

OMISSÃO IMPRÓPRIA, INÉPCIA DA DENÚNCIA E DIREITO PENAL EMPRESARIAL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

IMPROPER OMISSION OFFENSE, INEPTITUDE OF THE ACCUSATION AND CORPORATE CRIMINAL LAW: CONSIDERATIONS UNDER ARTICLE 41 OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

Matheus Borges Kauss Vellasco¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O delito omissivo impróprio suscita controvérsias no âmbito do Direito Penal há mais de um século, muitas das quais permanecem vivas e sob amplo debate até os dias de hoje. A ascensão do Direito Penal empresarial e a necessidade de lidar com os desafios de adequação da dogmática penal clássica às organizações complexas trouxe a omissão imprópria para um lugar de ainda mais evidência - basta que se observe, como exemplo disso no cenário brasileiro, as denúncias oferecidas em ações penais que tratam de grandes acidentes ambientais, por exemplo. Muito embora se reconheça como correto o movimento de reformulação e adaptação do Direito Penal e Processual Penal à realidade atual, não se pode descuidar da necessidade de observância permanente de princípios estruturantes dessas matérias. É em meio a essa tensão que se desenvolve este artigo, que se debruça sobre aspectos relacionados à inépcia da denúncia nas hipóteses de acusações sobre crimes omissivos impróprios, à luz do artigo 41 do Código de Processo Penal e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-Chave: Omissão Imprópria - Inépcia - Direito Penal Empresarial.

Abstract: The improper omission offense has sparked controversies within Criminal Law for over a century, many of which remain alive and under extensive debate to this day. The rise of Corporate Criminal Law and the need to address the challenges of adapting classical penal doctrine to complex organizations have brought improper omission to an even more prominent place. One need only observe, as an example in the Brazilian scenario, the charges brought in criminal actions dealing with major environmental accidents. While recognizing the correctness of the movement to reformulate and adapt Criminal and Criminal Procedure Law to the current reality, one cannot neglect the need for the permanent observance of the structuring principles of these matters. This article delves into aspects related to the ineptitude of the accusation in cases of charges involving improper omission crimes,

¹ Advogado, graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2018. Especializado em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidade Castilla-La Mancha, Espanha, 2019. Mestre em Direito Penal na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

considering Article 41 of the Code of Criminal Procedure and the constitutional principles of due process and the right to be heard.

Key-Words: Improper Omission - Ineptitude - Corporate Criminal Law

1. INTRODUÇÃO

A omissão imprópria é um tema que provoca agudas controvérsias entre os estudiosos do Direito Penal. Desde as formulações de Feuerbach a respeito da origem do dever de garantia¹, passando pelos aportes dogmáticos oferecidos pelos estudos de Luden, Krug e Glaser², além de Nagler e Kaufmann³, e, mais recentemente, Schünemann⁴ e Gimbernat Ordeig⁵, a doutrina estrangeira, há mais de um século, debruça-se sobre o assunto. No cenário brasileiro, Heleno Cláudio Fragoso, Heitor Costa Júnior, Everardo da Cunha Luna, Alcides Munhoz Netto, entre muitos outros, possuem trabalhos dedicados ao tema⁶. Em obras mais recentes, referenciadas neste artigo, autores como Juarez Tavares, Heloisa Estellita e Pierpaolo Bottini também abordam o assunto com maestria.

Estas e tantas outras obras não deixam dúvidas a respeito da intensidade e relevância dos debates que a omissão imprópria provoca no campo do Direito Penal. No presente trabalho, contudo, pretende-se transferir parte da discussão para o campo do processo penal brasileiro.

O artigo 41 do Código de Processo Penal⁷ nacional dispõe os requisitos mínimos que uma denúncia, peça inaugural de uma ação penal pública, deve preencher para que seja considerada apta a deflagrar um processo criminal. A inobservância de algum dos requisitos lá elencados deve ensejar a rejeição da denúncia em razão da sua inépcia, a teor do que dispõe o artigo 395, inciso I, do mesmo *codex*. Para além dos pressupostos indicados no artigo 41, a denúncia também deve preencher a exigência de justa causa, isto é, deve estar garantida de

¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. *In*. Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, 1997. *Anais* [...]. ADPCP, v. L. 1997, p. 13-19.

² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 32.

³ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006, p. 259.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires: B de F. 2021.

⁶ Confira-se, a propósito, os trabalhos publicados na edição nº 33 da Revista de Direito Penal e Criminologia.

⁷ 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.

indícios mínimos de autoria e materialidade, sob pena de rejeição, nos termos do artigo 395, inciso III, também do CPP.

Os requisitos do artigo 41 são exigíveis independentemente de a denúncia tratar de crimes comissivos ou omissivos. No entanto, a exposição de um fato criminoso oriundo de uma omissão imprópria é, *ceteris paribus*, mais complexa. Isso porque, como será visto adiante, a construção típica de um crime omissivo impróprio apresenta certas peculiaridades que não são verificadas no tipo comissivo.

A norma processual penal, todavia, não faz qualquer flexibilização para denúncias que tratem de crimes omissivos, de sorte que a acusação deverá seguir integralmente o comando legal do art. 41, tal como nos casos de crimes comissivos. Na prática, entretanto, esta descrição pode tornar-se difícil, levando ao oferecimento de denúncias que violem o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Neste trabalho serão expostas algumas dessas potenciais dificuldades, destacando-se especialmente a necessidade de descrição da conduta omitida e da sua relação de causalidade para com o resultado tido como criminoso.

Antes de alcançar o cerne do artigo, far-se-á uma breve exposição a respeito dos pressupostos de tipicidade objetiva do tipo omissivo impróprio, a fim de que, uma vez delineados, explique-se com mais clareza os motivos pelos quais a denúncia deverá descrevê-los de maneira precisa, sob pena de ser acoimada como inepta.

2. PRESSUPOSTOS DE TIPICIDADE OBJETIVA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Heloisa Estellita, reportando-se a Roxin, Mir Puig, Figueiredo Dias e outros autores, elenca da seguinte maneira os pressupostos de tipicidade objetiva do delito omissivo impróprio⁸:

(a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva, e, finalmente, (e), a posição de garantidor.

⁸ 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*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 78.

Essa divisão, além de dominante na doutrina, é acolhida pela jurisprudência brasileira⁹, motivo pelo qual será utilizada como base para os tópicos a seguir.

2.1 SITUAÇÃO TÍPICA DE RISCO

A situação típica de risco é o fenômeno jurídico que torna exigível que o agente atue para evitar a ocorrência do resultado, ou seja, é o que ativa o seu dever de agir¹⁰. A partir da sua verificação, passa-se a exigir que o garantidor pratique uma específica ação para impedir um determinado resultado.

Será constatada a situação típica no momento em que surgir o perigo de ocorrência do resultado típico, perigo esse que se concretizará caso não haja uma interferência¹¹. Por esse motivo, trata-se de situação que *exige* a intervenção do sujeito¹², na qual o bem jurídico se encontra em desamparo ou em grave e iminente perigo¹³. A construção doutrinária sobre a situação típica de risco vem sendo acolhida pelos Tribunais brasileiros. É o que se extrai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando exigiu (entre outros requisitos) a descrição da “situação de risco enfrentada pelo ofendido”¹⁴ para uma imputação por homicídio doloso praticado por omissão imprópria.¹⁵

⁹ A título de exemplo: RHC n. 46.823/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/4/2016, DJe de 15/4/2016.

¹⁰ ESTELLITA, op. cit., p. 240; SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

¹¹ ESTELLITA, op. cit., p. 240; MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. 7. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 707.

¹² ROXIN, *Derecho penal – Parte general*. Especiales formas de aparición del delito, 2014. tomo II. p. 814.

¹³ TAVARES, op. cit., p. 354.

¹⁴ RHC 46.823/MT, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016. No mesmo sentido: HC 94.543/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2009, DJe 13/10/2009.

¹⁵ Convergindo com este entendimento, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em julgado relacionado a um Habeas Corpus impetrado no bojo da ação penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822, que julga os fatos relacionados ao rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/MG, ocorrido em 5 de novembro de 2015, entendeu que “[O] dever de garantia nos crimes omissivos impróprios somente surge com a identificação objetiva e precisa da situação de risco ou perigo efetivos ao bem jurídico protegido, a ser apontados em termos de tempo e circunstâncias, com a indicação do momento em que a providência deveria ser adotada para impedir o resultado, no caso, o rompimento da barragem.”

2.2 A OMISSÃO DE UMA CONDUTA DETERMINADA E EXIGIDA DE EVITAÇÃO DO RESULTADO APESAR DA CAPACIDADE FÍSICO-REAL DE REALIZAR O COMPORTAMENTO

A respeito deste pressuposto, uma premissa inicial deve ser estabelecida. Nas palavras de Franz Von Liszt, “[O]missão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e *esperada*. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma coisa*, e, na verdade, o que era esperado”¹⁶.

Isto é, o comportamento omissivo jamais se caracteriza por uma mera inação, adquirindo relevância penal apenas quando conjugado com uma exigência de realização de uma determinada ação. Não se trata, assim, de um não agir genérico, mas sim de uma omissão em relação à específica conduta que era esperada. Apoiando-nos na doutrina de Kaufmann e diversos outros autores, pode-se fixar a seguinte assertiva: omitir significa negar uma atuação em uma determinada direção, negar uma ação concreta.¹⁷

Por conseguinte, a caracterização do crime omissivo impróprio depende, necessariamente, da precisa identificação da ação concreta que foi omitida pelo sujeito, uma vez que esta ação é parte indissociável da sua estrutura típica. Tamanha é a relevância desta identificação que, sem ela, tornam-se inviáveis as aferições da capacidade de ação, de causalidade¹⁸ e de imputação objetiva no caso concreto, o que será visto com mais detalhes adiante.

Prosseguindo, no que toca à capacidade do sujeito de realizar a ação mandada, é consectário lógico que não haverá crime omissivo nas hipóteses em que não for possível praticá-la no caso concreto. A exigência dessa capacidade de ação é expressamente prevista no artigo

¹⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. e com.: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. Tomo 1. p. 208. Igualmente: MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*, 1958. p. 121.

¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006, p. 45-46. Igualmente nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro n. 33, p. 41-47, jan./jun., 1982. p. 44. Também Juarez Cirino assevera que “[...] omitir uma ação não significa, simplesmente, não fazer nada, mas não fazer *algo determinado* pelo direito” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: Parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 190). É por causa disso que a omissão, no âmbito do Direito Penal, não é concebida apenas sob um enfoque ôntico, mas também axiológico, na medida em que o “não agir” tem sempre uma vinculação com um dever específico de ação (TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 125-157, jul./set. 1996. p. 5.

¹⁸ ESTELLITA, op. cit., p. 253.

13, § 2.º do Código Penal brasileiro¹⁹, levando-se em conta que o dispositivo legal indica que a omissão será relevante quando o agente “devia e *podia*” agir para evitar o resultado. Assim, há um consenso de que o ordenamento jurídico não pode obrigar que alguém desempenhe uma conduta aquém da sua capacidade²⁰.

A aferição desta capacidade deve levar em conta as características pessoais do agente e as circunstâncias do caso concreto, não havendo que se falar em um parâmetro geral de capacidade. Trata-se, portanto, de um exame quanto às capacidades individuais do sujeito²¹. Por outro lado, há algumas divergências a respeito do que a análise de capacidade abrange, uma vez que, para além da capacidade física, a aferição quanto à capacidade intelectual e jurídica de ação, especialmente no cenário dos crimes empresariais, também possui grande relevância²².

Ao final, pode-se sintetizar o seguinte: o pressuposto de tipicidade objetiva tratado neste tópico é contemplado quando o sujeito omite uma específica ação no caso concreto, apesar da capacidade de realizá-la. Por conseguinte, sem a identificação precisa da conduta que foi omitida e sem a aferição da capacidade do garantidor para realizá-la, revela-se inviável a responsabilização penal por crime omissivo impróprio.

2.3 CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O crime é composto por uma conduta voluntária e um resultado jurídico. Entre ambos, deve existir uma relação de causa e efeito, um elo que os conecte²³. A conduta é o primeiro termo dessa relação, apresentando-se como elemento causante; o resultado jurídico é um segundo componente, que se apresenta como o que é causado. O nexos causal, enfim, é o termo que une antecedente e consequente, os conectando por meio de uma relação de causa e

¹⁹ BRASIL, *Código penal*, 2017. p. 14.

²⁰ TAVARES, *Teoria dos Crimes omissivos*, p. 351. No mesmo sentido: KAUFMANN, op. cit., p. 48; SILVESTRONI, op. cit., p. 363. Marcelo Ruivo assevera, ainda, que, sob o prisma da eficácia jurídica, a exigência jurídica de algo que não pode ser cumprido é absolutamente sem sentido. Essa assertiva se fundamenta a partir da ideia de que, se a conduta é impossível ao sujeito, não haverá liberdade de escolha para a observância ou não do dever exigido, tornando-o, portanto, um dever inócuo, irrelevante (RUIVO, Marcelo Almeida. *Tratamento médico e conflito de deveres de salvamento: ciências criminais e covid-19*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 179-181). Kindhäuser analisa a questão da capacidade de ação sob a lente do princípio da culpabilidade, apontando que deriva deste princípio a assertiva de que o sujeito somente pode ser responsabilizado no âmbito criminal quando, enquanto cidadão fiel ao Direito, poderia e deveria ter evitado o comportamento delitivo. KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. *Anais [...]*. ADPCP, v. LIX, 2006. p. 63.

²¹ ESTELLITA, op. cit., p. 247.

²² Por não se tratar de questão relacionada ao cerne deste artigo, deixa-se de tecer maiores considerações sobre o tema. Remetemo-nos às obras de Juarez Tavares (TAVARES, op. cit., p. 353.) e Heloisa Estellita (ESTELLITA, op. cit., p. 246.) caso o leitor queira aprofundar-se no assunto.

²³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004. p. 11.

consequência²⁴. Assim, uma vez constatado um resultado penalmente relevante, o problema da causalidade surge na aferição da existência de uma relação de causa e efeito deste resultado com o comportamento anterior do suposto autor²⁵, ou seja, na aferição do nexu causal.

No âmbito dos delitos omissivos, ressalvada opinião minoritária²⁶ que defende a existência de uma relação naturalística de causalidade entre comportamento e resultado, não mais se fala em um nexu causal, mas sim em um nexu de não impedimento ou não evitação do resultado.

Aplica-se, assim, uma fórmula adaptada da teoria da *conditio sine qua non*. O entendimento é de que há, entre omissão e resultado, um nexu lógico²⁷, normativo²⁸ ou de não impedimento²⁹. Malgrado haja variação terminológica, em resumo quer-se apontar a causalidade a partir da seguinte assertiva: apresenta-se como condição causal de um resultado a não realização de uma determinada ação que o teria evitado³⁰.

Ao invés de se considerar que a omissão efetivamente *causa* o resultado, constrói-se o raciocínio de que o omitente *não impede* (ou, melhor ainda, não age para impedir) o desenvolvimento de uma causa que desembocará no resultado³¹. Como existe uma norma que

²⁴ Idem, ibidem, p.11.

²⁵ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, 1978. v. 1. tomo II, p.57.

²⁶ Luís Greco é um dos autores que partilha desta opinião. GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução: Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 19. Apesar de atualmente minoritária, no início do século passado a doutrina brasileira possuía nomes de prestígio – Costa e Silva, Tobias Barreto, Frederico Marques –, dentre outros, que reconheciam uma causalidade naturalística na omissão (FRAGOSO, op. cit., p. 42-43). Na doutrina estrangeira, segundo mencionado por Roxin, autores como Engisch, Puppe e Hilgendorf compartilham desse posicionamento (ROXIN, op. cit., p. 767).

²⁷ HUNGRIA; FRAGOSO, op. cit., p.65.

²⁸ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 220.

²⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 205.

³⁰ Nesse sentido, além dos autores citados nas três notas de rodapé anteriores: BATISTA; ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA. *Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito*, 2018, v. 2. tomo I. p. 177. Na literatura estrangeira, reconhecem a dominância da teoria da inevitabilidade GIMBERNAT ORDEIG, para quem “[...] *en lo que existe amplio acuerdo es en afirmar que el resultado únicamente se le puede imputar al omitente cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado*” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*. In: *Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales*, 2013. *Anais* [...]. ADPCP, v. LXVI, 2000. p. 33-132. p. 48, grifos nossos); e GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Comisión por omisión*. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Memento práctico*. Penal económico y de la empresa. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2012. p. 58.

³¹ COSTA JÚNIOR, op. cit, p. 159. Paulo José da Costa Júnior, ao desenvolver esta ideia, ainda traz a seguinte contribuição: “O causar é conceitualmente diverso do não impedir. Como, entretanto, o legislador não fala a linguagem da crítica do conhecimento, e sim aquela da vida prática, pode promover a omissão à categoria causal”. Trata-se de importante contribuição doutrinária pois, de um lado, não se abandona o rigor científico do que o autor considera como causa – um princípio ativo do efeito, que, por ser ativo, não se coadunaria com a

inaugurou a obrigação jurídica de agir para impedimento do resultado, a omissão em relação a esta obrigação passa a ser uma condição juridicamente relevante para o resultado. Com isso, desloca-se para o centro de análise da causalidade omissiva não uma mera inatividade, mas sim a ação *concreta* esperada do agente em razão da norma jurídica que o transforma em garantidor³².

Um ponto de grande divergência diz respeito ao grau de probabilidade de êxito da ação omitida no que tange à evitação do resultado. Aqui reside o conflito entre as teorias da diminuição dos riscos e da evitabilidade³³. A primeira teoria estabelece que a mera possibilidade de impedimento do resultado com a prática da ação mandada é suficiente para que se estabeleça um nexo de evitação entre ambos (omissão e resultado); já para a segunda teoria, é necessário que se vislumbre uma probabilidade de evitação em limites próximos à certeza.

Os impasses entre as duas teorias abrangem questões dogmáticas, legislativas e político-criminais que não guardam relação direta com o objeto deste artigo, motivo pelo qual não serão abordados³⁴. Convém apenas destacar que, independentemente de qual teoria se acolha, fato é que a aplicação de ambas depende, necessariamente, da identificação prévia da conduta que deveria ter sido praticada, pois é esta conduta que será objeto do exame hipotético de evitabilidade ou não do resultado.

omissão -, mas, de outro norte, também encontra um caminho que seja compatível com o disposto no art. 13 *caput* do Código Penal, o qual dispõe sobre a omissão como possível causa de um resultado. Assim, o autor não considera que a omissão efetivamente cause o resultado, mas equipara a sua causação ao fato de que, ao não agir para impedir o resultado, o omitente “permite” que a causa opere no caso concreto; ou seja, apesar de não “causar” o resultado, a omissão poderia condicioná-lo, sendo certo que esta condição, como dito, é elevada ao conceito de causa pelo legislador (COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 162). Esta ideia soa correta e converge com as concepções aqui trabalhadas, especialmente quando se pensa na relação da omissão com o resultado a partir de um nexo de evitabilidade, trazendo a ação omitida para o centro da análise do nexo causal e examinando a sua possibilidade ou não de evitação do resultado. Este ponto será aprofundado no tópico subsequente.

³² TAVARES, op. cit., p. 367. No mesmo sentido caminha Kaufmann, para quem, todavia, existe apenas uma causalidade potencial (KAUFMANN, op. cit, p. 79).

³³ Muito embora as duas teorias geralmente sejam trabalhadas pela doutrina enquanto teorias da causalidade, nos parece que os parâmetros em disputa por ambas pertencem ao momento de análise da imputação objetiva, o qual deve ser feito em momento posterior ao exame de causalidade.

³⁴ Remetemos o leitor para outro trabalho no qual houve a oportunidade de abordar estas questões de maneira detida (VELLASCO, Matheus Borges Kauss. Crimes omissivos impróprios e dolo eventual. 2023. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023).

Por fim, a teor dos parâmetros balizados por Roxin na sua variante da teoria da imputação objetiva, acrescenta-se que o comportamento omissivo deverá implicar na (i) criação (ou incremento) e (ii) realização de um risco não permitido (iii) dentro do alcance do tipo³⁵.

2.4 POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A figura de garantidor é parte integrante do tipo objetivo do crime omissivo impróprio. Em síntese, trata-se de posição atribuída ao sujeito que possui um dever especial de ação direcionado à evitação de um determinado resultado. No ordenamento jurídico brasileiro, as fontes destes deveres encontram-se elencadas no art. 13, §2º, do Código Penal. Segundo este dispositivo legal, o dever de garantia pode ser oponível àquele que (i) tenha uma obrigação de vigilância, cuidado ou proteção imposta por lei, (ii) tenha, de outra forma, assumido a responsabilidade de impedir um resultado, ou, ainda, (iii) tenha, com sua conduta prévia, criado um risco de ocorrência do resultado³⁶.

Para além da previsão legal, filiamo-nos aos posicionamentos que demandam a existência de um fundamento material da posição de garantidor. Ou seja, não basta o mero preenchimento formal de uma ou mais circunstâncias previstas no art. 13, §2º, mas é igualmente necessário que o sujeito, também sob uma perspectiva material, possua uma relação especial de proteção ou vigilância³⁷ com o bem jurídico. Para nós, o critério material decisivo para a configuração da relação de garantia é o domínio sob o fundamento do resultado, nos termos da teoria defendida por Schünemann³⁸.

A definição de critérios materiais, bem como a extensão e conteúdo dos deveres de garantidor, trazem consigo algumas problemáticas. No entanto, tal como nos tópicos anteriores, não nos aprofundaremos nestas questões. Para os fins pretendidos neste artigo, é importante apenas assentar que, como parte integrante do tipo objetivo do delito omissivo impróprio, a posição de garantia deve estar devidamente delineada no caso concreto, sendo descrita com todas as suas especificidades pela denúncia.

³⁵ ROXIN, *A teoria da Imputação Objetiva*, 2002. p. 13. Também: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais*, 2019. p. 202.

³⁶ Como bem ressalta Artur Gueiros, as três alíneas em questão compõem a tríade “lei, contrato e ingerência” que se firmou na doutrina e nas leis penais de um modo geral. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre os delitos omissivos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 2, 2006, p. 83)

³⁷ Essa classificação tem origem na chamada “Teoria das Funções”, desenvolvida por Armin Kaufmann. (KAUFMANN, op. cit., p. 290). Trata-se de classificação que possui ampla aceitação na doutrina nacional e estrangeira.

³⁸ SCHÜNEMANN, op. cit., p. 282

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ACUSAÇÃO POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO

Nos crimes processados mediante ação penal pública incondicionada, a denúncia constitui a peça inicial da acusação. Para que seja apta a deflagrar uma ação penal, a denúncia deve narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, bem como deve estar acompanhada de indícios mínimos de autoria e materialidade. A ausência desses tais indícios mínimos implica na carência de justa causa; a deficiência narrativa enseja a inépcia da denúncia. Estas são duas das hipóteses de rejeição da denúncia que constam no Código de Processo Penal brasileiro, previstas, respectivamente, nos incisos III e I do art. 395.

Para este trabalho, nos interessa especialmente a hipótese de inépcia da denúncia. O artigo 41 do Código de Processo Penal disciplina os requisitos mínimos que devem ser preenchidos pela inicial acusatória, destacando-se, aqui, a necessidade de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. *A contrario sensu*, a denúncia que prescinde desse elemento é inapta a deflagrar uma ação penal, devendo ser rejeitada em razão da sua inépcia.

A necessidade da devida descrição do fato imputado se justifica primordialmente em razão dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque uma descrição deficiente pode impedir a devida compreensão do que está sendo efetivamente imputado ao réu, o que, por conseguinte, inviabiliza o exercício da sua defesa jurídica³⁹. Se não se entende a acusação, muito menos pode-se defender dela⁴⁰.

Ou seja, a exigência do art. 41 do Código de Processo Penal não é meramente formal. Ao revés, representa a garantia de que toda acusação criminal deverá descrever os delitos que atribui ao réu de maneira clara e completa, ou, nos próprios dizeres da lei, “*com todas as suas circunstâncias*”, de modo a possibilitar o concreto exercício das prerrogativas de defesa.

Esta exigência, que se dá tanto nas hipóteses de crimes comissivos como omissivos, pode se tornar mais complexa quando o delito denunciado for omissivo impróprio, haja vista as particularidades que sua estrutura típica possui. Dessa forma, para além das circunstâncias

³⁹ *A contrario sensu*, a defesa somente poderá ser exercida de maneira plena caso o acusado compreenda a acusação por completo (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 22ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 176).

⁴⁰ Como bem observado na obra de José Frederico Marques, “a acusação, em última análise, constitui o próprio objeto do processo, além de ser sua mola propulsora e a *ratio essendi* de sua instauração” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 1997, p. 151). Daí a importância de que esteja exposta de maneira suficientemente clara, pois, caso contrário, toda a essência do processo está comprometida.

“ordinárias” que a denúncia deve narrar, a acusação também deverá descrever (i) as circunstâncias que caracterizam o sujeito como garantidor, (ii) a ação que deveria ter sido praticada e (iii) a potencialidade de evitação do resultado típico a partir da prática daquela ação. A não descrição de qualquer um desses elementos deve levar ao reconhecimento da inépcia da denúncia.

Vejam, em detalhes, cada um deles.

3.1 NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE CARACTERIZAM O AGENTE COMO GARANTIDOR

No capítulo anterior, foram analisados, brevemente, os pressupostos de tipicidade do tipo omissivo impróprio. Desta análise, chegou-se a algumas premissas, importando a este tópico, especialmente, a premissa de que o comportamento omissivo somente adquire relevância penal quando conjugado com uma obrigação de agir, a qual, no caso concreto, impõe ao sujeito o dever de praticar uma específica conduta para evitar um determinado resultado.

Nesse âmbito, o dever de garantidor pode ser analisado sob duas perspectivas. A primeira, genérica, que diz respeito ao dever jurídico de proteção, cuidado ou vigilância; a segunda, concreta, que se refere à específica ação que se torna exigível ao garantidor no caso concreto.

Ilustrando: o pai, em relação ao filho pequeno, tem deveres relacionados, por exemplo, ao resguardo da sua integridade física e, em última análise, da sua vida (perspectiva genérica). Na hipótese concreta de o filho, que não sabe nadar, sem querer cair em uma piscina profunda, ao pai é exigível uma específica ação de salvamento, como, por exemplo, atirar-se na piscina e retirar o filho de lá (perspectiva concreta).

Para que uma acusação por crime omissivo impróprio esteja em harmonia com a legislação processual penal brasileira, deve-se descrever todas as circunstâncias que fundamentam a existência da posição de garantidor ainda em uma perspectiva genérica, e, posteriormente, a específica ação que seria exigível no caso concreto.

Assim, no que tange à caracterização da posição de garantidor, a acusação deverá esclarecer, de plano, qual é a hipótese legal de garantia presente no caso concreto, isto é, se se trata de dever de agir oriundo (a) de uma obrigação legal, (b) de assunção da responsabilidade de impedir o resultado ou (c) de ingerência, a teor das alíneas previstas no artigo 13, §2º, do Código Penal.

Em relação à hipótese da alínea “a”, que trata de um dever derivado da lei, a acusação deverá narrar especificamente qual é o diploma legal que impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, sendo insuficiente a mera alusão a uma genérica “obrigação legal”. Ainda, a menção a decretos, regulamentos, resoluções ou instruções normativas não satisfaz a exigência legal, uma vez que constituiria uma interpretação extensiva em prejuízo do réu⁴¹.

No que toca à alínea “b”, a narrativa acusatória deve indicar, inicialmente, a forma pela qual houve a assunção de responsabilidade para impedimento do resultado. Comumente são apontadas pela doutrina a assunção por meio de contrato, promessa ou pela assunção de uma responsabilidade específica no caso concreto⁴².

Não é suficiente, entretanto, a simples indicação de uma dessas hipóteses, sendo necessária a descrição da relação material oriunda da assunção de responsabilidade. Na hipótese de um contrato, por exemplo, não basta que se aponte a violação de uma cláusula contratual, uma vez que a mera violação de um dever formal não é suficiente para, por si só, fundamentar a responsabilização penal⁴³. Dessa forma, considerando que o contrato somente servirá como fonte do dever de garantia quando a relação contratual representar uma obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância⁴⁴, a acusação deverá narrar de maneira pormenorizada os efeitos materiais que o contrato (ou a promessa, ou outra forma de assunção, a depender do fato em análise) gerou no caso concreto, demonstrando os fundamentos que caracterizam uma relação de garantia.

Por fim, no que tange à alínea “c”, que trata da ingerência, existem algumas controvérsias, notadamente a respeito da (des)necessidade de o atuar prévio do agente ser contrário ao direito e da relação de causalidade desse atuar com o resultado.

Considerando a posição majoritária da doutrina⁴⁵, com a qual estamos alinhados, a ingerência depende, necessariamente, de um atuar prévio contrário ao Direito, de sorte que a acusação deverá descrever não só o comportamento anterior que criou o risco de ocorrência do

⁴¹ TAVARES, op. cit, p. 320.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 324.

⁴³ RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016, p. 87

⁴⁴ BATISTA *et al.*, op. cit, p. 362

⁴⁵ Nesse sentido: TAVARES, op. cit, p. 333; ESTELLITA, op. cit., p. 102; BATISTA *et al.*, op. cit, p. 364-365. Em sentido contrário, destaca-se o posicionamento de Jakobs (JAKOBS, Gunther. *Acción y omisión en derecho penal*. Traducción: Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera. *In: Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 23. Colombia, 2000 p. 16-18).

resultado, mas também as circunstâncias que o tornariam ilícito. Para além disso, a denúncia deve descrever a relação causal entre esse atuar prévio e a concretização do risco, uma vez que, na hipótese de o resultado típico advir de um curso causal superveniente relativamente independente do atuar prévio, dever-se-á excluir a imputação⁴⁶.

Enfim, são essas as três hipóteses previstas na legislação penal brasileira aptas a inaugurar, ao menos sob uma perspectiva formal, o dever de garantidor. Uma acusação que impute um delito omissivo impróprio deverá, necessariamente, contemplar a descrição das circunstâncias que fundamentam ao menos uma dessas hipóteses, sob pena de incorrer no vício de inépcia em razão da deficiência narrativa quanto a uma das elementares do tipo penal.

3.2 NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DA ESPECÍFICA CONDUTA QUE FOI OMITIDA NO CASO CONCRETO

A descrição do dever de garantia, apesar de imprescindível, não é, *per se*, suficiente para garantir a regularidade de uma peça acusatória. Isto porque a imputação genérica de um comportamento omissivo não satisfaz os requisitos do art. 41 do Código Processo Penal. Não basta que a denúncia narre que alguém, na qualidade de garantidor, simplesmente “*deixou de agir*” para evitar o resultado; é preciso, ainda, que se diga qual era a específica ação que deveria ter sido praticada pelo agente garantidor. A exigência dessa descrição decorre de questões afetas não só ao Direito Penal material, como visto no tópico 1.2 deste artigo⁴⁷, mas também ao Direito Processual Penal. É da perspectiva processual que nos ocuparemos neste tópico.

Como visto inicialmente, os requisitos formais exigidos de uma denúncia criminal não são mero capricho do legislador, mas representam, indubitavelmente, uma das garantias de observância dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. A denúncia é a peça que informa ao cidadão do que ele está sendo acusado, de sorte que deve ser suficientemente clara e objetiva, uma vez que, sem a compreensão integral do conteúdo da acusação, não se pode exercer uma defesa ampla e técnica. Quando se trata de acusações de crimes omissivos impróprios, a descrição da específica ação que foi omitida pelo sujeito é um alicerce fundamental para a denúncia, sendo certo que a sua ausência deve ensejar, de plano, o

⁴⁶ BATISTA *et al.*, op. cit., p. 365. Igualmente: TAVARES, op. cit., p. 334.

⁴⁷ Viu-se que omissão não é um mero “não fazer”, mas sim a falta de realização de uma determinada ação, uma não atuação em uma direção específica. Assim, a ação omitida é parte integrante do tipo objetivo, sendo este mais um motivo pelo qual sua descrição é imprescindível.

reconhecimento da inépcia acusatória. Isso porque, para além de deixar de narrar uma circunstância que compõe o tipo objetivo do crime omissivo impróprio - o que, *per se*, já enseja uma desobediência ao comando legal do art. 41 do CPP -, torna inviável o exercício da defesa no processo.

Justifica-se essa afirmativa com base em três premissas: (i) sem a especificação da conduta que foi omitida, é juridicamente inviável identificar se o agente teria a capacidade de praticá-la no caso concreto; (ii) a não identificação da conduta omitida prejudica o exame de causalidade e imputação objetiva, haja vista que, sem saber qual foi a ação omitida, não se poderá nem mesmo examinar a potencial evitabilidade do resultado; (iii) a falta de indicação da conduta omitida impede que se infira se a tal conduta estaria abrangida pelo feixe de deveres exigíveis daquele agente garantidor naquele caso concreto, contribuindo para uma possível responsabilização penal objetiva.

Observe-se como cada uma dessas premissas comunica-se diretamente com o exercício da ampla defesa no processo penal. Em relação à *primeira*, constata-se que fica prejudicada qualquer argumentação a respeito de possível incapacidade do garantidor, física ou intelectual, para atender ao comando normativo, pois, se não se sabe qual era a ação exigida, tampouco pode-se examinar a capacidade para sua realização; em relação à *segunda*, transfere-se à defesa o ônus de provar que nenhuma ação do acusado seria suficiente para evitar o resultado, o que viola não só a regra de distribuição do ônus da prova no processo penal, mas ainda impõe à defesa a realização de uma prova impossível⁴⁸, pois não se pode mensurar todos os cenários hipotéticos que poderiam ter se concretizado com um comportamento diferente do sujeito; por fim, no que tange à *terceira*, torna-se inviável demonstrar que a(s) hipotética(s) conduta(s) que poderia(m) salvaguardar o bem jurídico não estaria(m) abrangida(s) pelos deveres do garantidor naquele caso concreto.

Ou seja, a denúncia que se propõe a imputar um crime omissivo impróprio mas não apresenta descrição da específica conduta que foi omitida pelo sujeito no caso concreto deve ser reconhecida como inepta, o que se verifica tanto em uma perspectiva formal, já que deixa de cumprir o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal ao não expor o suposto delito com todas as suas circunstâncias, bem como sob uma perspectiva material, haja vista que

⁴⁸ A respeito da relação entre uma denúncia imprecisa e provas diabólicas: MAIA LÓSSO, D.; DANILLO TAVARES LOBATO, J. Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. . Revista Científica do CPJM, [S. l.], v. 2, n. 06, p. 140–166, 2023, p. 152.

acarreta grave prejuízo ao exercício da ampla defesa no processo, tolhendo o acusado de possíveis teses defensivas.

3.3 NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DO POTENCIAL DE EVITAÇÃO DO RESULTADO POR MEIO DA PRÁTICA DA CONDUTA OMITIDA

Para além da descrição da conduta omitida, a peça acusatória deve apontar de que modo a conduta se relaciona com o resultado, isto é, deve-se descrever o elo de causalidade que há entre o comportamento do sujeito e o resultado apontado como criminoso. A descrição do nexo de causalidade entre conduta e resultado naturalmente não é exclusividade do crime omissivo impróprio; no entanto, diferentemente do que ocorre nos crimes comissivos, a relação causal do comportamento omissivo é representada por um juízo de evitabilidade do resultado caso a ação omitida tivesse sido praticada.

No tópico 1.3, viu-se que há uma disputa entre as teorias da evitabilidade e da diminuição dos riscos a respeito do grau de probabilidade de evitação do resultado. Esta celeuma não será abordada neste breve trabalho, pois as questões processuais tratadas neste tópico não dependem de uma escolha entre as teorias.

Para o que se pretende neste artigo, basta assentar a seguinte premissa: considerando que a potencial evitabilidade do resultado integra o tipo objetivo da omissão imprópria, a acusação deverá descrevê-la com todas as suas circunstâncias, sob pena de ser considerada inepta. Isto significa que não só a conduta omitida deverá ser identificada e descrita, mas também deve-se narrar de que forma a sua hipotética prática, no caso concreto, teria contribuído para a evitação do resultado.

Sob o prisma da ampla defesa e do contraditório, esta exigência se justifica para que a defesa possa, por exemplo, postular a improcedência da tese de causalidade suscitada pela acusação. A falta desta descrição poderá implicar em uma ilegal inversão do ônus da prova, contrariando o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Explica-se: ao não descrever a forma pela qual a ação omitida teria contribuído para a evitação do resultado, impõe-se à defesa o ônus de provar que em nenhum dos hipotéticos cursos causais que poderiam ocorrer com a prática da ação omitida o resultado típico teria sido evitado (seja uma mera possibilidade de evitação, seja uma probabilidade próxima à certeza, a depender da teoria adotada). Em termos práticos, trata-se de ônus absolutamente incompatível com os princípios que estruturam o processo penal brasileiro.

Para além disso, a descrição da relação de inevitabilidade também é imprescindível pois é somente com ela que o sujeito poderá compreender de que maneira o seu (suposto) comportamento está relacionado com o resultado criminoso que lhe é atribuído. A ausência dessa descrição transforma a acusação na imputação de um resultado cuja correlação com o comportamento do indivíduo não está explicada, de modo que, dessa forma, falha na indicação do elo objetivo que conecta o comportamento (como elemento antecedente) ao resultado (como consequente).⁴⁹ Em outras palavras, significa dizer que o sujeito deverá defender-se da acusação de um crime sem saber de que maneira o seu comportamento teria dado azo ao resultado alegadamente criminoso, o que, evidentemente, revela-se descabido.

Imagine-se a seguinte situação hipotética: uma empresa do ramo de construção civil decide dar início à obra de um prédio comercial em uma determinada região. Durante a fase de construção, um problema técnico ocorre, sendo apresentadas duas soluções: uma, mais barata, que consistia apenas na realização de um pequeno reparo; outra, mais cara, que consistia na realização de uma obra de reforço, para além do pequeno reparo. O engenheiro responsável pela construção, entendendo que o pequeno reparo, *per se*, seria suficiente para seguir com a construção do empreendimento de maneira segura, opta pela primeira opção, deixando de fazer a obra de reforço. Após um ano de obras, parte do empreendimento desmorona e um dos trabalhadores falece em razão do incidente. O episódio dá ensejo à instauração de um inquérito policial, no qual é realizada uma perícia técnica. Os peritos narram todo o histórico construtivo do empreendimento, destacando a ocorrência do problema técnico supramencionado, salientando, enfaticamente, que o engenheiro responsável optou por não realizar a obra de reforço para solucionar o tal problema. No entanto, não se afirma no laudo se a construção do reforço teria contribuído para evitar ou diminuir as chances de ocorrência do resultado; tampouco se chega a uma conclusão científica definitiva sobre a causa do desabamento.

Diante desse cenário hipotético, imagine-se que o Ministério Público ofereça uma denúncia em face do engenheiro, imputando-lhe o crime previsto no artigo 256 c/c 258, ambos do Código Penal, sob a premissa de que o engenheiro, “enquanto responsável pela obra, tinha o dever de zelar pela segurança da estrutura, mas, mesmo ciente do problema técnico ocorrido, não realizou a construção do reforço”. Este exemplo ilustra exatamente a hipótese de inobservância do dever de descrição da relação que a ação omitida teria para com o resultado.

⁴⁹ Aqui, valemo-nos da terminologia utilizada por Paulo José da Costa Júnior em sua obra sobre nexos causais. (COSTA JÚNIOR, op. cit.)

Ao deixar de indicar a forma pela qual a construção do reforço teria contribuído para evitar o desabamento, a acusação deixa de narrar qual é o elo causal que conecta o comportamento ao resultado.

Isso permite que se atribua ao acusado a responsabilidade por um fato típico sem que se explique a sua participação no evento. Retomando o cenário descrito acima, a causa do desmoronamento poderia não ter qualquer relação com o problema ocorrido previamente, tendo sido motivada por um abalo sísmico ou algum outro erro de construção não identificado, por exemplo. A bem da verdade, mesmo que a causa do desabamento tivesse relação com o problema técnico em questão, seria possível que a construção do reforço não fosse suficiente para evitar o desabamento.

É justamente por conta dessas variáveis - foram citadas três neste parágrafo, mas certamente pode-se imaginar tantas outras - que se exige uma precisão descritiva da denúncia, pois, caso contrário, recairia sobre a defesa o ônus de provar que a causa do desabamento não estaria relacionada ao comportamento do acusado, enquanto, na verdade, é ônus da acusação descrever (e depois provar) a forma pela qual o acusado provocou o resultado típico. Ao descrever-se a relação causal na denúncia, delimita-se o objeto de apuração no processo, possibilitando a compreensão exata da imputação que recai sobre o acusado, o que lhe garante a prerrogativa de defender-se dela de maneira plena, apresentando argumentações e produzindo provas direcionadas a uma tese acusatória específica.

Um leitor reticente à ideia que aqui se apresenta poderia indagar se as questões mencionadas no parágrafo anterior não deveriam ser dirimidas ao longo do processo. A isso responde-se que, malgrado a controvérsia a respeito da verdadeira causa do acidente possa ser entendida como matéria de prova, a ser averiguada com mais detalhes no curso da instrução penal, não se pode admitir que a denúncia apresente uma narrativa tão aberta a ponto de não estabelecer qual é, na ótica acusatória, a relação causal que forma o elo entre comportamento e resultado. Assim, não se trata de avaliar, ainda em um juízo de recebimento ou não da denúncia, se a acusação é capaz de provar a relação de evitabilidade entre ação omitida e o resultado - isto sim deve ser dirimido ao longo da instrução penal; tão somente se trata da absoluta imprescindibilidade de que esta relação esteja devidamente descrita na denúncia, de modo a viabilizar o exercício da defesa no processo.

Observa-se, ao final, que a falta da descrição da relação de evitabilidade entre comportamento e resultado tem o condão de tornar a denúncia inepta, já que infringe o comando

legal do artigo 41 do Código de Processo Penal, além de violar os princípios do contraditório e da ampla defesa, especialmente por desequilibrar o ônus da prova no processo penal, afetando, dessa maneira, o princípio da paridade de armas.

Por fim, há de se destacar que a mera indicação superficial de que “caso a ação ‘X’ fosse praticada, o resultado teria sido evitado”, desacompanhada de indícios mínimos de materialidade que a corroborem, pode ensejar o reconhecimento da ausência de justa causa da denúncia, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal.

4. ESPECIFICIDADES DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A criminalidade empresarial se caracteriza por algumas peculiaridades, mormente a divisão funcional de trabalho e a existência de uma estrutura hierárquica⁵⁰, muitas vezes extensa, tanto horizontal como verticalmente. A dogmática penal, outrora desenvolvida tendo a conduta individual como parâmetro, vem passando por adaptações para abarcar as complexidades e nuances da criminalidade no bojo de grandes organizações, com a criação e reformulação de conceitos.

Entre as formas de imputação que despontam nesse novo cenário, a omissão imprópria certamente possui destaque⁵¹. Com a notória dificuldade de identificação de condutas ativas que aproximem os componentes da cadeia de comando das empresas aos fatos tido como delitivos, a imputação de comportamentos omissivos pretensamente equiparáveis a crimes comissivos vem sendo uma das ferramentas dos órgãos acusatórios no âmbito do Direito Penal. No entanto, não é apenas nesta seara que “adaptações” vêm sendo feitas. No âmbito do processo penal brasileiro, flexibilizações referentes à descrição fática nas denúncias estão sendo aceitas pela jurisprudência pátria, notadamente sob a argumentação de que os delitos societários oferecem uma considerável dificuldade na identificação minuciosa dos indícios de autoria⁵². É da interseção entre estes dois temas que falaremos neste tópico.

⁵⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, p. 41-74, 2009. p. 42.

⁵¹ O recurso à estrutura da omissão imprópria para solucionar algumas das dificuldades encontradas na criminalidade empresarial já vem sendo objeto de debate na doutrina (CRESPO, op. cit., p. 45). Na doutrina nacional, a obra de Heloisa Estellita, “Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão”, já referenciada, retrata o tema com maestria.

⁵² Apontando esta questão: LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 16. Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 731.

O ordenamento jurídico brasileiro não admite a responsabilização penal objetiva, de sorte que ninguém deveria ser acusado, criminalmente, apenas por ostentar um cargo de diretor ou conselheiro, por exemplo; ao revés, a responsabilização, em tese, só poderia ocorrer após a individualização da conduta delitiva em tese praticada.

Se, por um lado, é possível identificar diversos julgados dos Tribunais Superiores determinando o trancamento de ações penais em razão de uma deficiência narrativa relacionada à falta de individualização de condutas⁵³, por outro lado é possível observar uma certa flexibilização jurisprudencial na aceitação de denúncias que não descrevem pormenorizadamente o comportamento imputado ao acusado quando os alegados delitos tenham sido praticados no âmbito de empresas⁵⁴. Aqui reside a diferenciação feita pela jurisprudência entre denúncia genérica e denúncia geral⁵⁵.

Traz-se essa questão à tona pois, apesar de a dita flexibilização possuir considerável aceitação na jurisprudência brasileira, a exigência de descrição dos aspectos mencionados nos tópicos do capítulo anterior em nada se altera. Isto é, mesmo que se admita a chamada “denúncia geral” no contexto dos delitos empresariais - entendimento com o qual não concordamos, diga-se de passagem - ainda assim a descrição dos elementos indicados no capítulo 2 deste artigo permanece imprescindível.

Isso porque a aceitação jurisprudencial da “denúncia geral” ancora-se, precipuamente, na ideia de que há uma dificuldade na identificação e descrição das circunstâncias relacionadas à *autoria*⁵⁶ nos casos de delitos empresariais, admitindo-se, especialmente por isso, a

⁵³ Cita-se, a título de exemplo, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: AgRg nos EDcl no HC n. 848.613/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023. Na ementa do julgado, o leitor encontrará menção a outros processos nos quais entendimentos similares foram aplicados.

⁵⁴ Por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal: HC n. 122.450/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20/11/14; no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no HC n. 727.432/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023. Apesar disso, na doutrina, há posicionamentos divergentes. Em sentido contrário, por exemplo, Aury Lopes Jr. (op. cit., p. 731); convergindo com o posicionamento dos Tribunais Superiores, por exemplo, Eugênio Pacelli. (op. cit., p. 176)

⁵⁵ Segundo o entendimento jurisprudencial, a denúncia genérica é aquela na qual não se demonstra, nem de maneira sutil, o elo entre a conduta do acusado e o fato delitivo. Por tal motivo, trata-se de hipótese em que a denúncia inviabiliza o direito de defesa, sendo, portanto, ilegal. Já a denúncia geral é verificada nas situações em que, muito embora não haja uma descrição detalhada da conduta imputada ao acusado, há uma descrição mínima a respeito da sua relação com os fatos, o que, nas hipóteses de crimes societários, seria considerado como suficiente para o exercício da ampla defesa.

⁵⁶ Em artigo que trata sobre o tema, José Danilo Tavares Lobato e Daniella Maia Lósso apontam, a partir do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso nos autos do HC nº 186.849/PA, que o estado da arte desse tipo de denúncia em crimes societários dispensa a descrição minuciosa da conduta de cada autor, ressalvada, contudo, a necessidade de que a imputação seja compreensível à defesa. Os autores, na sequência, fazem

flexibilização na narrativa do *iter criminis*. Trata-se de uma solução de cunho processual (relativização do comando previsto no art. 41 do Código de Processo Penal) para um problema de ordem prática (óbices na investigação de uma dinâmica delitiva no bojo de uma estrutura empresarial)⁵⁷.

Aqui reside o aspecto nevrálgico deste tópico. Ao aceitar a “denúncia geral”, os Tribunais Superiores flexibilizam a forma de descrição da *participação de cada autor* no fato delitivo, mas não do fato delitivo em si. Sucede que, quando tratamos da (i) necessidade de identificação da conduta omitida e (ii) do seu potencial de evitação do resultado, bem como (iii) das circunstâncias que tornam o sujeito um agente garantidor, se está tratando de aspectos inerentes à *própria existência do fato típico*.

Isto é, se não há a identificação da conduta que deveria ter sido praticada ou do potencial de evitação do resultado, não há crime omissivo impróprio. Muito menos haverá omissão imprópria caso não haja um sujeito garantidor identificado no caso concreto. Sendo assim, se qualquer dessas circunstâncias não estiver descrita, *não haverá crime omissivo impróprio descrito*, e, portanto, a denúncia será inepta. Dessa maneira, ainda que se aceite a lógica das “denúncias gerais” e o seu *déficit* narrativo em relação aos indícios de autoria, isto não implica na aceitação de uma descrição incompleta do tipo objetivo da omissão imprópria.

Este ponto é importante pois, como colocado inicialmente, a imputação de delitos na modalidade omissiva imprópria, no campo penal material, e as “denúncias gerais”, no âmbito processual penal, vêm sendo utilizadas como ferramentas para superar as dificuldades práticas impostas pela chamada criminalidade empresarial.

Tais dificuldades, no entanto, não permitem toda e qualquer flexibilização em prol de um afã acusatório. Dessa forma, a necessidade de descrição dos elementos que compõem o tipo objetivo da omissão é elemento do qual não se pode abrir mão mesmo nos delitos empresariais, sob pena de que essa modalidade de imputação se torne um véu protetor de acusações que não delimitam nem mesmo o fato típico objeto da denúncia.

apontamentos a respeito de uma interessante correlação entre as denúncias genéricas e uma aplicação “à brasileira” da teoria do domínio final do fato. (LOBATO e LÓSSO, op. cit., p. 150)

⁵⁷ *Idem, Ibidem.*

5. CONCLUSÃO

A interseção entre omissão imprópria e criminalidade empresarial, temas que por si sós já são dotados de considerável complexidade, indubitavelmente gera dificuldades na descrição do fato típico por parte da acusação. No entanto, não se pode olvidar o fato de que o Ministério Público “dispõe da investigação preliminar (inquérito policial) para realizar todas as diligências e atos investigatórios”⁵⁸, de modo que, mesmo diante das referidas dificuldades, é imprescindível que qualquer acusação nesse cenário cumpra rigorosamente os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. É importante reforçar esta necessidade especialmente nas hipóteses dos chamados crimes societários, uma vez que não se pode, sob o guarda-chuva das intituladas “denúncias gerais”, as quais prescindem apenas de uma descrição minuciosa dos aspectos relacionados à *autoria*, admitir a flexibilização da descrição do *fato típico* com todas as suas circunstâncias.

Assim é que, a descrição (i) das circunstâncias que caracterizam o agente como garantidor; (ii) da específica conduta que foi omitida no caso concreto e (iii) do potencial de evitação do resultado por meio da sua prática, enquanto elementos que compõem o tipo objetivo da omissão imprópria, é essencial para que qualquer peça acusatória que impute a alguém um crime omissivo impróprio seja considerada apta a deflagrar uma ação penal.

A inobservância desses requisitos, isto é, uma descrição deficiente de qualquer das circunstâncias que compõem o tipo omissivo impróprio, deve, inexoravelmente, levar ao reconhecimento da inépcia da denúncia, nos termos do que dispõe o artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal.

6. BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – Teoria do delito**: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 3. reimp., 2018. v. 2. tomo I.

BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

⁵⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, p. 732.

BRASIL. **Código penal**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria** - 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**. 3. Ed. São Paulo: Siciliano Jurídico. 2004

CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 79, p. 41-74, 2009.

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**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

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

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. 2. ed. Buenos Aires: B de F. 2021.

_____. La omisión imprópria en la dogmática penal alemana. Una exposición. In: **Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales, Tomo 50, Fasc/Mes 1-3**, 1997.

_____. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. In: **Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales**, 2013. *Anais* [...]. ADPCP, v. LXVI, 2000. p. 33-132.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Comisión por omisión. In: GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Memento práctico. Penal económico y de la empresa**. 1. ed. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2012.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**; tradução Ronan Rocha. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

HUNGRIA, Néelson. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. tomo II, arts. 11-27.

JAKOBS, Gunther. Acción y omisión en derecho penal. Traducción: Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera. *In: Cuadernos de conferencias y artículos n.º 23*. Colombia, 2000.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2006.

KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso. *In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Anais [...]*. ADPCP, v. LIX, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In: MARTÍN NIETO Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 200-218. ISBN 978-85-9477-378-4.

LOBATO, José Danilo Tavares e LOSSO, Daniella Maia. Domínio do fato à brasileira: na prática, a teoria é outra - Uma análise da relação entre a denúncia genérica em crimes societários e a aplicação da teoria do domínio do fato, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In: Revista Científica do CPJM*, 2(06), 140–166. Recuperado de <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/200>.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** – 16. Ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal, vol. II**. Campinas, Bookseller, 1997.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. 7. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Pellegrini Impresores. 1958.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 22ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 39**, julho-setembro/2002.

_____. **Derecho penal – parte general**. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1. edición alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña (director). Buenos Aires: Thomson Reuters, Civitas, 2014. tomo II.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Tratamento médico e conflito de deveres de salvamento: ciências criminais e covid-19**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal** – parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal, volume único**. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. Breves considerações sobre os delitos omissivos. IN: **Revista Quaestio Iuris - Vol. 2, Nº. 2**. 2006.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, p. 125-157, jul./set. 1996.

_____. **Teoria dos Crimes Omissivos**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VELLASCO, Matheus Borges Kauss. **Crimes omissivos impróprios e dolo eventual**. 2023. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. e com.: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. tomo 1.