posicionarem no seguinte sentido: “Acontece que se o manejo da responsabilização decorrente da assunção desses deveres se torna irracional (ou arbitrário, feito de modo não previsto na lei), se vê desestimulada, senão impossibilitada a assunção de tais deveres e o exercício da atividade econômica. Num ambiente que esteja cancelada a ameaça de pena privativa de liberdade que pode ser aplicada arbitrariamente, não há quem se submeta a tamanho risco. [...] nos unimos aos preocupados com a instauração de um sistema que avalize uma imputação assentada na mera *posição* ocupada pelo sujeito, abandonando os pressupostos básicos da responsabilização penal pessoal.” (Silva; Cantarelli; Gomes Junior, 2019, p. 136-137).

Essa tendência é preocupante, pois resulta na transcendência das penas, violando flagrantemente o princípio da intrascendência das penas consagrado na Constituição Federal como cláusula pétrea. Tal princípio estabelece que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, garantindo que somente aquele que efetivamente praticou a conduta criminosa, com dolo ou culpa devidamente comprovados, seja punido. A adoção de teorias que permitem a responsabilização penal sem a devida comprovação de culpa constitui uma afronta direta a este direito fundamental.

Dessa forma, ao aplicar essas construções teóricas, o sistema jurídico corre o risco de subverter um dos pilares do Direito Penal: a pessoalidade da pena. A transcendência das penas, ao penalizar dirigentes empresariais sem a devida comprovação de culpa individual, baseando-se na posição ocupada na empresa, não apenas contraria o princípio da intrascendência, mas também enfraquece a legitimidade do sistema de justiça penal. É imperativo que, na busca por justiça em crimes empresariais, se respeite a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, de modo a assegurar que a responsabilização penal seja sempre individualizada e fundamentada nos preceitos constitucionais.

4.4 O princípio da intrascendência da responsabilidade criminal como limite da imputação penal dos gestores e dirigentes nos crimes econômicos omissivos

No contexto jurídico contemporâneo, a análise dos princípios penais revela-se essencial para a compreensão e limitação do poder punitivo do Estado. Esses princípios atuam como balizadores fundamentais, assegurando que o Direito Penal não se transforme em um instrumento arbitrário de controle social, mas sim em um mecanismo excepcional que possa servir à proteção do bem jurídico. Os princípios penais, ao regularem a existência e a incidência do Direito Penal, garantem que este se mantenha dentro dos limites da legalidade no escopo de preservar os direitos fundamentais dos indivíduos.

A normatividade e a autoaplicabilidade dos princípios penais conferem-lhes um status de dispositivos jurídicos de força imperativa, que não apenas orientam a

interpretação e a aplicação das normas penais, mas também servem como barreiras contra excessos legislativos e judiciais. Ao reconhecer a força normativa dos princípios penais, assegura-se que o Direito Penal não se afaste de seus objetivos primordiais que se revelam pela proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade e, também, na limitação do poder punitivo do Estado.

Destaca-se, nesse cenário, a proposta do princípio implícito da intranscendência da responsabilidade criminal, que se desdobra em duas vertentes: a intranscendência da conduta criminosa, que trata de uma releitura do princípio da culpabilidade, e a intranscendência das penas. Pelo princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, a sanção penal deve restringir-se àqueles que efetivamente participaram da prática delituosa, impedindo que a responsabilidade penal ultrapasse os limites da autoria e da participação, referendando a intranscendência da conduta criminosa. O princípio abrange também as limitações das penas, que devem ser aplicadas exclusivamente àqueles que, de fato, cometeram a infração penal, respeitando-se o postulado da intranscendência das penas. Considerando que a doutrina confere um tratamento menos incisivo aos princípios em apreço, especialmente o da intranscendência das penas, ao evidenciar essas bases do Direito Penal é possível conferir-lhes aplicabilidade prática, limitando o poder de punir do Estado em crimes econômicos.

A responsabilização criminal deve estar envolta de rigorosos pressupostos, marcados por regras e princípios que estejam em consonância com os dispositivos constitucionais explícitos e implícitos. A pecha de criminoso revela uma marca indelével no condenado. A atribuição de culpa criminal, portanto, somente pode ser razoavelmente justificada se atender aos ditames que fundamentam o próprio Direito Penal.

Nos casos envolvendo crimes econômicos e a responsabilização de gestores e dirigentes, as noções de conduta culposa, dolosa, autoria e participação – inclusive a consequência da infração penal representadas pelas penas – invariavelmente acabam sendo reinterpretadas sob conjecturas teóricas de base jurídica distinta da brasileira. Isso ocorre nos casos envolvendo, por exemplo, a cegueira deliberada ou mesmo leituras turvas de teorias como as do domínio do fato

ou do domínio da organização. Por isso, o obstáculo causado pelo princípio da intranscendência da responsabilidade criminal é essencial para uma análise escorreita da conduta criminosa e, também, para a imposição de penas dentro dos estritos limites do Direito Penal.

Em suma, os princípios penais desempenham um papel crucial na estruturação de um sistema penal que respeite os direitos fundamentais e a dignidade humana. Ao limitarem o poder punitivo do Estado, asseguram que a aplicação do Direito Penal ocorra de maneira justa e proporcional, resguardando a sociedade de abusos e garantindo a prevalência do Estado de Direito. Dessa forma, a observância rigorosa desses princípios constitui um imperativo inarredável para a construção de um sistema penal mais justo e equitativo.

5 NOTAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS POR DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONÁRIOS E A IMPORTÂNCIA DA ECONOMICIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

A discussão sobre a eficiência do sistema jurídico brasileiro abarca temas diversos que, embora distintos, possuem inter-relações significativas. O Direito Administrativo Sancionador, a responsabilidade civil das empresas por delitos cometidos por funcionários e a importância da economicidade na persecução penal são áreas que, quando analisadas em conjunto, revelam a complexidade e a necessidade de uma abordagem integrada na busca pela eficiência do sistema jurídico. As notas traçadas a seguir pretendem explorar essas três vertentes, demonstrando como cada uma delas contribui para a configuração de um sistema jurídico mais coerente, reservando ao Direito Penal tão somente a função que lhe é imanente, ou seja, ser a *ultima ratio* do direito e apenas ingressar na solução de conflitos quando imprescindível a sua incidência na proteção do bem jurídico.

A abordagem de crimes econômicos através de alternativas ao Direito Penal tem por fim reservar a intervenção penal para situações de extrema necessidade, respeitando seu caráter de *ultima ratio*. Essa perspectiva busca limitar o uso do Direito Penal, direcionando casos que envolvem infrações penais econômicas – cuja autoria pode permanecer incerta ou mesmo é imputada de maneira adaptativa a gestores e dirigentes – para outros ramos do ordenamento jurídico, como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Nesse contexto, a responsabilização de dirigentes e gestores empresariais, muitas vezes envolvidos em processos criminais sem culpa comprovada, pode ser mais adequadamente tratada por meio do Direito Administrativo Sancionador ou pela composição de danos no âmbito civil. Tal abordagem não apenas preserva a integridade e excepcionalidade do Direito Penal, mas também evita o estigma e as consequências desproporcionais – e até infrutíferas – de um processo criminal.

Além disso, a adoção de medidas alternativas ao Direito Penal em casos de crimes econômicos está em consonância com o princípio da economicidade,

fundamental na Administração Pública. A economicidade preconiza a utilização eficiente e eficaz dos recursos disponíveis, promovendo soluções menos onerosas e mais céleres. Ao transferir a resolução de determinadas infrações para esferas não penais, busca-se uma administração da justiça que seja mais econômica e que evite o desgaste do aparato judicial penal, reservando-o para situações que realmente demandem tal intervenção. Assim, a aplicação de sanções administrativas ou a reparação de danos civis emerge como uma solução pragmática e alinhada aos princípios de uma gestão pública responsável, assegurando que o Direito Penal permaneça como um recurso excepcional e não como uma resposta automática a todas as infrações econômicas.

Uma observação inicial deve ser feita: o princípio da intranscendência da responsabilidade criminal – quando se revelam limitações sobre a intranscendência da conduta criminosa e a intranscendência das penas – não se configura como um princípio geral de direito. Assim, a restrição sobre a intranscendência ora mencionada cinge-se ao Direito Penal, não se aplicando, como regra, aos ramos do Direito Civil, Administrativo, Tributário, ou mesmo a outros ramos do ordenamento jurídico.

Em linhas gerais, o Direito Administrativo Sancionador constitui um ramo do Direito Administrativo que se dedica ao estudo das infrações e das sanções administrativas. Diferentemente das sanções penais, as sanções administrativas são aplicadas pela própria Administração Pública, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Já a responsabilidade civil das empresas por delitos cometidos por funcionários é outro tema de relevância no cenário jurídico. Este conceito baseia-se na ideia de que as empresas, enquanto pessoas jurídicas, podem ser responsabilizadas por atos ilícitos cometidos por seus empregados ou representantes, desde que esses atos sejam praticados no exercício de suas funções.

A economicidade na persecução penal, que versa sobre a necessidade de racionalização dos recursos públicos na condução dos processos penais, será tratada em tópico final. A persecução penal envolve a atuação de diversos órgãos e agentes do Estado, como polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, e demanda

a utilização de recursos financeiros significativos. A economicidade na persecução penal visa otimizar esses recursos, buscando soluções que sejam ao mesmo tempo eficientes e econômicas.

A análise integrada desses três temas – Direito Administrativo Sancionador, reparação civil de danos e economicidade na administração pública – revela a importância de um sistema jurídico que seja ao mesmo tempo eficaz e econômico, reservando ao Direito Penal somente casos que reclamam a imprescindibilidade de sua incidência. O Direito Administrativo Sancionador e a responsabilidade civil das empresas por delitos cometidos por funcionários demonstram a necessidade de mecanismos eficientes de controle e reparação de danos, enquanto a economicidade na persecução penal sublinha a urgência de uma gestão racional dos recursos públicos. A seguir serão apresentadas notas que buscam referendar o Direito Penal como ramo excepcional do ordenamento jurídico, propondo-se alternativas que tendem a conferir efetividade prática às demandas que, por vezes, podem ser dissociadas do âmbito penal.

5.1 Notas sobre o Direito Administrativo Sancionador: um referendo ao Direito Penal como ultima ratio no ordenamento jurídico

O Direito Administrativo Sancionador é um ramo do Direito Administrativo que se ocupa da aplicação de sanções às infrações administrativas cometidas por indivíduos ou entidades. Ele se distingue do Direito Penal, embora compartilhe algumas semelhanças, especialmente no que diz respeito à função de punir comportamentos contrários à norma²⁶⁵.

²⁶⁵ A ideia sobre um Direito Administrativo Sancionador não é livre de apontamentos e críticas. Ana Elisa Bechara (2022) destaca que a Escola de Frankfurt “[...] prega a redução do objeto do Direito Penal, fundada na concepção pessoal do bem jurídico e na impossibilidade de a intervenção penal abarcar os conflitos trazidos pela nova realidade social, os quais deveriam ser deixados a outros âmbitos, na linha do denominado ‘Direito de intervenção’”. (Bechara, 2022, p. 148). Porém, ao analisar a defesa subsidiária do Direito Penal, a autora ressalta que isso não significa renúncia à proteção de bens jurídicos coletivos, especialmente no âmbito da delinquência econômico-financeira. Bechara (2022) afirma que “[...] enquanto os teóricos de Frankfurt criticam a atual justiça de classe, concretamente acabam renunciando à sanção penal dos poderosos e convalidando o pernicioso estereótipo positivista de delinquente, com todas as consequências daí advindas.” (Bechara, 2022, p. 149-150). A própria autora reconhece, porém, que “[...] é visível um movimento expansivo do Direito Penal, em especial na esfera econômica, cuja defesa se dá por parte da doutrina sob a justificativa da necessária correção histórica de um modelo equivocado de

Claus Roxin (2006) ressalta a importância de se delimitar o âmbito de atuação do Direito Penal, evidenciando a excepcionalidade deste ramos do ordenamento jurídico e reservando às áreas que nomina de “medidas de controle sócio-políticas menos gravosas” a regra de incidência precípua para a harmônica convivência social. De acordo com Roxin (2006),

Meu ponto de partida é o seguinte: os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal. Quero descrever esta finalidade de uma maneira que ela possa ser objeto de consenso na cultura ocidental e também em vastas partes do mundo. Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. (Roxin, 2006, p. 32).

A subsidiariedade do Direito Penal tem sido afrontada, desaguando neste ramo do ordenamento as pretensas soluções que reverberam um Direito Penal de emergência. Eloisa Mendes e Raíssa Campelo (2018) sustentam que a cultura da emergência está associada à percepção de risco que afeta uma população assustada pela criminalidade. Nessa realidade, a aplicação de leis emergenciais tornou-se uma prática comum, pois o medo amplificado pela criminalidade e intensificado pela mídia, juntamente com a falsa segurança oferecida por essas medidas, leva a um desejo de combater a criminalidade que prevalece sobre os princípios fundamentais do direito. Para as autoras,

[...] o que se observa como consequência do emergencialismo, é a crise de intervenção mínima que traz consigo vários outros problemas no ordenamento jurídico, como a hiperinflação legislativa, o simbolismo e o expansionismo do direito penal. A hiperinflação legislativa atualmente é o assunto principal das críticas ao sistema penal, pois o poder coercitivo do Estado é reduzido no instante em que há uma criação excessiva e contínua

política criminal, voltado seletivamente aos marginalizados sociais [...]” (Bechara, 2022, p. 151), mas a autora se adianta ao dizer que “A despeito da tentação política de tal proposta demagógica e populista, não parece racional combater a irracionalidade e os excessos da intervenção penal em relação aos marginalizados sociais com a aplicação da mesma – ou maior – irracionalidade aos socialmente privilegiados.” (Bechara, 2022, p. 151). Acreditamos ser possível aventar um Direito Administrativo Sancionador, especialmente em casos de autoria de delitos macroeconômicos, cuja individualização resta pulverizada, assentando como alternativa ao Direito Penal comum cujas regras para imputação figuram mais restritas.

de tipos penais que não são satisfatórios à proteção dos bens jurídicos. (Mendes; Campelo, 2018, p. 100-101).

Nesse sentido, o Direito Administrativo Sancionador se revela como alternativo para dar uma solução razoável a diversos âmbitos da vida em sociedade em cujo Direito Penal não deveria sequer se aproximar ou mesmo quando a delimitação da autoria resta prejudicada, como é o caso de situações envolvendo crimes econômicos.

O Direito Administrativo Sancionador tem suas raízes na necessidade do Estado de regular e controlar atividades para proteger o interesse público e assegurar a ordem administrativa. Assim como o Direito Penal, ele busca garantir o cumprimento das normas, mas atua em uma esfera diferente, focada em sanções que não envolvem a privação de liberdade²⁶⁶.

Entre as similaridades entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, podemos apontar a finalidade preventiva (finalidade mista), já que, em tese, ao menos em termos anunciados, ambos os ramos buscam prevenir condutas ilícitas através da aplicação de sanções, dissuadindo a prática de infrações²⁶⁷. Pode-se dizer que, de certa forma, os princípios da legalidade²⁶⁸ e da culpabilidade também

²⁶⁶ A existência de outros ramos do ordenamento jurídico evidencia que ao Direito Penal devem ser reservados apenas aquilo que for imprescindível para a proteção do bem jurídico. Henrique Viana Pereira (2020) tece críticas à “inflação legislativa penal”, afirmando que o termo “[...] reflete a desvalorização da atuação do Direito Penal em situações fáticas desnecessárias, ofendendo o princípio da intervenção mínima. Também chamada de inflação legislativa, apoia-se em um Direito Penal simbólico, que prejudica a força intimidativa das sanções penais. Com isso, leva o Direito Penal ao descrédito.” (Pereira, 2020, p. 100).

²⁶⁷ Segundo Valter Araujo, Thaís Branco e Vítor Costa (2020), as diferenças entre as razões de justificação do ilícito penal e do ilícito administrativo impedem a simples transposição do conceito de culpabilidade penal para o Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o Direito Penal enfatiza o caráter retributivo da pena, associando-a ao descumprimento da norma como uma medida aflictiva, o Direito Administrativo Sancionador tem um enfoque distinto. Neste último, a culpabilidade é entendida como responsabilidade por condutas antijurídicas, levando em consideração a intenção ou negligência na ação. Além disso, o Direito Administrativo busca criar incentivos complexos e variáveis para orientar o comportamento dos particulares, utilizando normas de comando e controle.

²⁶⁸ Valter Araujo, Thaís Branco e Vítor Costa (2020) afirmam que “[...] o alcance do princípio da legalidade na esfera administrativa sancionadora é distinto em relação ao Direito Penal. Ainda que as punições aplicadas pela Administração Pública devam vir acompanhadas de garantias aos administrados, a fim de evitar arbitrariedades e supressão de direitos fundamentais, a concepção

encontram paralelo em ambos os ramos, mencionando-se, inclusive, princípios ligados ao âmbito procedimental, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Apesar das semelhanças, o Direito Administrativo Sancionador difere significativamente do Direito Penal em termos de severidade das sanções e garantias processuais. No caso do Direito Administrativo Sancionador há menor rigor nas garantias. O Direito Penal é caracterizado por um conjunto robusto de garantias para proteger o indivíduo, dado o potencial impacto severo das sanções, como a privação de liberdade. Já o Direito Administrativo Sancionador, por não implicar em penalidades gravosas, possui garantias processuais menos rigorosas.

As normas administrativas podem, às vezes, ser vagas ou amplamente interpretativas, permitindo uma aplicação mais subjetiva das sanções. Inclusive, em alguns casos, há uma percepção de que o Direito Administrativo Sancionador opera sob uma presunção de culpa mais acentuada, especialmente em contextos regulatórios e de fiscalização. Esses fatores são, inclusive, objetos de críticas, já que as sanções aplicadas não observaram o rigor imposto pelo Direito Penal. Porém, não há imposição de penas propriamente ditas, especialmente a privação da liberdade, sendo que as limitações de direitos ou multas tornam-se viáveis como alternativas ao Direito Penal.

Apesar das críticas, entendemos que o Direito Administrativo Sancionador desempenha um papel crucial e autônomo no sistema jurídico, especialmente no âmbito dos casos envolvendo organizações empresariais complexas, cuja individualização das condutas resta por vezes inviável – o que não autoriza a presunção de culpa no âmbito do Direito Penal como tem sido tendência. Importante ressaltar que o Direito Administrativo Sancionador não visa substituir o Direito Penal. Sua função é aplicar sanções que não envolvem privação de liberdade, como

da máxima taxatividade do Direito Penal não comporta transposição para o Direito Administrativo Sancionador.” (Araujo; Branco; Costa, 2020, p. 744).

multas, interdições e suspensão de atividades, atuando como um mecanismo de controle social mais ágil e focado em preservar a ordem administrativa²⁶⁹.

Heloisa Estellita (2017) afirma que

Em função do caráter subsidiário do direito penal e de seu papel secundário daí decorrente, é necessário um certo alinhamento das normas penais com as demais normais (*sic*) extrapenais. Esse alinhamento ou conexão variará em intensidade em conformidade com a existência e densidade da regulação jurídica extrapenal. (Estellita, 2017, p. 252).

Sobreleve-se que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, é possível uma resposta mais rápida e eficiente às infrações cometidas no âmbito das empresas, muitas vezes necessárias para proteger interesses coletivos e garantir o bom funcionamento de serviços e atividades reguladas. E mais, nesse ramo do direito é possível se adaptar mais rapidamente às novas circunstâncias e desafios regulatórios, promovendo a modernização e o ajuste contínuo das normas em face das mudanças sociais e tecnológicas.

O Direito Administrativo Sancionador é, portanto, uma ferramenta essencial para a administração pública, permitindo uma aplicação de sanções de forma eficiente e proporcional, sem as consequências graves das penas. Ele desempenha um papel único ao focar na proteção do interesse público e na regulação das atividades, complementando o sistema penal e oferecendo alternativas viáveis de controle social. A sua defesa está na capacidade de atuar de forma preventiva e corretiva, assegurando que, mesmo na ausência de provas suficientes para a

²⁶⁹ Claus Roxin (2006) reafirma a importância de outros ramos do ordenamento jurídico precedendo à incidência do Direito Penal. Para o autor, “A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.” (Roxin, 2006, p. 33). Segundo Roxin (2006), o afastamento do Direito Penal em favor de outros mecanismos de regulamentação pode ser interpretado à luz do modelo iluminista do contrato social. Nesse contexto, os cidadãos concedem ao Estado o poder de punir apenas quando isso é estritamente necessário para manter uma convivência pacífica e livre. Considerando que a pena representa a intervenção mais severa na liberdade individual por parte do Estado, ela deve ser aplicada somente quando não houver alternativas mais leves para atingir os objetivos desejados.

persecução penal, medidas sejam tomadas para mitigar danos e reforçar a responsabilidade administrativa.

5.2 Notas sobre a responsabilidade civil das empresas por danos causados por seus funcionários em decorrência da prática de infrações penais

A responsabilidade civil²⁷⁰ das empresas por danos causados por seus funcionários é uma questão importante no Direito Civil em conexão com o Direito Penal, especialmente quando tais danos decorrem da prática de crimes econômicos. Em um ambiente empresarial, é frequente que a responsabilidade penal dos gestores e dirigentes seja atribuída em virtude da posição que ocupam, muitas vezes sem uma análise adequada do dolo ou da culpa, ocorrendo a transferência indevida da responsabilidade criminal.

Por vezes a responsabilidade criminal de gestores e dirigentes é imputada em decorrência de conduta omissiva imprópria, que considera esses indivíduos como garantidores, ou seja, pessoas que têm a obrigação de impedir a ocorrência do resultado e, diga-se, do dano. Contudo, é crucial distinguir a responsabilidade civil da empresa da responsabilidade penal de seus dirigentes, evitando assim uma transferência automática de responsabilidades baseada apenas na posição hierárquica.

Em retrospectiva sobre o surgimento da responsabilidade civil das empresas, Caio Mario da Silva Pereira (2022) relembra que

Partindo da ausência de responsabilidade criminal, plenamente reconhecida, os autores por muito tempo entenderam que a pessoa jurídica

²⁷⁰ Ao comparar a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, Bruno Miragem (2021) afirma que “A comparação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal permite distinguir seus fundamentos e finalidades. [...] a responsabilidade civil visa à recomposição do patrimônio jurídico lesado da vítima, mediante indenização e/ou reparação específica de danos suscetíveis ou não de avaliação econômica (patrimoniais e extrapatrimoniais). A responsabilidade penal, ao contrário, tem outro fundamento. Parte da compreensão de sua finalidade como sendo de manutenção da paz social, à segurança pública, individual e coletiva, mediante a definição estrita de certas condutas que, por seu caráter gravoso a interesses socialmente relevantes qualificados como bens jurídicos, assim como o grau de reprovação social que percebem, são definidos como crimes.” (Miragem, 2021, p. 50).

de direito privado não podia ser civilmente responsável. [...] Predominando por um bom tempo na doutrina a “teoria da culpa”, e pressupondo esta um ato de vontade, a responsabilidade civil seria incompatível com a caracterização da pessoa moral como um “ente fictício”. (Pereira, 2022, p. 186).

Em um momento posterior, verificando-se que a responsabilidade penal de pessoas jurídicas não poderia ocorrer (salvo exceções questionáveis), surge uma aproximação entre a responsabilidade civil desses entes com personalidade e as pessoas físicas. Segundo Caio Mário Pereira (2022), as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente, exceto em casos especiais previstos em lei. Assim, para a responsabilização no âmbito civil, as pessoas jurídicas são tratadas de maneira semelhante às pessoas físicas, sendo aplicável o princípio da responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana. Esse princípio responsabiliza as empresas por danos causados por seus órgãos, bem como por seus empregados ou representantes.

Inclusive, com a inovação legislativa promovida pela Lei nº 14.195/2021, que revogou o parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil²⁷¹, houve mais clareza em relação à responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas, não sendo mais aplicável o que a doutrina denomina por *ultra vires*²⁷² nos casos de atuação do

²⁷¹ Previa os incisos I, II e III do parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil (os incisos foram revogados pela Lei nº 14.195/21) que “O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.” (Brasil, 2002, tit. II, subt. I, cap. I, seç. III, art. 1.015, par. único).

²⁷² André Santa Cruz (2018), ao referir-se ao revogado inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil, destacou que “Trata o inciso em comento da chamada *teoria ‘ultra vires’*, surgida no direito inglês há bastante tempo. Segundo essa teoria, se o administrador celebra contrato assumindo obrigações, em nome da sociedade, em operações evidentemente estranhas ao seu objeto social, presume-se que houve excesso de poderes. Entende-se que bastaria ao credor diligente atentar para a compatibilidade entre a relação jurídica travada com determinada sociedade e o seu respectivo objeto social. Afinal, como já destacado anteriormente, o *caput* do art. 1.015 do Código Civil permite ao administrador praticar todo e qualquer ato de gestão dos negócios sociais, mas desde que haja pertinência entre o ato praticado e os negócios sociais.” (Cruz, 2018, p. 338)”. Prossegue o autor afirmando que “[...] a teoria *ultra vires*, após surgir na Inglaterra e nos Estados Unidos, foi sendo gradativamente abandonada, o que nos permite dizer que, de certo modo, a adoção dessa teoria pelo Código Civil de 2002 representa um retrocesso. É que na maioria das vezes, em razão do dinamismo inerente às atividades econômicas, é muito difícil analisar, em todas as transações negociais, se os poderes dos administradores lhe permitem firmar aquela relação jurídica específica. Portanto, a teoria *ultra vires*, é inegável, traz consigo uma certa insegurança jurídica para o mercado. Melhor seria, talvez, em homenagem à boa-fé dos terceiros que contratam com a sociedade limitada, reconhecer sua responsabilidade pelos atos *ultra vires*, mas assegurar-lhe a possibilidade de voltar-se em regresso contra o administrador que

administrador exorbitando o escopo da empresa ou fora de suas atribuições. Até então a incidência da *ultra vires* acabava prejudicando terceiros de boa-fé.

O Estado, por exemplo, representando a coletividade como vítima de crimes econômicos cometidos por intermédio de pessoas jurídicas, poderia ficar sem as indenizações respectivas quando a pessoa jurídica formasse um anteparo sob o manto da teoria *ultra vires*, imputando ao gestor a responsabilidade exclusiva sobre o ato praticado. Após a modificação legislativa a pessoa jurídica será responsável pelos atos dos administradores (além dos atos cometidos por seus funcionários em geral), cabendo-lhe o direito de regresso, se for o caso. Conforme destacado por Henrique Viana Pereira (2014),

Os empresários, como sujeitos ativos da atividade econômica, não podem ignorar que a sociedade tem uma função social e, portanto, deve aprimorar suas relações com os agentes com que se relaciona. Assim, a sociedade empresária assume compromissos sociais com seus empregados, consumidores, fornecedores, meio ambiente e com o próprio Estado. Nesse novo contexto, não se pode mais conceber que os sócios de uma sociedade empresária se escondam sob o escudo da pessoa jurídica para furtarem-se da responsabilidade por danos causados aos indivíduos e à coletividade. (Pereira, 2014, p. 184).

Inclusive, defende-se que basta ter comprovação de que o ato é oriundo da pessoa jurídica, independentemente da identificação da pessoa física, para o fim de culminar na responsabilidade civil extracontratual, cingindo o feito à esfera indenizatória, ainda que pendente questão a ser apurada quanto à autoria da infração penal. Importante mencionar que, em empresas cujo porte resulta em maior complexidade na distribuição e controle interno dos procedimentos, por vezes é possível comprovar a materialidade do delito, mas não a sua autoria. Nesses casos, não seria defensável, como se propõe na presente pesquisa, a imputação da

se excedeu [...]" (Cruz, 2018, p. 365). Inclusive, antes desta alteração legislativa, havia certa forma de eximir a pessoa jurídica da responsabilidade civil, já que eventual ressarcimento decorrente da responsabilidade *ex delicto* acabava ficando condicionado à aferição dos poderes daquele que atuou pela pessoa jurídica, ou seja, se tivesse atuado *ultra vires*, restava ao contratante o prejuízo (*sibi imputet*), inaplicável, portanto, após a mencionada revogação de parte do dispositivo legal. Rememore-se, nesse diapasão, o disposto no Enunciado 11, da I Jornada do Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, de março de 2013, o qual dispôs que "A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé." (Brasil, 2013, p. 52).

responsabilidade penal à pessoa física do dirigente ou gestor tão somente pela posição ocupada na empresa.

Porém, entende-se como plenamente possível a responsabilização civil da pessoa jurídica pelos atos praticados por intermédio de seus funcionários, gestores, dirigentes, ainda que não identificados, bastando a comprovação da materialidade da infração penal. Assim, há alternativas cíveis, especialmente de recomposição patrimonial que, inclusive, pode ser o caso do patrimônio público, refutando a incidência do Direito Penal aplicável em afronta aos mais comezinhos postulados que regem este ramo excepcional do direito.

Carla Veríssimo (2017) observa que na medida em que as empresas ampliam seu tamanho e complexidade há o enfrentamento natural de maiores desafios. As atuais formas de organização, com a especialização de funções e a separação entre atividades estratégicas e operacionais, dificultam a atribuição de responsabilidade a indivíduos específicos. Além disso, as empresas continuamente geram novos riscos, que se intensificam com o passar do tempo. Assim, para a autora, existem três modelos para atribuir responsabilidade por atos ilícitos a pessoas jurídicas: o modelo de identificação, onde a empresa é responsável pelos atos de seus órgãos; o modelo de responsabilidade vicarial, que responsabiliza a empresa por falhas na supervisão; e o modelo de culpa de organização, que considera a falta de estrutura organizacional e está fundamentada na omissão em adotar medidas que evitem a ocorrência de infrações penais (Veríssimo, 2017, p. 51).

Vale destacar que a responsabilidade civil das empresas tem como fundamento o princípio de que a pessoa jurídica responde pelos atos de seus empregados e prepostos no exercício de suas funções, conforme disposto no artigo 932, inciso III, do Código Civil brasileiro.²⁷³ Essa responsabilidade objetiva se baseia na teoria do risco, pela qual a empresa, ao se beneficiar da atividade econômica, deve também suportar os riscos inerentes, incluindo os danos causados por seus

²⁷³ Conforme observa Carla Veríssimo (2017), “A responsabilidade pelos atos dos órgãos é de vontade própria, porque a vontade, em tais atos, é vontade da pessoa jurídica, e por ato próprio, porque os atos são seus. A responsabilidade por atos de empregados, serviçais e prepostos é responsabilidade por ato alheio. Esta concepção, portanto, considera o ato do órgão como ato da empresa, não havendo necessidade de reconhecer a culpa de uma pessoa na alta hierarquia para então identificá-la com a empresa.” (Veríssimo, 2017, p. 53-54).

colaboradores. Assim, a empresa é obrigada a reparar os danos decorrentes de atos ilícitos praticados por seus funcionários, mesmo quando esses atos configuram crimes.

A responsabilidade civil das empresas pode se dar de forma objetiva ou subjetiva, dependendo da legislação e do caso concreto. Felipe Braga Netto, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017) esclarecem que

[...] seja à luz do Código Civil, seja à luz do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do empregador por ato do empregado é objetiva. A responsabilidade do empregado, porém, persiste sendo subjetiva. Se a vítima provar a culpa do empregado, surge, como consequência legal, a responsabilidade objetiva do empregador. (Braga Netto; Farias; Rosenvald, 2017, p. 570-571).

De acordo com Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017), quando há uma ligação entre o ato do empregado e a atividade empresarial, a responsabilidade do empregador é estabelecida. Os empregadores são responsabilizados objetivamente²⁷⁴ pelos danos causados por seus empregados, mesmo que estes tenham agido com culpa. Isso está previsto nos artigos 932, inciso III, e 933 do Código Civil²⁷⁵. Nesses casos, o empregador pode buscar ressarcimento do

²⁷⁴ Ao comentar sobre a Súmula 341 do STF, segundo a qual “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” (Brasil, 1963, s/p), Felipe Braga Netto, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017) afirmam que “Apesar dos claros termos da súmula – que consagrava, em sua redação, a culpa presumida do empregador –, a doutrina passou a sustentar, em novo avanço, que tal responsabilidade não poderia ser excluída nem mesmo em razão da prova de ausência de culpa do empregador – no que foi acompanhada pela jurisprudência. Perceba-se a surpreendente evolução: (a) inicialmente, responsabilidade subjetiva, com ônus da prova imposto à vítima; (b) em segundo momento, responsabilidade subjetiva, porém com ônus da prova invertido, cabendo ao empregador provar que não houve culpa de sua parte (culpa presumida); (c) em terceiro instante, responsabilidade não mais subjetiva, mas objetiva, não se admitindo que o empregador provasse a ausência de culpa.” (Braga Netto, Farias, Rosenvald, 2017, p. 568).

²⁷⁵ Dispõe o art. 932 do Código Civil que “São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;” (Brasil, 2002, tít. IX, cap. I, art. 932, inc. III). O art. 933 do Código Civil aduz que “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos” (Brasil, 2002, tít. IX, cap. I, art. 933). No caso das pessoas jurídicas, haverá direito de regresso contra o responsável pelo dano reparado. De acordo com Flávio Tartuce (2017), a responsabilidade dos empregadores não precisa estar relacionada com a existência de culpa, sendo que as empresas, pela responsabilidade objetiva, respondem de maneira direta por atos provocados por seus funcionários, desde que a culpa dos empregados seja comprovada. Entretanto, entendemos que o ato praticado no âmbito da pessoa jurídica, ainda que não

empregado por meio do direito de regresso, que deve ser acionado judicialmente e não por meio de descontos salariais.

Inclusive, a responsabilidade civil resta evidenciada ainda que o autor do fato não tenha sido identificado, desde que o evento danoso tenha sido cometido no âmbito da pessoa jurídica e esteja no âmbito da responsabilidade desta. O que não se pode confundir é a responsabilidade civil com a imputação de culpa penal nesses casos. A indenização tende a resultar na reparação ou, ao menos, na minimização de danos ocasionados por uma conduta originada da pessoa jurídica, inclusive praticada contra o Estado. O que não entendemos pertinente é que se estabeleça uma correlação entre a responsabilidade civil da empresa e a responsabilidade penal dos seus dirigentes e gestores, dada a excepcionalidade que marca a incidência deste ramo do ordenamento jurídico.

Há exemplos de normas que, além do Código Civil, estabelecem a responsabilidade civil objetiva por danos causados, como é o caso dos fornecedores de produtos e dos prestadores de serviços perante os consumidores, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). De forma semelhante é a responsabilidade civil ambiental²⁷⁶, conforme dispõe o art. 14, §1º²⁷⁷, da Lei nº 6.938/81, que consagra a Política Nacional do Meio Ambiente.

individualizada a conduta por parte de um ou outro empregado, enseja a responsabilidade civil e o dever de indenizar, salvo exceções de ausência de conduta interna.

²⁷⁶ Há grande discussão doutrinária, inclusive no âmbito do Direito Comparado, quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. No Brasil, quem sustenta este tipo de responsabilidade da pessoa jurídica utiliza o dispositivo previsto no art. 225, §3º da Constituição Federal, segundo a qual “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (Brasil, 1988, tít. VII, cap. VI, art. 225, §3º). A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, dispondo no art. 3º: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” (Brasil, 1998, cap. I, art. 3º). As penas à pessoa jurídica foram estabelecidas no art. 21 e 22 da referida, prevendo que “Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.” (Brasil, 1998, cap. II, art. 21) e “Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.” (Brasil, 1998, cap. II, art. 22). Esclareça-se que nossa posição é contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente por entendermos que o Direito Penal apenas se presta à imputação penal de pessoas físicas que é quem, efetivamente, figura como ser capaz de praticar uma conduta e, também, em razão do objetivo do Direito Penal, que deve ser utilizado como

A Lei nº 12.846/13 trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, especialmente por crimes de corrupção e ligados às licitações e contratos administrativos. De acordo com o art. 2º da Lei, “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não” (Brasil, 2013, cap. 1, art. 2º).

No contexto da Lei nº 12.846/13 entendemos ser possível, inclusive, que essa responsabilização civil ocorra independentemente da efetiva atribuição de culpa penal de funcionário, gestor ou mesmo dirigente da empresa pela infração penal praticada. Bastaria, portanto, a comprovação de que houve conduta criminosa por alguém ligado à pessoa jurídica para que a responsabilidade civil (e administrativa) se faça presente. Isso se dá, especialmente, em organizações empresariais complexas, em que a diversidade de atribuições acaba por inviabilizar a individualização da conduta criminosa. Diante disso, obedecendo aos estritos ditames do Direito Penal, cuja culpa necessita ser comprovada e individualizada, não podendo transcender à pessoa distinta da prática da conduta, resta a responsabilização civil (e mesmo a administrativa), que pode ser objetiva sem maiores esforços.

Sobre a referida norma jurídica (Lei nº 12.846/13), Carla Veríssimo (2017) ressalta que a legislação escolheu o caminho administrativo, considerando-o mais rápido e eficaz que o processo penal. Além disso, prevê a responsabilização civil de forma cumulativa, pois a considera apropriada para os objetivos punitivos aplicáveis às pessoas jurídicas (Veríssimo, 2017, p. 72).

Por outro lado, a responsabilidade penal dos dirigentes e gestores não deve ser confundida com a responsabilidade civil da empresa. Atribuir responsabilidade penal exclusivamente com base na posição ocupada na organização é uma prática que contraria os princípios basilares do Direito Penal, como o da culpabilidade e da individualização da pena. Para que haja responsabilidade penal, é imprescindível

ultima ratio. Porém, dado o escopo da presente pesquisa, não serão apresentadas as discussões envolvidas na temática envolvendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

²⁷⁷ Lei nº 6.938/81 - Art. 14 (...) §1º - “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” (Brasil, 1981, art. 14, §1º).

comprovar a existência de dolo ou culpa e a participação direta ou indireta na prática delituosa. A omissão imprópria deve ser aplicada com cautela, reconhecendo-se que a posição de garantidor impõe uma obrigação de agir, mas não implica automaticamente em responsabilidade penal sem a devida apuração do envolvimento real do indivíduo nos atos ilícitos.

A análise, portanto, das responsabilidades civil e penal permite uma abordagem mais abrangente sobre a temática envolvendo o ambiente empresarial. Enquanto a responsabilidade civil busca reparar o dano causado, a responsabilidade penal visa a punir o infrator e prevenir futuras infrações. Assim, a reparação civil pode ocorrer independentemente do processo penal e, inclusive, ser alternativo a ele – especialmente em organizações complexas –, assegurando que as vítimas obtenham uma compensação, ainda que a identificação e a punição do responsável penal não seja possível.

A responsabilização civil da empresa não impede que o Estado busque identificar e processar criminalmente o verdadeiro responsável pela prática ilícita. Ao separar as esferas civil e penal, o ordenamento jurídico permite que a reparação dos danos seja eficaz, sem que isso prejudique o direito do Estado de perseguir a justiça penal.

Em suma, a responsabilidade civil das empresas por danos causados por seus funcionários, gestores ou dirigentes, especialmente em decorrência de crimes, representa uma alternativa eficaz para assegurar a reparação dos danos e proteger os interesses das vítimas, o que inclui o próprio Estado. Essa responsabilização não deve ser confundida com a penalização automática dos dirigentes e gestores, que deve ser cuidadosamente avaliada conforme os princípios do Direito Penal. Ao equilibrar essas responsabilidades, o sistema jurídico acaba por incentivar práticas empresariais mais responsáveis e éticas.

5.3 Notas sobre a economicidade²⁷⁸ da persecução penal no Estado constitucional e democrático de direito

A economicidade da persecução penal é um tema crucial no contexto do Estado constitucional e democrático de direito, onde a gestão eficiente dos recursos públicos é uma necessidade imperativa. O princípio da economicidade na administração pública estabelece que os recursos arrecadados da população devem ser utilizados de maneira eficaz, maximizando os benefícios ao interesse público. Este princípio não se limita à gestão administrativa, mas também se aplica ao sistema penal, que deve buscar um equilíbrio entre a eficácia na apuração de infrações e a utilização responsável dos recursos públicos. Túlio Bozola e Henrique Pinto (2023) evidenciam, por exemplo, a importância de acordos de não persecução penal na análise econômica do direito. Ressaltam os autores que

A justiça penal no Brasil enfrenta contextos problemáticos, como a superpopulação carcerária, a morosidade processual e o alto custo do Poder Judiciário. Por isso, com o intuito de solucionar o litígio penal sem encarceramento e de forma mais célere e menos custosa, guiada pelos princípios da celeridade e da economicidade, surgiu a justiça penal consensual, também denominada de justiça penal negocial ou justiça premial. Nesse sentido, ao longo dos últimos anos, o debate em torno das soluções negociadas em matéria criminal se reacendeu, tendo como pano de fundo a eficiência do sistema. (Bozola; Pinto, 2023, p. 2130).

Para abordar a economicidade no Direito Penal, especialmente no contexto dos crimes econômicos, é necessário considerar como o Estado pode otimizar seus

²⁷⁸ Fernanda Marinela (2017) refere-se à economicidade como um dos pilares da eficiência da atividade administrativa, ou seja, a economicidade é uma das sustentações do próprio Direito Administrativo. Nas palavras da autora, “A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.” (Marinela, 2017, p. 89). Traslado para o Direito Penal e procedimentos correlatos, a economicidade da persecução penal pode ser abrangente, otimizando recursos em investigações e nos procedimentos judiciais, valorando penas alternativas, multas e recuperação do patrimônio público como formas de satisfazer o interesse público e atender aos ditames do Direito Penal. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018) destaca que a análise da economicidade precisa atender “uma adequada relação custo-benefício” (Pietro, 2018, p. 1009).

recursos para uma aplicação mais eficiente da lei penal. Ao refletir sobre a economicidade no Direito Penal é assente a importância de não apenas voltar à justiça criminal e suas máximas consequências aos casos de relevo, mas também resgatar e ampliar fatos passíveis de solução nos ditames da justiça negocial^{279 280}. Vale a advertência feita por Aury Lopes Junior (2020), ao dispor que “Para acima de qualquer frágil construção de economia processual ou instrumentalidade das formas, está, no processo penal, a garantia constitucional do *due process of law*.” (Lopes Jr., 2020, p. 535). O autor ainda adverte que “Não pode o juiz atropelar, como vimos anteriormente, a dinâmica da dialeticidade do processo, cabendo a ele respeitar o tempo da acusação, da defesa, da prova e da própria maturação do ato decisório.” (Lopes Jr., 2020, p. 609).

A persecução penal envolve um conjunto de procedimentos que demandam recursos significativos do Estado, incluindo a investigação, o julgamento e a execução de penas²⁸¹. No entanto, a alocação desses recursos deve ser feita de

²⁷⁹ Vale ressaltar a observação feita por André Oliveira e Felipe Feitosa (2022) no sentido da necessidade de se ter limites à justiça negociada, devendo atender ao disposto na Lei e, acrescentando-se, aos ditames constitucionais. Assim os autores afirmam que “[...] a justiça penal negociada, apesar de ser tendência crescente no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser entendida como espécie de ‘terra sem lei’, em que tudo é permitido, não há limites para as negociações entre o Ministério Público e o acusado. Muito pelo contrário. O consenso penal detém limites legais que não podem ser ultrapassados. As margens de discricção estão expressamente delimitadas. As possibilidades de barganha são pré-definidas pela legislação penal, de modo a garantir a higidez da negociação e afastar possíveis arbítrios por parte do órgão acusador.” (Oliveira; Feitosa, 2022, p. 115). No mesmo sentido se posiciona Mario Conserva (2019), segundo o qual “[...] a imposição de um acordo pré-processual desincumbido de observância ao exercício da ampla defesa e contraditório ascende ao desvirtuamento da prática com a estrutura basilar do Estado de Direito brasileiro. A alavancagem de sistemas burocráticos que visam à celeridade processual em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo macula a percepção do senso de Justiça e conseqüentemente expõe o Estado Democrático a uma ruptura, ao passo que destina ao aparelho estatal poderes deveras excessivos frente à liberdade individual.” (Conserva, 2019, p. 221).

²⁸⁰ Há críticas, inclusive, sobre o modelo de justiça negociada, especialmente a aproximação de institutos com o famigerado *plea bargaining* norte americano. De acordo com André Oliveira e Felipe Feitosa (2022), é importante reconhecer algumas críticas feitas pela doutrina, particularmente a preocupação de que o modelo consensual brasileiro possa, no futuro, se aproximar do modelo adotado nos Estados Unidos. Embora os acordos penais no Brasil não sejam equivalentes ao *plea bargaining* americano, ambos compartilham uma base comum: uma política criminal que busca reduzir custos e maximizar a eficácia estatal em delitos de menor gravidade. Portanto, é essencial monitorar as mudanças legislativas para evitar uma convergência conceitual que extrapole esses limites, pois tal desenvolvimento não seria desejável para o Direito Penal e Processual Penal brasileiro.

²⁸¹ Vitor Cunha (2020) faz uma observação importante sobre o modelo de persecução penal considerado tradicional, pautado no que o autor denomina de “jurisdição criminal conflitual”. Nas palavras de Cunha (2020), “Por sua gramática especial, pautada pela imperatividade e indiferença

forma criteriosa, levando em consideração a gravidade e o impacto social das infrações. Crimes econômicos, por exemplo, muitas vezes exigem investigações complexas e prolongadas, resultando em elevados custos financeiros. Em muitos casos, os benefícios dessas investigações, em termos de justiça e reparação, podem ser mínimos ou até negativos, quando comparados aos recursos despendidos.

O princípio da economicidade, afamado no âmbito do Direito Administrativo e processos de gestão pública, pode ser uma ferramenta valiosa para orientar a aplicação do Direito Penal de maneira mais racional e eficiente, reservando as sanções mais severas para as infrações que realmente justifiquem sua aplicação. Cabe destacar que o princípio da economicidade, no contexto do direito público, refere-se à necessidade de uma gestão eficiente e racional dos recursos públicos, maximizando os resultados e minimizando os desperdícios. Este princípio pode ser transposto para o Direito Penal, guiando o Estado na alocação de seus recursos investigativos e judiciais para alcançar maior eficácia.

De acordo com Vitor Cunha (2020), o devido processo consensual é uma cláusula de natureza complexa e flexível que qualifica um procedimento como devido ao estruturar práticas de consenso leais. Este modelo busca atender aos objetivos político-criminais de maior rapidez e efetividade na justiça criminal, ao mesmo tempo que mantém a autonomia e a liberdade das partes envolvidas.

Um Estado constitucional e democrático deve, portanto, atuar com economicidade, buscando soluções criativas e alternativas para a apuração de infrações penais e aplicação das respectivas sanções. Isso pode incluir o uso de medidas alternativas à prisão, como acordos de indenização, programas de reabilitação, transações com o órgão de persecução penal, entre outras medidas, especialmente para crimes sem violência ou grave ameaça. Tais abordagens não

à aceitação por parte do acusado, a jurisdição criminal conflitual tradicionalmente demandou uma concepção de devido processo legal que corresponde a sua estrutura de funcionamento. Em outras palavras, a cláusula do devido processo legal, mesmo sendo cláusula aberta cujo conteúdo pode variar em conformidade com a evolução da tradição jurídica e política corrente, vem sendo preenchida consoante as necessidades do modelo conflitual de justiça criminal. Isso significa dizer que, na concepção tradicional, o devido processo mostra-se pouco aberto ao diálogo e avesso a soluções convencionais." (Cunha, 2020, p. 295).

apenas economizam recursos, mas também promovem a efetiva reparação de danos, alinhando-se com ao modelo de justiça consensual²⁸².

Bruno Calabrich (2020) faz uma observação bastante relevante quanto aos acordos de não persecução penal²⁸³, típicos exemplos de negócios jurídicos pré-processuais²⁸⁴ que se amoldam à demanda estatal por economicidade nos procedimentos penais que acabam por gerar resultados promissores. Destaca o autor que:

²⁸² Vitor Cunha (2020) destaca que o modelo de justiça criminal consensual apresenta desafios que não são completamente resolvidos pelo devido processo legal em sua forma tradicional. Isso se deve não à insuficiência do princípio em si, mas às diferenças estruturais entre o modelo tradicional, que é baseado em conflito, e os novos métodos consensuais influenciados por recentes diretrizes político-criminais. Em conformidade com o pensamento de Cunha (2020), é essencial formular um conceito de devido processo penal que se adeque ao contexto consensual, sem substituir o entendimento aplicado no modelo conflitual. O objetivo é estabelecer um referencial para a estruturação do processo no modelo consensual, respeitando os objetivos do sistema penal. Assim, mesmo sem a resistência típica da justiça conflitual, a norma jurídica consensual deve seguir um procedimento adequado.

²⁸³ O acordo de não persecução penal (ANPP) está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal e foi inserido no referido código pela Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”. Dispõe o art. 28-A, quanto às possibilidades básicas do ANPP, que “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.” (Brasil, 1941, livro I, tít. III, art. 28-A).

²⁸⁴ Também figura como exemplo de negócio jurídico pré-processual a transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, voltada às infrações penais de menor potencial ofensivo, sejam as contravenções penais, sejam os crimes cujas penas não ultrapassem dois anos. De acordo com o art. 76 da referida Lei, “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” (Brasil, 1995, cap. III, seq. II, art. 76). A própria suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95 figura como exemplo de efetivação do princípio da economicidade, atendidos seus pressupostos legais, em especial que a pena mínima cominada não seja superior a 1 ano (Brasil, 1995, cap. III, seq. VI, art. 89).

O acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 – a chamada Lei Anticrime –, é certamente uma das inovações mais significativas no sistema processual brasileiro dos últimos anos. O processo penal atual tem se tornado cada vez mais um espaço para a busca de consensos, em vez de um espaço para perenização de conflitos. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, imantados na doutrina tradicional, têm cedido à discricionariedade regrada, substituindo a litigiosidade, pouco a pouco, por soluções negociadas. Essas soluções alternativas prestigiam o papel da vítima no processo penal, concretizam o direito fundamental do réu a um julgamento célere (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e poupam ao Estado tempo e recursos que podem ser despendidos em casos mais graves. (Calabrich, 2020, p. 349-350).

A aplicação do Direito Penal deve ser restrita aos casos mais graves, em conformidade com um dos princípios sobre os quais se assenta este ramo jurídico, qual seja: princípio da *ultima ratio*. Muitas infrações econômicas podem ser tratadas mais eficazmente por meio de sanções administrativas, como multas e proibições de participação em licitações públicas, que, além de menos onerosas, são frequentemente mais rápidas e proporcionam uma reparação mais direta aos danos causados.

A adoção de sanções administrativas permite uma resposta mais ágil e proporcional a infrações econômicas. Estas medidas podem incluir, além de multas, a suspensão de atividades, imposição de programas de compliance obrigatórios²⁸⁵ e a exigência de reestruturação empresarial. Assim, incentivar as empresas a adotarem práticas robustas de compliance e autorregulação pode prevenir a ocorrência de crimes e facilitar a detecção de irregularidades, servindo como um complemento eficaz à atuação estatal.

A otimização dos recursos públicos na persecução penal também implica na priorização das demandas sociais. O Estado deve alocar recursos de forma

²⁸⁵ Ao tratar dos programas de compliance, Renata Mayrink (2020) ressalta que “Os *compliance programs* estão inseridos nos projetos de boa governança corporativa, que são práticas de gestão por meio das quais a organização é dirigida e monitorada visando preservar e otimizar seu valor econômico, além de sua longevidade, recorrendo aos controles preventivos e detectivos no gerenciamento dos riscos. Essa gestão, por intermédio dos programas de cumprimento, evita que ocorram violações ao Direito e demais normas no desenvolvimento da atividade empresarial e, com isso, diminui as chances de que as pessoas jurídicas e seus administradores sejam responsabilizados por violações.” (Mayrink, 2020, p. 32).

equilibrada entre diversas áreas, como educação, saúde, segurança e infraestrutura, garantindo que o sistema penal não consuma desproporcionalmente os recursos que poderiam ser mais eficazmente utilizados em outros setores. Isso requer uma análise criteriosa das prioridades e uma gestão estratégica dos recursos disponíveis, promovendo uma justiça penal mais eficiente.

Além disso, a economicidade na persecução penal implica na necessidade de modernização e inovação nos métodos investigativos e processuais²⁸⁶. O uso de tecnologia, por exemplo, pode reduzir custos e aumentar a eficiência das investigações criminais, permitindo que o Estado alcance resultados mais rápidos e precisos sem desperdiçar recursos. A cooperação internacional e a troca de informações entre agências também podem contribuir para uma gestão mais econômica e eficaz dos casos complexos, como os crimes econômicos transnacionais.

Em suma, a economicidade na persecução penal é essencial para um Estado constitucional e democrático que busca otimizar seus recursos e atender às necessidades da sociedade de maneira justa e eficaz. Isso requer um compromisso com a inovação, a criatividade, responsabilidade na gestão dos recursos públicos e práticas de negociação na persecução penal, garantindo que a justiça penal contribua positivamente para o bem-estar coletivo e a preservação do patrimônio

²⁸⁶ Não descuramos das críticas feitas pelo processualista Aury Lopes Junior (2020) ao modelo de justiça negociada. Para o autor, “A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao ‘melhor’ resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão.” (Lopes Jr., 2020, p. 1239). Vale destacar que o próprio autor, ao tecer as críticas no âmbito do Juizado Especial Criminal, as faz “até para que futuros ajustes venham a ser feitos” (Lopes Jr., 2020, p. 1238). Sobre a lógica negocial, além de afirmar que ela não faz parte do modelo acusatório, afirma Aury Lopes (2020) que “[...] se banalizada, transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Constitui, também, verdadeira expressão do movimento da lei e ordem, na medida em que contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor.” (Lopes Jr., 2020, p. 1238-1239). Porém, pautado na economicidade e voltando-se aos crimes econômicos, entendemos ser possível trabalhar a justiça negociada sob os estritos limites constitucionais como forma de otimizar recursos, melhorar os processos de persecução penal e volver a incidência da norma penal aos casos que fazem sentido a própria existência excepcional do Direito Penal.

público. Ao adotar tais práticas, o Estado não apenas fortalece sua legitimidade, mas também promove a confiança da sociedade em suas instituições.

Desta forma, a aplicação do princípio da economicidade no Direito Penal, especialmente no tratamento de crimes econômicos, oferece uma perspectiva inovadora e necessária para a racionalização do uso dos recursos públicos e para a promoção de uma justiça mais eficaz e equitativa. Ao priorizar sanções administrativas para infrações menos graves e reservar o Direito Penal para os casos de maior impacto, o Estado pode otimizar sua atuação, garantindo que os esforços investidos na aplicação da lei gerem resultados mais significativos e duradouros. Isso não apenas preserva os recursos estatais, mas também contribui para um ambiente econômico mais seguro.

5.4 Direito Penal como *ultima ratio*: a importância da utilização de outros ramos do ordenamento jurídico para o fim de atribuir responsabilidade extrapenal

A utilização do Direito Penal deve ser restrita aos casos absolutamente necessários à salvaguarda dos bens jurídicos mais relevantes, funcionando como a *ultima ratio* de todo o ordenamento jurídico. Em um contexto de proliferação de normas penais e sanções cominadas, é crucial evitar a banalização do Direito Penal, que deve ser reservado para as situações em que outros ramos do direito se revelam insuficientes para tutelar os interesses jurídicos envolvidos.

No âmbito dos crimes econômicos, por exemplo, o Direito Administrativo Sancionador oferece um meio eficaz de controle e punição de infrações administrativas, assegurando a ordem e a disciplina sem recorrer ao aparato do Direito Penal. A responsabilidade civil das empresas por delitos cometidos por funcionários, gestores ou dirigentes possibilita a reparação dos danos causados, obrigando a empresa a reparar o dano e garantindo que eventuais vítimas sejam adequadamente indenizadas.

A economicidade na persecução penal também desempenha um papel crucial ao sugerir a aplicação de medidas alternativas que racionalizam os recursos públicos e evitam a sobrecarga do sistema penal. Essas abordagens demonstram que, em muitos casos, é possível assegurar a justiça e a reparação sem recorrer ao Direito Penal, preservando sua aplicação para os casos em que realmente se justifica. Portanto, é fundamental reconhecer e promover a utilização adequada desses mecanismos que exorbitam a seara penal, valorizando a eficiência e a economia dos recursos do Estado, e reservando o Direito Penal como a última alternativa para a solução de conflitos jurídicos.

Destarte, ao utilizar instrumentos como o Direito Administrativo Sancionador e a responsabilidade civil, é possível alcançar a reparação de maneira eficaz, sem sobrecarregar o Sistema Penal. Essas alternativas permitem uma resposta mais proporcional e adequada, especialmente nos casos em que a busca pelo culpado acaba violando os pressupostos basilares do Direito Penal, reverberando na responsabilidade criminal por presunção.

Além disso, a aplicação de medidas alternativas reflete uma gestão mais eficiente dos recursos públicos, evitando, igualmente, a sobrecarga do Sistema Penal e promovendo a economicidade na persecução das infrações. A valorização de mecanismos extrapenais reforça a ideia de que o Direito Penal deve ser reservado para os casos em que realmente se justifica, preservando sua legitimidade e eficácia. Assim, ao reconhecer a importância de outros ramos do direito na atribuição de responsabilidades, é possível construir um sistema jurídico mais equilibrado, onde o Direito Penal atua como a última instância de proteção dos bens jurídicos.

6 CONCLUSÃO

A presente tese destacou a relevância do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como um limite essencial à imputação penal nos crimes econômicos, com foco especial nos casos que envolvem omissões impróprias atribuídas a dirigentes e gestores de empresas. Em um cenário de expansão crescente do Direito Penal Econômico, impulsionado por uma sociedade marcada pela complexidade e pela globalização, a aplicação de princípios garantidores, como o da intranscendência, mostra-se necessária para evitar distorções punitivas.

O princípio da intranscendência da responsabilidade criminosa, proposto como um gênero que se desdobra em duas espécies — a intranscendência da conduta criminosa e a intranscendência das penas —, revelou-se um escudo necessário para limitar o poder punitivo do Estado. Esse princípio, além de garantir que as penas não ultrapassem a pessoa do agente, atua também como uma barreira contra a imputação de responsabilidade penal a indivíduos que não tenham contribuído diretamente para a prática criminosa. No contexto do Direito Penal Econômico, onde as estruturas empresariais e a multiplicidade de agentes tornam nebulosa a identificação das condutas penalmente relevantes, a intranscendência da responsabilidade criminal impede que dirigentes e gestores sejam responsabilizados apenas por sua posição hierárquica, em frente aos princípios basilares da culpabilidade e da individualização das penas.

A expansão do Direito Penal, especialmente no campo econômico, suscita uma crítica pertinente: o uso crescente desse ramo do direito como ferramenta de resposta a situações que poderiam ser protegidas por outros instrumentos normativos. Tal expansão, muitas vezes motivada pela pressão social e pelo clamor por justiça em tempos de crises econômicas e sociais, impõe um fardo indevido ao sistema penal e compromete a segurança jurídica. A tese defende a necessidade de preservar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, garantindo que ele seja acionado apenas quando os demais ramos do direito — como o Direito Administrativo ou o Direito Civil — se mostrem insuficientes para proteger os bens jurídicos afetados.

Nesse sentido, ao analisar os crimes omissivos impróprios e o concurso de pessoas em contextos empresariais, a pesquisa demonstrou a complexidade da atribuição de responsabilidade penal em tais casos. A distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios, bem como a clara definição da posição de garantidor, é fundamental para evitar uma responsabilização automática e genérica. Não se pode admitir que o simples fato de um indivíduo ocupar uma posição de gestão em uma empresa justifique sua responsabilização penal por atos praticados por seus subordinados, sem que haja provas concretas de sua participação ou omissão dolosa. A pesquisa demonstrou que, ao ignorar os pressupostos dogmáticos da omissão imprópria, corre-se o risco de atribuir responsabilidade penal objetiva, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilização penal objetiva, que prescinde da análise da culpa individual, mostra-se incompatível com o modelo de Direito Penal garantidor defendido pela Constituição Federal. O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal, tal como proposto nesta tese, exige que a sanção penal seja individualizada, consideradas as especificações específicas de cada caso concreto e o grau de culpabilidade de cada agente. A autonomia baseada em presunções ou em critérios puramente objetivos não apenas representa uma violação ao princípio da legalidade, mas também uma afronta ao devido processo legal e aos direitos fundamentais dos acusados.

Além disso, a pesquisa apresentou alternativas à atuação punitiva do Estado, defendendo o fortalecimento de mecanismos extrapenais, como o Direito Administrativo Sancionador e a responsabilidade civil das empresas. Esses instrumentos, quando aplicados de forma adequada, podem ser mais eficazes na resolução de conflitos relacionados a crimes econômicos, evitando o desgaste do sistema penal. Ademais, a adoção de avaliações administrativas e os acessórios de danos civis são soluções mais adequadas em muitos casos, uma vez que promovem a economicidade da justiça e preservam os recursos do sistema penal para casos que realmente exijam sua intervenção.

O princípio da intranscendência da responsabilidade criminal é, portanto, um marco regulatório que limita a sanção penal daqueles que participaram da conduta

criminosa, resguardando os direitos fundamentais e garantindo que o poder punitivo do Estado seja exercido de forma proporcional e criteriosa. No contexto empresarial, esse princípio assume um papel de especial relevância, impedindo que dirigentes e gestores sirvam de bodes expiatórios para a atuação punitiva estatal, especialmente em casos de crimes omissivos impróprios, onde a complexidade das relações hierárquicas pode levar a imputações penais indevidas.

A consideração de alternativas ao Direito Penal e a promoção da economicidade na perseguição penal refletem uma visão mais equilibrada do sistema de justiça, que prioriza a utilização racional e eficiente dos recursos do Estado. O Direito Penal, como o ramo mais severo do ordenamento jurídico, deve ser acionado com parcimônia, e apenas quando outros instrumentos jurídicos se revelarem insuficientes para lidar com a situação em questão.

Em conclusão, esta tese reafirma a importância do princípio da intranscendência da responsabilidade criminal como um pilar fundamental do Direito Penal contemporâneo. Ao limitar a responsabilização penal, este princípio não apenas protege os direitos individuais, mas também assegura a legitimidade do sistema punitivo, evitando abusos e distorções que possam comprometer a correção da justiça penal. Assim, defende-se que o Direito Penal seja utilizado de forma excepcional, preservando sua função de *ultima ratio* e respeitando os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado.

Finalmente, a pesquisa reforça que a adoção desse princípio é essencial para garantir um sistema jurídico mais assertivo e eficiente, que proteja tanto os direitos dos indivíduos quanto os interesses da sociedade, promovendo a aplicação do Direito Penal de forma responsável, proporcional e baseada em fundamentos sólidos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Trabalho original publicado em 1945.
- ALVES, Jamil Chaim. **Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 5. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
- ARAUJO, Valter Shuenquener de; BRANCO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vítor do Nascimento. Transposição de institutos do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Quastio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 02, p. 738-764, 2020.
- AVELAR, Michel Procopio. **Direito Penal: volume único**. Coordenação de Márcio Cavalcante. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo. Editora JusPodivm, 2024.
- BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BAILONE, Matías. O domínio da organização como autoria mediata. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 16. p. 23-44, jan./jun. 2011. Disponível em: file:///D:/Downloads/O_dominio_da_organizacao_como_autoria_me.pdf. Acesso em: 14 dez. 2023.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 5, p. 5-24, jan-mar, 1994.
- BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo. *In*: BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial B e F, 2004, pp. 299-333.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 5. reimp., 2020.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, [1764]/2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. vol. 10. Coordenação: Cláudio Brandão. 2 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

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

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 04 set. 2012. Coluna Direito de Defesa. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 06 mar. 2024

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOZOLA, Túlio Arantes; PINTO, Henrique Alves. O acordo de não persecução penal sob a ótica da análise econômica do direito: impactos no Sistema de Justiça Criminal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 113, p. 26-46, abr./maio 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/5/2023_05_2129_2160.pdf. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BRANDÃO, Cláudio; RODRÍGUES, Victor Trajano. A responsabilização da autoria mediata no âmbito da criminalidade empresarial brasileira a partir da aplicação da teoria do domínio do fato. **Revista Duc In Altum**: Caderno de Direito, v. 14, n. 32, 2022. Disponível em:

<https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2391>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea – vol. 1. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

BRASIL. **I Jornada de Direito Comercial (2013)**. Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Rio de Janeiro: Império do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1969)]. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro. **Diário do Congresso Nacional**: seção 1, Brasília, CF, p. 14, 01 jul. 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Império do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/////LEIS/L6385.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.137%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990.&text=Define%20crimes%20contra%20a%20ordem,consumo%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.** Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8176.htm?origin=instituicao#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.176%2C%20DE%208%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201991.&text=Define%20crimes%20contra%20a%20ordem,Art.. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/%5C_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a

profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); altera as Leis nºs 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 7.913, de 7 de dezembro de 1989, 12.546, de 14 de dezembro 2011, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de julho de 2002, 12.514, de 28 de outubro de 2011, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 4.886, de 9 de dezembro de 1965, 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938; e revoga as Leis nºs 2.145, de 29 de dezembro de 1953, 2.807, de 28 de junho de 1956, 2.815, de 6 de julho de 1956, 3.187, de 28 de junho de 1957, 3.227, de 27 de julho de 1957, 4.557, de 10 de dezembro de 1964, 7.409, de 25 de novembro de 1985, e 7.690, de 15 de dezembro de 1988, os Decretos nºs 13.609, de 21 de outubro de 1943, 20.256, de 20 de dezembro de 1945, e 84.248, de 28 de novembro de 1979, e os Decretos-Lei nºs 1.416, de 25 de agosto de 1975, e 1.427, de 2 de dezembro de 1975, e dispositivos das Leis nºs 2.410, de 29 de janeiro de 1955, 2.698, de 27 de dezembro de 1955, 3.053, de 22 de dezembro de 1956, 5.025, de 10 de junho de 1966, 6.137, de 7 de novembro de 1974, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 9.279, de 14 de maio de 1996, e 9.472, de 16 de julho de 1997, e dos Decretos-Lei nºs 491, de 5 de março de 1969, 666, de 2 de julho de 1969, e 687, de 18 de julho de 1969; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14195.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14478.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. **Ordenações Filipinas (1603).** Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 10 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.977.172.** Paraná. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Diário de Justiça Eletrônico, 20 de setembro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103792243&dt_publicacao=20%2F09%2F2022. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília,

DF: Superior Tribunal de Justiça, 22 de setembro de 1999. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**. Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Ag. Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 186.159**. Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, 03 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754048109>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 80.549**. São Paulo. Relator: Ministro Nelson Jobin. Diário de Justiça Eletrônico, 24 de agosto de 2001. Disponível em: file:///D:/Downloads/HC_80549_SP_1279110863358.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 95.009**. São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. Diário de Justiça Eletrônico, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 341**. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula341/false>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BUENO, Manoel Carlos (org.). **Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII Tábuas, Lei de Talião**. 2. ed. Leme: CL EDIJUR, 2019.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (Org.). **Inovações da Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Inovações no direito penal econômico**: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Lei Penal Econômica e objeto de proteção: o bem jurídico econômico. **Revista Duc In Altum**: Cadernos de Direito, Recife, v. 2, n. 2, jan-dez, 2010. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/152>. Acesso em: 04 mar. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução: Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CARUSO, Tiago. Por que é tão difícil imputar responsabilidade penal nos casos de direito penal econômico? *In*: MARTINELLI, João Paulo, et. al. (coordenadores). **O empresário no banco dos réus responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHARLOW, Robin. **Wilful Ignorance and Criminal Culpability**. Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University, Nova York, 1992.

COELHO, Cecília Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial**. Brasília: ESMPU, 2018. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/inovacoes-no-direito-penal-economico-prevencao-e-repressao-da-criminalidade-empresarial>. Acesso em: 15 jan. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 1: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSERVA, Mario Cesar da Silva. O acordo de não persecução penal e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro: reflexos da Resolução 181.2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Revista Ciências Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 5, n. 3, p. 207-224, outubro de 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/6322/3602>. Acesso em: 15 dez. 2023.

COLEN, Guilherme Coelho. Dolo eventual e requisitos do tipo. **Revista Duc In Altum**: Cadernos de Direito. v. 7, n. 12, p. 173 – 189, mai./ago. 2015. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/31/31>. Acesso em: 7 jan. 2024.

CORREIA, Aline Guelli; PÁDUA, Gabriel Senra e. A (Im) Possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Brasileiro. **Vianna Sapiens**:

Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora, v. 9, n. 1, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/view/353/269>. Acesso em: 05 mar. 2024.

CORRERA, Marcelo Carita. Cegueira deliberada e o Due Process of Law. **Cadernos de Direito Actual**, n. 19, pp. 333–363, 2022. Disponível em: <https://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/853>. Acesso em: 16 mai. 2024.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. *In*: GRECO, Luís; Martins, Antônio (Orgs). **Direito penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. 1 ed. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 133-150.

COSTA, Sandro Luiz da. **Individualização da Pena: da teoria à prática**. Aracaju: Edição do Autor, 2013.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**, v. 5, p. 25–56, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/sobre-la-posicion-de-garante-del-empresario-por-la-no-evitacion-de-delitos-cometidos-por-sus-empleados/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. *In*: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (Org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

ESPÍNDOLA, Maria Beatriz. A autoria pelo domínio da organização no projeto do novo Código Penal e os crimes empresariais. **Revista da ESMESC**, v. 27 (33), 35-63, 2020. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/226>. Acesso em 23 fev. 2023.

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.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. SICA, Ana Paula Zomer, et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Christiano Falk; FRAGOSO, João Pedro Gradim. O empresário e os riscos das “teorias” do direito penal. *In*: MARTINELLI, João Paulo, et. al. (coordenadores). **O empresário no banco dos réus responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 15, n. 60, abr/jun, 2015. Disponível em: <https://revistaaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em: 03 abr. 2024.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 16. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia em la dogmática penal alemana. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**. Fasc. 1-2, Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 05-112, 1997. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46499.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omision impropia e incremento del riesgo em el derecho penal de empresa. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**. V. LIV, Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 05-26, 2001. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909416.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuário de derecho penal y ciencias penales**. T. XL, Fasc. III. Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 579 a 608, 1987. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46309.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. *In*: GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In*: GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o

concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução: Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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

LACERDA, Marina Santana de; FÉLIX, Nayara Pereira; LOBO, Marina Rúbia Mendonça. O Princípio da Pessoa e suas Garantias Constitucionais e Penais. **Revista Fragmentos de Cultura - Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas**, Goiânia, Brasil, v. 23, n. 2, p. 207–217, 2013. Disponível em: <https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/2766>. Acesso em: 27 abr. 2024.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**: volume I Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Primeiras linhas sobre cegueira deliberada na jurisprudência brasileira. *In*: BEZERRA, Ana Letícia Rodrigues da Costa et al. **Temas atuais de Direito Penal Econômico**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral**: lições fundamentais. 8. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

MAYRINK, Renata Pereira. **Responsabilidade penal do compliance officer: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade**. 2020. 106f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em https://bib.pucminas.br/teses/Direito_RenataPereiraMayrink_8217.pdf. Acesso em: 09 mai. 2024.

MENDES, Eloisa Morgana dos Santos; CAMPELO, Raíssa Braga. Legislação Penal de emergência: crise de intervenção mínima do direito penal. **Vertentes do Direito**, v. 5, n. 1, 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/4526/13286>. Acesso em: 17 nov. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Bruno Seligman; PAULI, Cristiane Penning. A denúncia genérica nos delitos societários como óbice à concretização de um processo penal democrático. **REDES - Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 11, n. 3, 2023. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/961>. Acesso em: 19 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. **Autos de Devassa da Inconfidência Mineira**. Coleção Minas de história e cultura. v. 7. Belo Horizonte, 2016. Disponível em <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/21494/7/Autos%20de%20Devassa%20VOLUME%207.pdf>. Acesso em: 26 jan . 2024.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967: tomo V (Arts. 150, § 2º - 156)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MONTEIRO, Taiana Alves. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. **Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 28 nov. 2009. Coluna Nos Tribunais Superiores. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-28/necessario-dolo-especifico-caracterizacao-corrupcao-eleitoral>. Acesso em: 05 mar. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa**. v. 1. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, André Dantas; FEITOSA, Felipe de Sousa Lima. Os limites da justiça consensual no Sistema Jurídico-Penal Brasileiro. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, ano 14, n. 1, jan/jul, 2022. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/207>. Acesso em: 12 dez. 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. 214f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf. Acesso em: 06 jan. 2023.

PEREIRA, Henrique Viana. **Teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1974. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 mai. 2024.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n.º 35/2011**. Processo n.º 206/10. 1.ª Secção. Relator: Conselheiro José Borges Soeiro. Lisboa, 25 de Janeiro

de 2011. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110035.html>. Acesso em: 10 jan. 2024.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Jorge Bheron. **A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva**. 2015. 146f. Dissertação (Mestrado). Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/30211/1/A%20intransmissibilidade%20da%20responsabilidade%20penal.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2024.

ROCHA, Ronan. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 8. Coordenação: Cláudio Brandão. 2 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

ROSA, Thalita Galarce da. **O princípio constitucional da intranscendência desde o período de gestação no sistema prisional feminino**. XII Seminário Nacional: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. II Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Edição 2016. Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14748/3583>. Acesso em: 13 mar. 2024.

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho**: Tradução da sétima edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Instituto Editorial Reus S.A, 1981.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco... (et alii). 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Causalidade da omissão imprópria**. São Paulo: Almedina, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juri, 2008.

SCALCON, Raquel Lima. Problemas Especiais de Autoria e de Participação no Âmbito do Direito Penal Secundário: Exame da Compatibilidade entre “Domínio da Organização” (Organisationsherrschaft) e Criminalidade Corporativa. **Revista de Estudos Criminais**. Ano XII, n. 54, p. 181-210, jul./set., 2014. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC_54_miolo%5B1%5D.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. O direito administrativo sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP), Universidade de São Paulo (USP), v. 7, n. 1, p. 119-138, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/159398/158955>. Acesso em: 13 jan. 2024.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2017). **La expansión del Derecho Penal**. Bogotá: Editorial, Temis, 2017.

SILVA, Altamir Francisco da; CANTARELLI, Margarida de Oliveira; GOMES JUNIOR, Neuler Mendes. A exigibilidade da conduta conforme a norma na estrutura do crime omissivo impróprio. **Revista Duc In Altum**: Cadernos de Direito, Recife, v. 11, n. 24, mai-ago, 2019. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1135>. Acesso em: 05 mar. 2024.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial - A omissão do empresário como crime - Coleção Ciência Criminal Contemporânea**. Vol. 5. 2 reimp. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Direito penal econômico**: Leis Penais Especiais. Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. 5ª reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 4, p. 123-159, jul-dez, 1996.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. **Bem Jurídico-Penal e o Direito Econômico**. Revista Duc In Altum: Caderno de Direito, v. 5, n. 8, jul-dez, 2013. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/70>. Acesso em: 10 dez. 2023.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **El sentido de los principios penales: Su naturaleza y funciones em la argumentación penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte Geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZINI, Júlio César Faria. Direito Penal Econômico e bem jurídico-penal. *In*: LOPES, Luciano Santos; MARTINS, Amanda Jales (Orgs). **Direito Penal Econômico: tendências e perspectivas**. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.