

A EXIGIBILIDADE DA CONDUTA CONFORME A NORMA NA ESTRUTURA DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO

*CONDUCT REQUIREMENT ACCORDS THE NORM'S
STANDARD IN THE STRUCTURE OF IMPROPER OMIS-
SIVE TORT*

*Neuler Mendes Gomes Junior*¹
PUC Minas

*Altamir Francisco da Silva*²
FADIC

*Margarida de Oliveira Cantarelli*³
FADIC

Resumo

Este trabalho se dedica ao estudo e enfrentamento de problema que pode ser resumido no seguinte: o artigo 13 do Código Penal brasileiro, ao disciplinar o nexo de causalidade do crime omissivo impróprio, estabelece que a omissão só é penalmente relevante quando o omitente devia e *podia* agir para evitar o resultado. Este problema exigiu a busca por uma interpretação mais adequada do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro, que fosse dogmaticamente coerente e atenta à legalidade. Para isso, buscou-se identificar o momento de inserção legal do *poder agir* na estrutura do crime omissivo impróprio por meio de investigação histórica debruçada sobre o tratamento dessa espécie de estrutura punitiva nos Códigos Penais que antes vigoraram em nosso país e em suas exposições de motivos, pretendendo-se, por meio disso, conhecer a vontade do legislador que a inseriu, o que poderia nortear a interpretação.

Palavras-chaves

Direito penal. Omissão imprópria. Nexo de causalidade. Possibilidade de agir. Exigibilidade da conduta.

¹ Bacharel em Direito pela PUC Minas.

² Doutor pelo Pontifício Instituto Marianum – Roma. Professor do PPGD da Faculdade Damas da Instrução Cristã

³ Professora do PPGD da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Foi Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, atualmente, é Presidente da Academia Pernambucana de Letras.

Abstract

This paper is devoted to the study and confrontation of a problem that can be summarized as follows: the Article 13 of the Brazilian Criminal Code, when disciplining the causation on the omissive crime, establishes that the omission is only criminally relevant when the person that omitted should and *could* act to prevent result. This problem required the search for a more adequate, dogmatically coherent and legality-sensitive interpretation of the second paragraph of Article 13 of the Brazilian Criminal Code. To this end, we sought to identify the moment of legal insertion of the *possibility to act* in the structure of the omissive crime by means of a historical investigation focused on the treatment of this kind of punitive structure in the Criminal Codes that previously prevailed in our country and in its explanatory motives, by means of which it is intended to know the will of the legislator which inserted it, which could guide the interpretation.

Keywords

Brazilian criminal law. Omissive crime. Causation. Possibility to act. Enforceability.

1 NOTAS PRÉVIAS

Este trabalho se dedica ao estudo e enfrentamento de problema que pode ser resumido no seguinte: o artigo 13, em seu parágrafo segundo, ao disciplinar o nexos 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 nexos de causalidade do crime omissivo impróprio o *dever de agir*. Quanto a essa última posição, nos pareceu de plano inadequada porquanto a vinculação à legalidade e o postulado hermenêutico de que não existem palavras inúteis na lei proíbem que o intérprete ignore ou exclua palavras inculpidas na legislação. A primeira posição se revelou também problemática, pois do ponto de vista dogmático, na estrutura jurídica do crime, a possibilidade física de agir é pressuposto da conduta e, por isso, não poderia ser

elemento do nexo de causalidade, conforme se explica de forma mais elaborada no tópico dedicado ao assunto.

Este problema exigiu a busca por uma interpretação mais adequada, que fosse dogmaticamente coerente e atenta à legalidade, do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro. Para isso, buscou-se identificar o momento de inserção legal do *poder agir* na estrutura do crime omissivo impróprio por meio de investigação histórica debruçada sobre o tratamento dessa espécie de estrutura punitiva nos Códigos Penais que antes vigoraram em nosso país e em suas exposições de motivos, pretendendo-se, por meio disso, conhecer a vontade do legislador que a inseriu, o que poderia nortear a interpretação.

Em estudo bibliográfico, analisamos posições de diferentes doutrinadores sobre o assunto e encontramos maior profundidade em trabalho específico sobre o tema desenvolvido por Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira. Tomamos como mais adequada construção interpretativa por eles desenvolvida; também identificamos outros autores que vislumbraram o problema aqui apontado, como se vê no tópico destinado à questão.

Se é possível distinguir as pesquisas que introduzem uma temática nova daquelas que estudam e analisam os resultados e impactos de outra proposta, aprofundando investigação já feita, esse trabalho certamente mais se amolda ao segundo grupo. Isso porque nos ocupamos, a partir desse ponto, de investigar os efeitos penais e processuais penais da aplicação dessa interpretação dogmaticamente coerente e conforme a legalidade proposta por Brandão e Siqueira, bem como seus impactos na prática judiciária.

2 CONCEITOS NECESSÁRIOS

Como se disse, no presente trabalho se expõe resultados de análise dos efeitos de uma interpretação dogmaticamente coerente e conforme a legalidade do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre o nexo de causalidade no crime omissivo impróprio. Necessário, portanto, para a compreensão integral desse estudo, o entendimento bem fixado sobre os

conceitos de (i) crime omissivo impróprio e (ii) nexos de causalidade, especialmente sobre como se manifesta o nexo causal na estrutura do crime comissivo por omissão. São apresentadas, pois, nesse momento introdutório, sucintas reflexões doutrinárias sobre esses conceitos básicos apenas na medida suficiente e necessária para bem fixá-los.

No direito penal moderno e democrático, a punibilidade apenas nasce a partir de uma conduta, que “é a pedra angular da Teoria do Crime”, por ser “o suporte no qual se formularão todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”.⁴

Com efeito, essa conduta pode se concretizar em grau distinto: como preparação, tentativa ou consumação; sua valoração na comunidade pode ter natureza diversa: como adequada ou contrária ao direito, como culpável ou não culpável; e, ainda, pode ser externada de *forma* diferente, o aspecto mais relevante para o desenvolvimento desse trabalho: *como ação ou como omissão*.⁵

Cabe à lei penal disciplinar a punibilidade dessas diferentes manifestações da conduta. Especificamente no que tange à *forma* da manifestação da conduta que, como vimos, pode ser ativa ou omissiva, criam-se tipos penais que proíbem ações e tipos penais que incriminam omissões. A doutrina classificará tais crimes como *comissivos* e *omissivos*, respectivamente.⁶

Tome-se como exemplo de *crime comissivo* – que proíbe uma ação – o delito de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal brasileiro, que diz ser típica a conduta de “matar alguém”.

Se a ação proibida causa ou pode causar um resultado, é possível a verificação do nexo causal, definido como “liame ideal

⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4ª. ed. São Paulo: Ed. Atlas, v. 1, 2015. p. 23.

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ed. Roque Depalma, 1956. p. 35.

⁶ BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996. p. 25.

que possibilita a imputação de um resultado a alguém”.⁷ Em síntese, afirmar que entre uma ação e um resultado há nexos causal é dizer que a conduta praticada por alguém *causou* um resultado determinado. É asseverar, trabalhando com o exemplo já mencionado do artigo 121, que (i) a conduta de apontar a arma fogo em direção a vítima e apertar o gatilho *causou* o (ii) resultado morte, havendo aí, pois, o nexo de causalidade.

Nos crimes comissivos propriamente ditos, o nexo 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.

No crime omissivo o nexo causal não se manifesta da mesma forma. A omissão, em sendo um não-fazer algo, ou seja, uma inação, não é capaz de *causar* resultado nenhum. Como registrava Heleno Fragoso, “se a omissão é um nada, um *nihil*, como pode *causar* um resultado? Do nada, nada pode provir”.⁸

O crime omissivo pode ser próprio ou impróprio. A primeira espécie se manifesta quando o tipo penal proíbe uma omissão. Serve o clássico exemplo da omissão de socorro, do artigo 135 do mencionado Diploma Penal; neste crime, a conduta típica é “deixar de prestar assistência”. Não se proíbe uma ação, ao contrá-

⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Op. Cit. p. 41.

⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978. p. 518-519.

Por isso é que se diz que apenas se considera que a omissão causou o resultado proibido pelo tipo penal comissivo por uma ficção jurídica, isto é, por uma cláusula jurídica de equivalência entre omissão e ação. Conforme Juarez Tavares, essa ficção jurídica insere uma norma mandamental (dever de agir) em face da norma proibitiva (tipo penal comissivo), fazendo integrar o tipo penal um elemento não escrito: a afirmação de que a não execução da ação adequada para impedir o resultado (a ação devida) produz efeitos semelhantes aos da ação típica do delito comissivo correspondente, a chamada “cláusula de equivalência”. (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p. 342).

rio: o agir é exigido. O que se proíbe é uma omissão, o sujeito não pode se omitir ante o dever de prestar assistência. É um crime omissivo próprio.

Essa espécie de crime omissivo é sempre caracterizada como *crime de mera conduta*,⁹ isso é, a reprovação penal nasce a partir da mera prática da conduta típica, ainda que nenhum resultado sobrevenha. Nos crimes de mera conduta não há que se falar em nexo de causalidade, em razão da ausência de resultado. Em síntese, o nexo causal não integra a estrutura do crime omissivo *próprio*.

São essas as duas classificações elementares referentes à forma de criminalização de uma conduta determinada: forma comissiva, se típica uma ação, e omissiva, se proibida a omissão.

Mencionamos, entretanto, haver o denominado crime omissivo impróprio: uma terceira espécie mais complexa, nascida da conjugação de um tipo penal comissivo – que proíbe uma ação – com uma regra geral que estabelece para determinados sujeitos o dever de impedir o resultado daquele tipo penal comissivo. Essa regra geral determina que esses sujeitos determinados têm a obrigação de agir; quando se omitem frente a essa obrigação, respondem pelas penas previstas nos crimes que proíbem ações. Nesse caso, a omissão é punida como se ação fosse, por *ficção jurídica* nascida da mencionada regra geral que impõe o dever de agir.

Em outras palavras, afirma-se que pode ser imputado a um *omitente* um resultado que *seria* causado por uma ação, porque o legislador criou norma¹⁰ que cria equiparação *jurídica* entre a ação

⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 116. Apud. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Op. Cit. p. 46.

¹⁰ Usamos aqui a identidade conceitual entre a norma e a lei. Porém, como nos aponta Brandão, no seu sentido próprio a norma é o imperativo de comportamento conhecido através do “espelho” da lei. Propriamente, “a norma penal é o imperativo que nasce da síntese entre o tipo e o bem jurídico”. BRANDÃO, Cláudio. BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO

descrita no tipo penal e situações específicas de omissão. Essa *equiparação jurídica* cria o chamado *nexo causal ficto/jurídico*, diferente daquele nexo causal real/físico antes mencionado.

Quando, com base nessa regra geral, a omissão é considerada conduta formalmente adequada a um tipo penal que descreve uma ação, diz-se que temos um *crime omissivo impróprio* ou, como preferimos, um *crime comissivo por omissão*.

O exemplo mais comumente adotado pela doutrina é o da mãe que dolosamente deixa de alimentar seu filho, pretendendo com isso que ele morra de inanição. Neste caso, o que se verifica é uma *omissão* – a mãe *deixa de* alimentar seu filho. Com efeito, com base naquela multireferida norma geral, tinha o dever de alimentar seu filho para impedir o resultado morte por inanição, fazendo com que sua omissão seja juridicamente equivalente à uma ação que cause o resultado morte: neste caso, a mãe responderá pelo crime do artigo 121 do Código Penal, que tipifica a ação de “matar alguém”.

Em síntese, temos até então que: (i) no delito comissivo há nexo causal real/físico; que (ii) no delito omissivo próprio não há nexo causal, por não haver resultado e (iii) *no crime omissivo impróprio, ou comissivo por omissão, há nexo causal ficto/jurídico, que surge a partir de norma jurídica que considera a omissão como se ação fosse.*

Em prestígio aos princípios da legalidade e taxatividade do direito penal, devem ser bem delimitadas as possibilidades em que a omissão de algum indivíduo pode ser considerada equivalente a uma ação. No nosso ordenamento jurídico, a regra geral que impõe o dever de agir e delimita a quem este dever incumbe está descrita no parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu cau-

sa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

Relevância da omissão

§ 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.

Neste artigo, o Código Penal brasileiro restringe o âmbito da atribuição do dever de agir para evitar o resultado a quem, como se vê, (i) tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou (iii) tenha, com seu comportamento anterior, criado o risco da ocorrência do resultado. Neste aspecto, a legislação penal brasileira se mantém muito próxima da disciplina das legislações estrangeiras continentais.

Inova, entretanto, ao inserir o verbo “poder” para limitar a relevância da omissão: o Código Penal diz que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e *podia* agir para evitar o resultado”.

Com efeito, as regulamentações penais estrangeiras que têm nos servido de matriz não colocam como requisito para a relevância penal – ou seja, pressuposto para a existência do nexo de causalidade ficto – a *possibilidade* de agir conforme o dever.

De fato, a redação do Código Penal alemão é “§13 A comissão por omissão. Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal só é punível quando tem o dever jurídico de evitar tal resultado, e a omissão equivale à sua produção por ação”.¹¹ O Código Penal espanhol, por sua vez, diz

¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p. 343.

em seu artigo 11 que “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. (...)”.¹² E também diferente a legislação italiana, em que se verifica: “Art. 40. Rapporto di causalità. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.¹³

Isso observado, é possível perceber que nas matrizes estrangeiras a *possibilidade de agir* não é requisito para que haja ficto nexos de causalidade entre omissão e o resultado criminoso. Nas legislações alemã, italiana e espanhola, para que o resultado do crime seja imputado a alguém que se omitiu, basta que tenha ao tempo da omissão o *dever de agir* impedindo aquele resultado.

Em sendo novidade tal requisito no Código Penal brasileiro, necessário compreender o momento e o porquê de sua inserção, para tornar possível a aplicação da melhor técnica hermenêutica na interpretação do dispositivo. Talvez tivesse o legislador nos oferecido norte interpretativo quando da edição da Lei, o que inspirou investigação histórica debruçada sobre a formulação e evolução histórica da codificação penal brasileira, especificamente no ponto da omissão imprópria, para tentar compreender o *mens legislatoris*.

3 O LEGISLADOR E A POSSIBILIDADE DE AGIR NA ESTRUTURA DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO BRASILEIRO

¹² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em:

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>. Acesso em: 18 ago. 2019.)

¹³ ALTALEX. Del reato. Codice penale, Libro I, Titolo III. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>. Acesso em: 18 ago. 2019

Antes de 1822, no período colonial brasileiro, vigiam em nosso país as Ordenações do Reino. Após a proclamação da independência, as Ordenações Filipinas, que eram o código de leis civis e criminais de Portugal, continuaram a servir como disciplina penal até 1830, quando da promulgação do Código Criminal.¹⁴

O Código Criminal de 1830 tratava em um só artigo sobre a omissão:

Art. 2º Julgar-se-ha o crime ou delicto:

§ 1º Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.¹⁵

À época, pouco se discutia sobre os crimes omissivos, especialmente sobre os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Tobias Barreto foi um dos poucos a suscitar a problemática àquele tempo, indagando: “[o] delicto commisivo, omissivamente perpetrado, faz parte do systema de direito criminal brasileiro?”¹⁶, concluindo logo em seguida que não poderia assegurar que alguém entre os operadores do direito havia dado resposta satisfatória à questão. Da sua parte, registrou entender que a ideia da responsabilização penal por crime comissivo decorrente de omissão “não repugna ao espírito do código”.¹⁷

Esse diploma legal foi sucedido pelo Código Penal de 1890, que teve como um de seus maiores comentaristas Antônio José da Costa e Silva. À época, a comissão por omissão já era mais difundida e discutida: registrava o autor que “ninguém contesta que certos crimes, que pressupõem, para sua existencia, a pratica de actos

¹⁴ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**: Volume I, Tomo I. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 238.

¹⁵ BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios**: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996. p. 47.

¹⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892. p. 189.

¹⁷ *Idem*. p. 191.

positivos por parte do delinquente, podem às vezes ser perpetrados por omissões ou actos negativos”.¹⁸ Ensinava, naquele tempo, que “para que, por omissão, alguém pratique um delicto commissivo, duas condições são imprescindíveis: a) que esse alguém tenha possibilidade de agir, isto é, de evitar que o resultado previsto pela lei se realize; b) que lhe corra o dever - dever juridico, de o fazer”.¹⁹

O Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo apontava a possibilidade de agir como requisito da equivalência entre omissão e ação, definindo-a como a possibilidade de evitar que o resultado previsto pela lei se realize e não tecendo maiores considerações sobre o tema.

Posteriormente o Código Penal de 1890 veio a ser substituído pelo de 1940, que teve seu Anteprojeto formulado por Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, que foi revisado por Comissão composta por Nelson Hungria, Narcélio de Queirós e Roberto Lira.²⁰

O Anteprojeto apresentado pelo Professor Alcântara Machado cita em diversas passagens os ensinamentos de Costa e Silva, mas não positiva o *poder agir* como pressuposto da causalidade no crime omissivo impróprio. Com efeito, sobre o nexos de causalidade, dispõe o artigo 9º do Anteprojeto Alcântara:

9.º — O agente só responderá pelo evento que fôr efeito de sua ação ou omissão.

¹⁸ SILVA, Antônio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, v. I, 1930. p. 13.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 - Ministro Francisco Campos. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 120-153, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>. p. 121.

§ 1.º — Faltar á obrigação jurídica de impedir o evento equívale a causá-lo. (...)²¹

Como se vê, imputação de um resultado ao omitente tem como requisito, no Projeto Alcântara, apenas a *falta ante a obrigação jurídica de impedir o evento*. Não menciona a possibilidade de ação do omitente.

O Anteprojeto passa por revisões na mencionada Comissão composta por Nelson Hungria, Narcélio de Queirós, Vieira Braga e Roberto Lira e a equivalência entre omissão e ação para fins de definição do crime omissivo impróprio deixa de estar positivada no texto publicado em 1940. No texto final que se tornou o Código Penal de 1940, a relação de causalidade é disciplinada no artigo 11, que apenas diz: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.²²

Hungria louvava a alteração sustentando ser ocioso dizer que “a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico”, afinal “também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico”.²³

A próxima grande alteração na codificação penal surge a partir do Anteprojeto de Código Penal do mesmo Nelson Hungria, no ano de 1962. Dessa vez, o autor do Anteprojeto idealiza a regu-

²¹ MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 34, n. 2, p. 193-494, jan. 1938. p. 228.

²² DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

²³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978. p. 69.

lamentação da causalidade da omissão imprópria de maneira diferente: apresentou proposta em que a cláusula de equivalência é positivada e limitada por um rol taxativo de hipóteses que fazem surgir o *dever de agir*. Sobre a relação de causalidade, dispunha o Anteprojeto Hungria:

Art. 14. - O resultado de que depende a existência do crime é imputável a quem lhe deu causa.

Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º - A omissão é relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado, decorrente desse dever seja de lei, seja de relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente, ainda que sem culpa.²⁴

Observem que nessa redação, a novidade não está apenas na positivação e limitação da cláusula de equivalência entre ação e omissão. Mais do que isso, é novidade no texto a inserção da *possibilidade de agir* do omitente enquanto requisito da relevância penal da omissão. “A omissão é relevante quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado”. É, portanto, por obra de Nelson Hungria que se dá a inserção do *poder agir* na estrutura do crime omissivo impróprio, talvez por influência da doutrina de Costa e Silva – que, como vimos, também aponta este requisito mas não tece maiores considerações sobre o tema.

Esse Anteprojeto é submetido a duas comissões revisoras e é convertido no Código Penal de 1969 em 21 de janeiro de 1970. Este Diploma, entretanto, não chegou a vigor: sua vigência foi su-

²⁴ HUNGRIA, Nelson. ANTEPROJETO DE AUTORIA DO MINISTRO NELSON HUNGRIA. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 37-120, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>. p. 41.

cessivamente adiada até ser revogado em 1978, ainda durante o *vacatio legis*.²⁵

Ainda que não tenha vigido, importante observar a redação final do Código Penal de 1969, no que diz respeito à disciplina da relação de causalidade do crime omissivo impróprio, coincidiu quase que integralmente com o que apresentou Hungria em seu Anteprojeto. É no Código Penal de 1969 que nasce, na Lei, o *poder agir* enquanto requisito da relevância penal da omissão, por obra de Nelson Hungria. A redação era a seguinte:

Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável, a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§ 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.²⁶

Na exposição de motivos do Código Penal de 1969, consta:

Importante é o que agora aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos

²⁵ BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996. p. 51.

²⁶ PORTAL da Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

de sua época, os pressupostos de conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.²⁷

Naquela oportunidade, o legislador registrou o porquê de ter positivado a cláusula de equivalência e traçando limitações a hipóteses taxativas que configuram o *dever de agir*. Pode-se perceber, entretanto, que não tece qualquer consideração sobre a inserção do *poder de agir* enquanto requisito da relevância penal da omissão, não nos permitindo verificar a finalidade ou o significado de tal expressão no pensamento legislativo.

Como não vigeu este Código Penal de 1969, os anseios pela reforma do Código Penal não se viram satisfeitos. Por essa razão, em resposta a esses anseios, se instituiu Comissão para apresentação de projeto de reforma do Código Penal de 1940. A Comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, que contou com integrantes como Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr. elaborou o projeto do que veio se tornar a Lei n. 7.209 de 1984 – a denominada Reforma Penal de 1984.

Relativamente à disciplina da causalidade na omissão imprópria, o texto da Reforma de 1984 basicamente reproduziu o que previa o Código Penal de 1969. Assim passou a ser regulamentada a omissão imprópria, permanecendo da mesma forma nos dias atuais:

Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²⁷ SILVA, Luis Antônio da Gama e. Exposição de motivos do Código Penal de 1969. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez. 1969. p. 155.

(...)

§ 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.

Ao reproduzir a redação do Código Penal de 1969, neste ponto, a Reforma Penal de 1984 ratificou a inserção do *poder agir* enquanto requisito da relevância penal da omissão. Se o legislador de 1969 não explicitou o motivo da inserção do requisito extra, também não o fez o legislador de 1984. Com efeito, na exposição de motivos da Reforma Penal de 1984 não se encontra qualquer consideração sobre o *poder agir* na estrutura do crime omissivo impróprio.²⁸

Pois se não tratou o legislador de expor em documentos oficiais os motivos e significação do *poder agir* inserido no artigo 13, § 2º, do Código Penal brasileiro, significa que esta é uma tarefa deixada à cargo da doutrina para ser consolidada pela jurisprudência. Necessário, portanto, para os fins da presente investigação, conhecer o significado dado pela doutrina à expressão.

²⁸ PORTAL da Câmara dos Deputados. **LEI Nº 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984 - Exposição de Motivos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaoodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

4 A DOCTRINA E A POSSIBILIDADE DE AGIR NA ESTRUTURA DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO BRASILEIRO

A doutrina em geral, ao debruçar-se sobre o estudado positivo, tem divergido acerca do significado do *poder agir* na estrutura do crime omissivo impróprio. Alguns autores dão pouca importância ao *poder agir*, de forma que sequer o atribuem qualquer significação relevante: é o caso, por exemplo, de Damásio de Jesus, que tão somente aborda o *dever agir*, deixando de tecer considerações sobre a possibilidade de agir na estrutura do crime omissivo impróprio.²⁹ A nós, parece impossível acatar tal posição, afinal, é princípio basilar da hermenêutica jurídica e aplicação do direito a noção de que a lei não tem palavras inúteis. Ignorar a existência do *poder agir*, expresso no § 2º do artigo 13 do Código Penal, é afrontar a legalidade.

Julio Fabbrini Mirabete admitiu maior amplitude ao *poder agir* no delito omissivo impróprio. Com efeito, compreendeu que a possibilidade de agir “deve ser entendida como a capacidade concreta para a execução de determinada ação com a finalidade de evitar o resultado”, afirmando que isso engloba, além da possibilidade real-física de executar a ação, o (i) conhecimento da situação de fato, (ii) a consciência da condição que o coloca na qualidade de garantidor e (iii) a consciência de que pode executar a ação.³⁰

Muito embora estes elementos integrem de fato a estrutura do crime omissivo impróprio, mais nos parecem serem requisitos do *dolo* da omissão do que dados integrantes do *poder agir*. De fato, a omissão só é *querida* ou dolosa quando o agente (i) conhecia a situa-

²⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume I**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291-293. e JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. p. 52-53.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17ª. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001. p. 108. Não obstante isso, não teve maiores considerações acerca da *possibilidade de agir*, como fizeram autores posteriormente, conforme abordado a seguir.

ção fática em que se constata perigo ao bem jurídico, (ii) sabia estar na posição de garante, tendo consciência do dever de agir e, ainda, (iii) conhecia a ação capaz de evitar a ocorrência do resultado.³¹ São os elementos cognitivos do dolo, dados componentes desse pressuposto da própria existência da omissão, o que torna impossível afirmar que caracterizam o poder agir. Isso é o que nos leva a recusar a posição de Mirabete.

Outros, em geral e talvez em maior número, têm reduzido o *poder agir* à mera possibilidade física ou real de ação. Dentre os modernos, César Roberto Bitencourt, por exemplo, registra que é “necessário que, além do dever, haja também a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco pessoal”. Ensina que “essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipótese de coação física irresistível, não se podendo falar em omissão penalmente relevante, porque o omitente não tinha a possibilidade física de agir”.³² Luiz Greco e Augusto Assis falam da “*possibilidade físico-individual* de realizar a ação esperada”.³³ E até mesmo Francisco de Assis Toledo registrou que seria necessário que o omitente, “além do dever, tivesse a *possibilidade física* de agir, ainda que com risco para a sua pessoa”.³⁴

Se engana a doutrina tradicional quando confunde o *poder agir* do crime omissivo impróprio com a capacidade física de agir. Com efeito, a conduta só existe a partir da voluntariedade, que depende da possibilidade física de agir. A ausência de possibilidade

³¹ BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996. p. 95.

³² BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v. I, 2012. p. 264.

³³ GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís, et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. p. 81-122. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86 e 109.

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 118, grifo nosso.

física de agir, como na coação física irresistível utilizada como exemplo por Bitencourt, exclui por completo a conduta. Se não há conduta, não há omissão – mesmo que penalmente irrelevante – nem omitente. Não se pode dizer que determinado agente se *omitiu* quando estava amarrado e fisicamente impossibilitado de agir. Essa posição é também por nós recusada por ser dogmaticamente incoerente.

Nos parece também incorrer nesse equívoco Heloisa Estellita. Sustenta a autora que “afirmada a posição de garantidor e constituída a situação típica que aciona o dever de intervir para evitar o resultado, os contornos desse dever concreto de agir para evitar o resultado serão fornecidos pela *possibilidade jurídica de agir*”.³⁵ Em síntese, adota perspectiva segundo a qual se deve analisar antes se o omitente tem a *capacidade jurídica* de agir para evitar o resultado (se tem, por exemplo, poder de mando na estrutura empresarial) para depois se analisar se tinha a *capacidade física*, sendo estes dois elementos, capacidade jurídica e física para agir, os componentes da *possibilidade de agir*. Discordamos em razão da aplicação da lógica já demonstrada acima: se o agente não tinha a capacidade – jurídica ou física – para agir, não há omissão, de modo que não existe motivo para discutir a *relevância penal da omissão*.

Se a falta de capacidade jurídica culmina na completa impossibilidade de agir e não resta qualquer opção de ação impeditiva de resultado ao garantidor, não há omissão – a conduta está excluída. Por outro lado, entendemos que se a falta de capacidade jurídica não é determinante, no sentido de que *garantidor* percebe que, apesar de ser juridicamente indevida (por falta de atribuição na estrutura empresarial, por exemplo), determinada ação pode evitar a ocorrência do resultado lesivo, deverá praticá-la mesmo assim. Isto porque se, na pior das hipóteses, incidisse em figura típica ao praticar

³⁵ 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 de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 246.

ato de forma juridicamente indevida, teria agido em estrito cumprimento de dever legal decorrente da posição de garantidor e não seria penalmente responsabilizado. Fica, entretanto, uma pergunta a ser respondida caso a caso: é exigível que ele pratique esta ação indevida ou, se deixasse de agir, verificaríamos a inexigibilidade de conduta diversa?

Para nós, têm Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira o mérito de, com profunda análise sobre a função da exigibilidade na teoria do delito, interpretar de forma dogmaticamente coerente o *poder agir* descrito no parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal. Os autores equivalem a *possibilidade de agir*, constante do mencionado dispositivo, à *possibilidade de se comportar conforme o Direito* ou, em outras palavras, exigibilidade da conduta jurídica.

Por vezes o cumprimento do dever jurídico causa ao sujeito um prejuízo (moral ou de outra ordem) tão grande que não seria razoável que a ordem jurídica exigisse o seu cumprimento. Nestes casos, se diz que apesar de verificada ação típica e antijurídica, era inexigível conduta diversa: a ordem jurídica não pode exigir do agente comportamento diferente, em razão do forte dilema moral por ele enfrentado.

A partir da interpretação proposta por Brandão e Siqueira, se vê imposta a análise da exigibilidade ou não da conduta quando do juízo de tipicidade, para a constituição daquele nexos de causalidade ficto/jurídico entre omissão e resultado criminoso.³⁶ Isso porque o nexos de causalidade ficto no crime omissivo impróprio só existe com a soma do dever agir com o *poder de agir*, que exigibilidade de comportamento conforme o dever. Na estrutura do crime comum, sabe-se que essa análise se dá no âmbito da culpabilidade.

Com a autoridade de quem participou da Comissão Reformadora em 1984, Miguel Reale Júnior tem posição que ratifica a

³⁶ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro. *Católica Law Review*, Lisboa, v. 01, n. 03, p. 43-70, nov. 2017. ISSN 2183-9336.

conclusão da análise de Brandão e Siqueira, registrando que “o poder agir é de **ser dado integrante da relevância do não-agir do-lososo**”, asseverando “não [ser] necessário remeter ao exame da culpabilidade o que se revela *ab initio* um não descumprimento do dever, pois só tem dever de agir quem pode agir” (todos os grifos do original).³⁷

Também Juarez Tavares concebe a ideia de que a exigibilidade da conduta seria um atributo típico dos delitos omissivos, referenciando Schonke-Schoroder-Stree e Hellmuth Mayer. Porém, diferentemente de Brandão e Siqueira, recusa a ideia porque poderia “levar a confusões conceituais, porque a exigibilidade também constitui elemento da culpabilidade e não apenas da tipicidade”, propondo como alternativa uma diferenciação entre possibilidade física e capacidade normativa de agir.³⁸

Ao nosso sentir, a solução proposta por Tavares causa mais confusão conceitual do que aquela solução por ele recusada, exatamente com receio de que isso acontecesse. De fato, parece mais adequada a posição de Brandão e Siqueira, que registram que a exigibilidade seria *transferida* da culpabilidade para a tipicidade e não *repetida* como concebeu Tavares. Se analisada a exigibilidade na tipicidade, não haveria porque continuasse ela a integrar a culpabilidade, para ser novamente analisada.

O exemplo oferecido por Brandão e Siqueira esclarece o que se tratou: imagine-se a hipótese em que um filho que cuida de seu pai – que sofre perigo de morte – se omite e deixa de ministrar o tratamento médico devido, porque este tratamento infligiria muito sofrimento ao idoso, que vem a falecimento. O filho tinha o dever de ministrar o tratamento, afinal a família tem o dever legal de cuidar da saúde do idoso (Art. 3º da Lei 10.741/2003). O cumprimento desse dever, entretanto, causa ao garantidor sofrimento moral tão grande que não seria razoável que a ordem jurídica exi-

³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, 2006. p. 265.

³⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p. 353.

gisse o seu cumprimento. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de comportamento conforme a norma: não *podia* o agente cumprir seu o dever. Neste caso, não restará excluída a culpabilidade, mas sim a tipicidade porque não há nexos causal ficto entre a omissão do filho e o resultado morte do pai, afinal não *podia agir*.

Com efeito, a proposta de Brandão e Siqueira nos parece ser a mais adequada, posto que atende ao imperativo hermenêutico de não inutilizar palavras expressas na lei ao mesmo tempo que dá aceção dogmaticamente coerente ao *poder agir* inserido no parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro.

Para bem compreender a essência de sua proposição, deve ser rediscutida a posição da exigibilidade na teoria do delito, de modo que seja possível percebê-la não como elemento exclusivo e indissociável da culpabilidade, como parece ter concebido Juarez Tavares, mas sim como um princípio limitativo do dever normativo, que pode se manifestar também na tipicidade e na antijuridicidade.

5 A EXIGIBILIDADE DA CONDUTA NA TEORIA DO CRIME

De fato, a análise da exigibilidade da conduta recebeu especial relevância no desenvolvimento das teorias culpabilidade. Reinhard Frank opera giro normativo no conceito de culpabilidade penal e a equipara à noção de reprovabilidade, que seria analisada a partir das circunstâncias concomitantes à conduta, que determinariam o grau maior, menor ou inexistente de dita reprovabilidade. A noção de circunstâncias concomitantes, surgida a partir deste autor, é equivalente funcional da exigibilidade, que começa a ser concebida nesse momento.³⁹

Antes disso, a culpabilidade era unicamente a “relação psicológica entre o autor e o resultado do injusto por ele produzido, possuindo cunho eminentemente subjetivo, em função da análise

³⁹ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Católica Law Review*. *Op. cit.* p. 57.

do dolo e da culpa, considerados não como elementos da culpabilidade, mas como suas únicas espécies”,⁴⁰ ou, em outras palavras, a culpabilidade se resumia à análise do elemento subjetivo da conduta: se dolosa ou se culposa.

Com efeito, Frank, ao conceber a culpabilidade como reprovabilidade, inseriu nela o elemento que viria a possibilitar a sua graduação. É dizer: apesar de serem típicas e antijurídicas determinadas condutas, as circunstâncias concomitantes à sua realização podem torná-las reprováveis em maior grau, em menor grau ou excluir completamente sua reprovabilidade; neste último caso, a conduta típica e antijurídica seria tida como *normal* ou *não reprovável*, não sendo culpável seu autor.

Após o trabalho de Reinhard, a culpabilidade se desenvolve com contribuições de diversos acadêmicos, mas é a obra de Berthold Freudenthal que torna a exigibilidade o elemento central e exclusivo da culpabilidade.⁴¹ O jurista alemão escreveu que a *impossibilidade* de agir conforme a norma tornaria a conduta não-devida, ou inexigível, e defendeu que a inexigibilidade da conduta seria uma causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade.⁴² As circunstâncias concomitantes aumentariam ou diminuiriam a possibilidade de o agente se comportar de acordo com a norma, o que tornaria maior ou menor sua reprovabilidade/culpabilidade.

A noção de que a exigibilidade é elemento exclusivo da culpabilidade não foi isenta de críticas. Heinrich Henkel, por exemplo, alertava que o autor subestimava e supervalorizava o papel da exigibilidade. Subestimava, porque na teoria do delito a exigibilidade não poderia se restringir à culpabilidade; e supervalorizava, porque

⁴⁰ CERQUEIRA, Rafaela Alban. **Inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo: uma nova perspectiva principiológica.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2014. p. 16.

⁴¹ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Católica Law Review*. *Op. cit.* p. 57.

⁴² CERQUEIRA, Rafaela Alban. **Inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo: uma nova perspectiva principiológica.** *Op. cit.* p. 25.

exagerava sua importância no âmbito da culpabilidade ao admitir a inexigibilidade da conduta como causa geral de exclusão da culpa.⁴³

Não obstante tais críticas, a exigibilidade se consolida como elemento próprio da culpabilidade sobretudo a partir do finalismo de Welzel, que coloca no centro da culpa o livre arbítrio – como poder agir de forma diversa – e desloca o dolo e a culpa para a tipicidade.⁴⁴

A proposta de Brandão e Siqueira resgata a ideia de Henkel para a inexigibilidade na medida suficiente para demonstrar que ela não precisa estar exclusiva e umbilicalmente ligada à culpabilidade. Com efeito, o autor alemão “atribuía à inexigibilidade o papel de se permeiar por toda a teoria do delito, atuando na fixação dos limites do injusto penal”.⁴⁵

A partir disso, seria possível conceber que a exigibilidade radica no tipo penal, que define o injusto e descreve a conduta *a priori* exigida, podendo ser diminuída ou excluída nos juízos analíticos subsequentes. Assim é possível afirmar que inexigibilidade da conduta pode se dar no juízo de tipicidade, conforme o caso, ou na análise da antijuridicidade da conduta, no caso de se verificar alguma causa justificante, ou no juízo de culpabilidade.

É fácil visualizar a inexigibilidade atuando no âmbito da tipicidade no exemplo do tipo penal do artigo 135 do Código Penal brasileiro, o crime de omissão de socorro, que dispõe ser típica a conduta de “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” (grifo nosso).

⁴³ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Católica Law Review*. *Op. cit.* p. 58.

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Católica Law Review*. *Op. cit.* p. 61.

⁴⁵ SILVA, Paulo Roberto Neves Augusto da. **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos**. Dissertação (Mestrado em Direito - Universidade Cândido Mendes). Rio de Janeiro. 2005. p. 107.

Destacamos a expressão “quando possível fazê-lo sem risco pessoal” pois nela se encontra a limitação da exigibilidade neste tipo: se a prestação da assistência implicar risco pessoal para o agente, a conduta não é exigível e, como essa causa de inexigibilidade está prevista no tipo penal, teríamos uma conduta atípica.

Com efeito, é possível verificar que a exigibilidade não necessariamente se limita a ser um elemento da culpabilidade, podendo ser vislumbrada presente também na tipicidade e na antijuridicidade. Registra Paulo da Silva que na doutrina brasileira há mais autores que, a partir da crítica de Henkel, vislumbraram essa possibilidade, tais como Aníbal Bruno, José Frederico Marques e Juarez Cirino dos Santos.⁴⁶ A exigibilidade nasce com o tipo penal: podendo ser nele mesmo limitada, excluída no juízo de antijuridicidade ou no juízo de culpabilidade. Permeia toda a teoria do delito.

O que fazem Brandão e Siqueira é perceber que o artigo 13, § 2º, do Código Penal, 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.

6 EFEITOS DA INTERPRETAÇÃO DOGMATICAMENTE COERENTE E CONFORME A LEGALIDADE

A partir deste ponto, tendo restado estabelecido que a interpretação que mais se coaduna com a estrutura científica do Código Penal brasileiro leva em conta que (i) a limitação da exigibilidade da conduta pode se dar fora do âmbito da culpabilidade e (ii) na estrutura dos crimes omissivos impróprios a exigibilidade ou não da conduta é analisada no juízo de tipicidade, para se constituir o nexos de causalidade ficto, deve-se compreender quais efeitos

⁴⁶ SILVA, Paulo Roberto Neves Augusto da. **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos**. Dissertação (Mestrado em Direito - Universidade Cândido Mendes). Rio de Janeiro. 2005. p. 109.

penais – materiais e processuais – e impactos práticos trazem essa reinterpretação imposta pelo imperativo hermenêutico de não inutilizar palavras expressas na lei e pela necessária coerência dogmática na interpretação do Código Penal.

6.1 EFEITOS NO DIREITO PENAL MATERIAL

Na estrutura do crime comissivo comum, sabe-se que a exigibilidade da conduta figura no âmbito da culpabilidade, de forma que a verificação de circunstância que caracterize inexigibilidade de conduta conforme o direito torna inculpável o autor de tal ação. É possível apontar apenas duas causas *legais* de exclusão da exigibilidade, ou *duas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa*, quais sejam, (i) obediência hierárquica e (ii) coação moral irresistível, ambas descritas no artigo 22 do Código Penal brasileiro.⁴⁷

Foi latente, e ainda é em algum grau, a discussão sobre a admissibilidade de causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, isso é, o debate sobre se o rol do supramencionado artigo 22, que traz duas causas de inexigibilidade de conduta diversa, ser taxativo ou exemplificativo. Argumenta-se que “um dos obstáculos ao reconhecimento das exculpantes supraleais de culpabilidade é o grande poder conferido aos Juízes de, à revelia da legislação vigente, verificar ou não a reprovabilidade da ação e seu autor”.⁴⁸

Com efeito, afirma-se que o reconhecimento de causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa se dá “à revelia da legislação vigente” porque, em interpretação estrita e literal, apenas

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun. 2005.

⁴⁸ AMORIM, Maria Carolina de Melo. Os critérios para identificação das causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa já reconhecidas no direito brasileiro e estrangeiro. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 2, p. 250-332, jan./jun. 2017. ISSN 2526-5180. p. 254.

se encontrará, na estrutura do crime comissivo comum, aquelas duas hipóteses de não exigência da conduta conforme o direito.

Não obstante este fato, no Brasil, a partir principalmente da doutrina de Francisco de Assis Toledo, tem se admitido gradativamente causas supralegais de inexigibilidade na atualidade com base “em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito”.⁴⁹ Fácil perceber que aqueles que discordarem e não considerarem dispensável a existência de normas expressas a respeito devem concluir pela taxatividade das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

Este trabalho não adentra o mérito da discussão em comentário, abordando este debate na medida necessária e suficiente para demonstrar que essa problemática inexistente na estrutura do crime omissivo impróprio. Isso porque a redação do parágrafo segundo do artigo 13 exerce inegável função de abertura do rol do artigo 22.

Estatui o legislador, ao regular o nexo de causalidade, que não tem relevância penal a omissão quando o omitente não podia agir para evitar o resultado. Não descreve em quais hipóteses o juiz deve considerar que o omitente *não podia agir*, tal como faz o artigo 22 para os crimes de estrutura própria. De fato, se não descreve as hipóteses em que se considera impossível a ação e se não faz menção a qualquer outro dispositivo que o faça, tem-se um rol aberto à interpretação: no crime omissivo impróprio, todas as vezes (sem qualquer rol de hipóteses limitativo) em que o juiz interpretar ser impossível a ação demandada pela norma penal, restará configurada a inexigibilidade de conduta diversa que, nesta estrutura, exclui a tipicidade.

Em síntese, se nos crimes de estrutura própria (comissivo próprio e omissivo próprio) existe a discussão sobre a admissibilidade ou não de outras causas de inexigibilidade que não a obediência hierárquica ou coação moral irresistível, nos crimes omissivos impróprios tal discussão não existe. Isso porque a lei diz que irrele-

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 328.

vante a omissão quando o agente não podia agir, sem descrever limitações; é dizer: não tem relevância a omissão *sempre* e em *qualquer hipótese* em que o omitente não pôde agir.

Este é um dos efeitos identificados na aplicação da interpretação dogmáticamente coerente e conforme a legalidade do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal brasileiro. Também nos parece ter percebido este resultado Miguel Reale Júnior, que registrou que no crime omissivo impróprio se dá maior amplitude à inexigibilidade de conduta diversa, comparativamente ao crime comissivo comum.⁵⁰

E registre-se que ao dizermos que a relevância da omissão imprópria se vê excluída *sempre* e em *qualquer hipótese* em que se identifique a impossibilidade de agir, não afirmamos que a valoração das circunstâncias que venham a configurar essa impossibilidade deve ser arbitrária e indiscriminada. A lei penal exige critérios sérios e científicos para sua aplicação, que deve sempre observar as imperativas garantias individuais ao mesmo tempo que não permite o estabelecimento de um ambiente de impunidade e proteção deficiente.

Para o estabelecimento dos critérios sérios e científicos acima mencionados, pretendendo afastar a arbitrariedade e discricionariedade na aplicação da lei penal, exemplar é a investigação de Maria Carolina de Melo Amorim, que trabalha em empreitada científica buscando identificar base comum às causas legais e supraleais já conhecidas de inexigibilidade de conduta diversa, concluindo pela impossibilidade de catalogação apriorística de todas as hipóteses ensejadoras de tal instituto, mas consignando a *necessidade de cientificidade* no reconhecimento de eventuais novos *tipos* de inexigibilidade de conduta diversa.

⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, 2006. p. 264.

6.2 EFEITOS NO DIREITO PENAL PROCESSUAL

Considerando que o dispositivo do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal disciplina o nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios, as reflexões sobre os efeitos processuais da reinterpretação proposta devem ter como base as disposições legais e reflexões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a manifestação da causalidade na seara processual penal, encontradas em maior monta em referência ao crime comissivo de estrutura comum.

Já mencionamos ser o nexo de causalidade o “liame ideal que possibilita a imputação de um resultado a alguém”.⁵¹ É o nexo de causalidade que permite afirmar que o resultado delituoso é imputável ao *autor* de uma conduta determinada, porque essa conduta causou aquele resultado criminoso. Isso fundamenta a aplicação da pena àquele indivíduo específico e não a outro qualquer.

É de se ver, portanto, que o nexo causal é requisito lógico e legal para a dedução da imputação penal. Por essa razão é que o nexo de causalidade suposto deve restar claro já na denúncia: o órgão ministerial deve descrever, além de outras circunstâncias, de que forma o agente (no caso, omitente) *causou* o resultado tido como criminoso. Como nos diz Tourinho Filho, na inicial acusatória “o órgão do Ministério Público deve fixar a relação de causalidade entre o fato criminoso e o suposto culpado”.⁵²

Dessas reflexões a conclusão é a de que incumbe ao órgão acusador apresentar, já na denúncia, descrição fática que sustente não somente a existência do *dever de agir* do omitente, mas que englobe também descrição da *possibilidade de agir* para evitar o resultado. Isso se concretiza na explanação de uma situação de fato em que se constate a normalidade das circunstâncias, isto é, em que se perceba que o cumprimento do dever jurídico não causaria ao sujei-

⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Op. Cit. p. 41.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2012. p. 473.

to um prejuízo (moral ou de outra ordem) tão grande que não seria razoável que a ordem jurídica exigisse o seu cumprimento.

Se o acusador deixa de assim proceder, isto é, se deixa de descrever, durante a narrativa das circunstâncias que envolvem o fato tido como criminoso, a circunstância do *poder agir*, sua descrição não aborda *todas* as circunstâncias do fato criminoso e o resultado é a inépcia da exordial acusatória, se impondo a rejeição da inicial conforme dita o artigo 395, inciso I, do CPP. Afinal, se o órgão do Ministério Público deve fixar a relação de causalidade entre o fato criminoso e o suposto culpado e se a relação de causalidade no crime omissivo impróprio só existe a partir do *poder agir*, o órgão acusador deve descrever as circunstâncias em que se encontrava o suposto culpado de modo a denotar sua possibilidade de agir conforme o Direito.

Superado este ponto, temos que para estar constituída a justa causa apara ação penal deve o Ministério Público apresentar junto à denúncia, além da prova da materialidade, indícios de autoria. Como a autoria delitiva só existe em razão do nexos de causalidade, no crime omissivo impróprio a Acusação deve demonstrar, pelo menos de forma indiciária, que o acusado (i) tinha o *dever* de agir, trazendo elementos de informação que indiquem que estava na *posição de garante*; e (ii) que tinha o *poder* de agir, apresentando indícios que sugiram a normalidade das circunstâncias.

O que se afirma talvez fique melhor ilustrado a partir de um exemplo. Se encontra na doutrina⁵³ e na jurisprudência⁵⁴ o posicio-

⁵³ Por exemplo, NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 560. e FLORENÇO FILHO, Marco Aurélio. Inexigibilidade de conduta diversa: uma análise político-dogmática para momentos de crise financeira. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 01, n. 01, p. 190-220, dez. 2016. ISSN 2526-5180.

⁵⁴ O STJ, por exemplo, admite, em tese, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa desde que evidenciada a alegada crise financeira da empresa (RHC 20.558/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA

namento de que não é culpável o empresário comete crime tributário (ou mais de um) em razão de situação financeira caótica de sua empresa, com o objetivo de salvar seu negócio – meio de subsistência própria e de terceiros (empregados) – porque age em inexigibilidade de conduta diversa. O poder de agir, exemplo mencionado acima, é excluído pela anormalidade da situação financeira da empresa e ameaça à sua subsistência e de terceiros.

No crime omissivo impróprio, deve o Ministério Público, conforme raciocínio até aqui desenvolvido, demonstrar que o omissor *podia agir* ou, em outras palavras, que se encontrava em circunstâncias normais. No crime tributário, essa prova, ou pelo menos o indício (para recebimento da denúncia), pode se dar através de demonstração contábil.⁵⁵ Se a Acusação apresentar pelo menos indícios que o agente *podia* recolher o tributo conforme determinação legal, porque sua empresa se encontrava em regular situação contábil, demonstrou o *poder de agir* conforme exige o artigo 13 do Código Penal, em seu parágrafo segundo.

A ausência do carreamento de qualquer indício relativo à possibilidade de agir quando do oferecimento da denúncia culmina em falta justa causa para instauração da ação penal, que não deve ser recebida em atendimento ao comando do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

O raciocínio que leva a conclusão acima apresentada se resume no seguinte: o *poder agir* constitui o nexo de causalidade que, por sua vez, integra a autoria delitiva. Para o recebimento da de-

DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 14/12/2009).

⁵⁵ Isso é confirmado, a *contrario sensu*, em acórdão do TRF5 na ACR 2004.83.00.021320-7, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julgado em 12.09.2006. Naquela oportunidade registrou que “constatado que a empresa do apelante dispunha em conta bancária valor que excede ao valor do débito previdenciário e, ainda, que o apelante possuía, durante o período do débito, patrimônio mais de dez vezes maior que o devido à previdência, não se sustenta a tese de dificuldades financeiras intransponíveis ou de empobrecimento do agente”.

núncia é necessária a justa causa, entendida como apresentação de prova da materialidade e ao menos indícios de autoria. Deve o Ministério Público, portanto, carrear a denúncia com indícios, ao menos, de que o suposto culpado se omitiu *em uma situação de normalidade*, em que exigível a ação conforme o Direito pois *podia* cumprir seu dever.

Há ainda a hipótese, de fato um tanto remota e improvável, na qual consta da descrição na denúncia circunstâncias em que o agente notadamente não tinha a possibilidade de agir – se encontrava claramente em inexigibilidade de conduta diversa. Imagine-se o exemplo de uma denúncia por crime omissivo impróprio tributário onde, por alguma razão, a Acusação menciona que a empresa enfrentava grave crise financeira. Neste caso, tendo-se a grave crise financeira como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa nos crimes tributários, ocorre que o fato narrado evidentemente não constitui crime, sendo caso de absolvição sumária, conforme determina o artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

O primeiro juízo sobre a exigibilidade ou não da conduta é feito pelo órgão acusador que, constatando-a, deixará de oferecer a denúncia. Se, entretanto, o membro do Ministério Público não vislumbrou circunstâncias que caracterizam a inexigibilidade de conduta diversa e denunciou o indivíduo, torna-se interesse do acusado a demonstração dessas circunstâncias ao contestar a tese acusatória. E tal como se impõe a análise antecipada da exigibilidade da conduta ao órgão acusador para formação da *opinio delicti*, a antecipação do juízo de culpa no crime omissivo impróprio se impõe também ao Magistrado, que deverá verificar a presença ou não da exigibilidade da conduta quando faz juízo de admissibilidade da denúncia.

E em sede de análise de recebimento ou não da denúncia, concebemos, como visto, três hipóteses de possíveis vícios, referentes à não observância do imperativo da correta interpretação do artigo 13, parágrafo segundo: (i) a inépcia pela não descrição de circunstâncias que denotem o *poder agir*; (ii) falta de justa causa pelo não carreamento de indícios da efetiva possibilidade de agir; (iii) absolvição sumária, em razão de o fato evidentemente não consti-

tuir crime, quando da descrição de situação de fato restar patente a inexigibilidade da conduta conforme o Direito.

Pode ser, entretanto, que no exame perfunctório característico da decisão que recebe ou não a denúncia a presença da inexigibilidade de conduta diversa não se mostre tão evidente. Se houver ao menos indícios que o omitente tinha o *poder* de agir (bem como o dever, é claro), a denúncia deve ser recebida. Nesse caso, caberá à Acusação a responsabilidade da produção da prova que demonstre a *possibilidade de agir*, sem a qual entendemos impositiva a absolvição, por ausência de prova de que o réu concorreu para a infração penal, de acordo com as disposições do inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal. Se, apesar de desincumbido do ônus de demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, o réu produzir a prova, entendemos que absolvição deve se dar por estar provado que não concorreu para a infração penal (inciso IV).

É fácil perceber que os efeitos os efeitos processuais da aplicação da interpretação dogmáticamente coerente e conforme a legalidade do parágrafo segundo do artigo 13 culminam em massiva inversão do interesse de demonstração da exigibilidade do cumprimento da norma. Se no crime de estrutura comum a produção de provas sobre a inexigibilidade da conduta é de interesse maior da Defesa,⁵⁶ no crime omissivo impróprio o mesmo não pode ser dito e ônus da Acusação é elevado.

⁵⁶ Sobretudo a partir do entendimento de que cabe à parte acusadora comprovar a existência do fato e demonstrar sua autoria e provar que a atuação se deu com a presença elemento subjetivo típico, enquanto a prova de eventual alegação de causa excludente de ilicitude ou culpabilidade ou de circunstância extintiva de punibilidade caberia à Defesa. Essa posição é adotada, dentre outros, em TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.

Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2012. p. 266.; PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 178; CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 280; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 237. Apesar de ter posição diversa, afirma ser aquela posição predominante LIMA, Renato

Importante, portanto, análise sobre os efeitos práticos dessa inversão.

6.3 IMPACTOS NA PRÁTICA JUDICIÁRIA

É notório que na atualidade a teoria clássica do direito penal tem enfrentado dificuldades para lidar com a complexificação cada vez mais crescente dos aparatos de criminalidade. Essa maior complexidade tem se apresentado sobretudo no campo do denominado *direito penal econômico* ou, como alguns preferem, na *criminalidade empresarial*.

O problema surge porque o paradigma do direito penal clássico é o delito doloso de ação. O concurso de vários sujeitos estruturalmente organizados produz algumas distorções, como (i) a dissociação entre ação e responsabilidade, porque não raras vezes o executor é um subordinado de último nível na estrutura hierárquica; (ii) a fragmentação dos elementos do tipo, porquanto, em razão da divisão funcional, a execução material, a posse de informações, o poder de decisão e as condições subjetivas de autoria se diluem em diferentes pessoas; e (iii) a aparição de problemas cognitivo-valorativos que afetam os integrantes do grupo, reduzindo sua capacidade de resistência aos apelos criminosos, como ensinam Silva Sanchez⁵⁷ e Heloisa Estellita.⁵⁸

Com o pretexto de suprir as deficiências legislativas – por vezes reais, por vezes meramente retóricas – a prática judiciária tem caminhado no sentido de flexibilizar o que antes se tinha como

Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 815.

⁵⁷ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Derecho penal de la Empresa**. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2013. ps. 07 e ss.

⁵⁸ 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 de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 38-50.

garantias, inovando com conceitos e interpretações que se veem, não raras vezes, à margem da legalidade.

A ciência penal deve se preocupar com o desenvolvimento de uma prática judiciária que apregoa um direito penal controlador, próprio de sistemas totalitários e que, dentre outras consequências, causa a redução da cognoscibilidade pelo cidadão de qual “conduta por ele praticada poderá ensejar um processo criminal – com todos os estigmas que ele produz – e, conseqüentemente, uma pena”,⁵⁹ conforme ideia desenvolvida por Carla Silene em estudo monográfico sobre o tratamento penal crime organizado.

Notórios estudos científicos já se prestaram a evidenciar os equívocos dogmáticos cometidos nessa empreitada judiciária de suprimento da ineficiência legislativa (ou ineficácia legal). Como exemplo podemos mencionar o já citado *Autoria do fato*, de Luís Greco e outros, que exploram o sistema de concurso de pessoas do Código Penal brasileiro e, com verdadeiro conhecimento das teorias do domínio do fato e da organização, demonstram os equívocos cometidos pela Suprema Corte no bojo da Ação Penal 470 no que tange a essas teorias.⁶⁰ Outro exemplo se encontra na tese de doutoramento de Guilherme Lucchesi, que investiga a fundo o conceito da cegueira deliberada (*willful blindness*), confusamente *importada* do sistema *common law*⁶¹ e cuja aplicação cada vez mais se populariza no âmbito da criminalidade de empresa.

⁵⁹ SILENE, Carla. **Crime organizado**: crítica da definição da matéria da proibição e o requisito da taxatividade nas organizações criminosas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 212.

⁶⁰ GRECO, Luís, et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Sobretudo o capítulo “*Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*”, de Alaor Leite.

⁶¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"**. Tese (Doutorado em Direito - Universidade Federal do Paraná). Curitiba. 2017.

Com efeito, a importação desses novos conceitos (domínio da organização, cegueira deliberada, etc) para suposta legitimação científica da pretensão de suprimento das deficiências legislativas (como dito, algumas reais e outras retóricas) tem culminado em expressiva expansão da punibilidade, à revelia da legalidade, sobretudo a partir da utilização da figura da omissão imprópria, estudada nesse trabalho.

O legislador, o operador e o cientista do Direito devem ter sempre em mente que manejam objeto que impacta diretamente na realidade social (é seu objetivo principal!). Mais importante que isso é perceber que os efeitos causados pelo Direito nem sempre são apenas os primários e desejados, mas muitas vezes são percebidas também consequências secundárias, no mais das vezes previsíveis. O modo como o Direito regula (sobretudo penalmente) o exercício empresarial impacta, negativa ou positivamente, a atividade econômica, inquestionavelmente imprescindível para o desenvolvimento social. Exemplo de impacto é a crescente preocupação pelo estabelecimento de mecanismos de vigilância nas empresas (*compliance*), a fim de satisfazer o cumprimento do dever de vigilância do garantidor empresarial.⁶²

Ao se incumbir da função de gerência de um aparato empresarial, o sujeito certamente se vê inserido em na posição de garantidor e assume “deveres de proteção e assistência ou de segurança e controle”, “com o escopo de não lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal de outro ser humano com o qual está em interação”.⁶³

Acontece que se o manejo da responsabilização decorrente da assunção desses deveres se torna irracional (ou arbitrário, feito

⁶² 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 de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 59.

⁶³ ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. p. 284.

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 chancelada a ameaça de pena privativa de liberdade que pode ser aplicada arbitrariamente, não há quem se submeta a tamanho risco.

Tal como Estellita,⁶⁴ 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.

Nesse sentido, concluímos que, além de todas as vantagens em sede de coerência dogmática e atendimento à legalidade, a antecipação da análise da exigibilidade constitui interessante freio à tendência de relativização dos pressupostos básicos de responsabilização, porquanto, como se viu no tópico 6.2, torna mais rigorosa a imputação do delito omissivo impróprio, que enfrenta crescente vulgarização.

7 CONCLUSÕES

1. Pretendendo resolver os problemas identificados na atual interpretação dada ao *poder de agir* inserido na estrutura do crime omissivo impróprio do ordenamento penal brasileiro, nos dedicamos primeiro à investigação histórica sobre o tratamento dessa espécie de estrutura punitiva nos Códigos Penais que antes vigoraram em nosso país e em suas exposições de motivos.

Como resultado dessa investigação, verificamos que o *poder agir* surge como elemento do nexó de causalidade no crime omissivo impróprio primeiro no Anteprojeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria e que, mais tarde, vem a se tornar o Código Penal de 1969.

A finalidade da análise não foi alcançada, entretanto. Isso porque no estudo da Exposição de Motivos do referido diploma legal não se encontrou qualquer consideração tecida sobre o *poder*

⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

agir enquanto elemento do nexu de causalidade no crime omissivo impróprio.

A mudança foi primeiro introduzida no Código Penal de 1969, que não teve vigência; relativamente ao nexu de causalidade, o texto constante daquele diploma revogado durante a *vacatio legis* foi repetida pela Reforma de 1984, que alterou o Código Penal de 1940, mas também não apresentou o porquê da alteração nem sua finalidade.

Concluimos, portanto, que se o legislador não expôs em documentos oficiais os motivos da inserção da expressão em comento e nem seu significado, restou a tarefa de interpretação e definição deixada a cargo da doutrina, para ser consolidada pela jurisprudência.

2. A partir da insuficiência da investigação histórica, recorreremos então ao estudo bibliográfico das posições sobre o assunto e autores que elaboram considerações mais profundas sobre o problema. No limite do que conseguimos conhecer, identificamos que tratam da questão Juarez Tavares, Miguel Reale Júnior e Claudio Brandão e Leonardo Siqueira, estes dois últimos em trabalho conjunto.

Dentre os mencionados autores, adotamos a posição de Brandão e Siqueira, que dizem que o *poder agir* equivale à exigibilidade da conduta, que deixa de ser um elemento do juízo de culpabilidade e passa a ser requisito da constituição do nexu de causalidade ficto no crime omissivo impróprio, sendo analisado quando do juízo de tipicidade. Apesar serem poucas as considerações sobre o tema apresentadas por Reale Júnior, nos pareceu ser posição adotada também ele, que tem a autoridade de quem participou da Comissão Reformadora em 1984 e consolidou a inserção do *poder agir* no Código Penal vigente. Recusamos a proposta de Tavares, que, da forma como compreendemos, não concebeu a *transferência da exigibilidade*, como viram Reale Júnior, Brandão e Siqueira, mas sua *repetição*, apresentando alternativa que, ao nosso sentir, frustra as finalidades pretendidas pelo próprio autor.

3. A partir deste ponto, tendo definido os termos da interpretação do *poder agir* adotada, nos incumbimos de investigar os efeitos penais e processuais penais de sua aplicação, bem como os impactos na prática judiciária.

3.1. Na ordem do direito penal material, identificamos que no crime omissivo impróprio não existe rol limitativo das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, como alguns argumentam haver no crime de estrutura própria no do artigo 22, que disciplina a obediência hierárquica e coação moral irresistível.

Com efeito, no artigo 13, parágrafo segundo, está disposto que não tem relevância penal a omissão quando o agente *não podia agir*. Não define ou limita a interpretação sobre as hipóteses em que não pode agir, equivalente à inexigibilidade da conduta, como se sabe a essa altura. Conclui-se que no crime omissivo impróprio todas as vezes em que o juiz interpretar não ser razoável a exigência da ação demandada pela norma penal, restará configurada a inexigibilidade de conduta diversa que, nessa estrutura, exclui a tipicidade pela ausência do nexo de causalidade.

Com isso, na estrutura do crime comissivo por omissão inexistente a discussão sobre a admissibilidade de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

Ressaltamos, entretanto, logo após essa conclusão, que ao dizermos que a relevância da omissão imprópria se vê excluída *sempre* e em *qualquer hipótese* em que se identifique a impossibilidade de agir, não afirmamos que a valoração das circunstâncias que venham a configurar essa impossibilidade deve ser arbitrária e indiscriminada, alertando que a lei penal exige critérios sérios e científicos para sua aplicação, que deve sempre observar as imperativas garantias individuais ao mesmo tempo que não permite o estabelecimento de um ambiente de impunidade e proteção deficiente. Neste ponto, encampamos a lição de Maria Carolina de Melo Amorim, para quem não se pode perder de vista a *necessidade de cientificidade* no reconhecimento de eventuais novos *tipos* de inexigibilidade de conduta diversa.

3.2. No âmbito do direito processual penal, concluímos que a aplicação da correta interpretação conforme se propõe culmina

em massiva inversão do interesse de demonstração da exigibilidade do cumprimento da norma.

De fato, percebemos que se na descrição do fato criminoso contida na denúncia o Ministério Público deixar de explanar uma situação de fato em que se constate a normalidade das circunstâncias – que denota a possibilidade de agir/exigibilidade de comportamento conforme a norma – será inepta a inicial acusatória, por não ter abordado a circunstância do *poder agir*, necessária à constituição do nexo de causalidade ficto do crime omissivo impróprio. Não descreveu o fato criminoso com *todas* as suas circunstâncias.

Verificamos também uma segunda alteração no âmbito do processo penal. Para se ter justa causa para instauração da ação penal, o Ministério Público deve apresentar a denúncia com indícios de autoria; a autoria delitiva só existe a partir do nexo de causalidade, que no crime omissivo impróprio exige a *possibilidade de agir*. Disso decorre que, no oferecimento da exordial acusatória, o órgão acusador tem de apresentar elementos de informações aptos a demonstrarem, ao menos de modo indiciário, a normalidade das circunstâncias, que denota a possibilidade de agir/exigibilidade de cumprimento da norma. Demos como exemplo uma persecução em que se demonstra a regularidade contábil daquele que comete o crime omissivo impróprio tributário: isso é indício da normalidade das circunstâncias e perfeita exigibilidade do cumprimento da norma.

Abordamos ainda a hipótese em que consta da descrição na denúncia circunstâncias em que o agente notadamente não tinha a possibilidade de agir – se encontrava claramente em inexigibilidade de conduta diversa. Como exemplo, pensamos em uma denúncia por crime omissivo impróprio tributário em que a Acusação menciona que a empresa enfrentava grave crise financeira. Neste caso, tendo-se a grave crise financeira como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa nos crimes tributários, ocorreria que o fato narrado evidentemente não constitui crime, impondo-se a absolvição sumária, conforme determina o artigo 397, inciso III do Código de Processo Penal.

Na hipótese de recebimento da denúncia por crime omissivo impróprio por existirem ao menos indícios de que o omitente tinha o poder de agir e posterior constatação, em sede de instrução processual, da inexigibilidade de conduta diversa, entendemos que a absolvição deve se dar por não existir prova do concurso do réu para o cometimento da infração penal, se o Ministério Público não produzir provas sobre a possibilidade de agir, ou por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal, se restar patente tal demonstração, de acordo com as disposições dos incisos V e IV, respectivamente, do artigo 386 do Código de Processo penal.

3.3. No que se refere aos impactos na prática judiciária, primeiro registramos o contemporâneo problema de vulgarização da imputação penal a título de omissão imprópria, somada a conceitos equivocadamente aplicados, como as teorias do domínio da organização e cegueira deliberada, para concluir que a aplicação da interpretação aqui proposta tem, além das vantagens dogmáticas, o mérito de constituir um freio à crescente relativização dos pressupostos básicos e essenciais da imputação penal pessoal.

REFERÊNCIAS

ALTALEX. Del reato. Codice penale, Libro I, Titolo III. Disponível em:

<https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>. Acesso em: 18 ago. 2019.

AMORIM, Maria Carolina de Melo. Os critérios para identificação das causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa já reconhecidas no direito brasileiro e estrangeiro. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2, n. 2, p. 250-332, jan./jun. 2017. ISSN ISSN 2526-5180.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Crimes Omissivos Impróprios: Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1996.

- BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v. I, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio. BEM JURÍDICO E NORMA PENAL: A FUNÇÃO DA ANTINORMATIVIDADE NA TEORIA DO CRIME. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 07-45, jul. 2018. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun. 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4ª. ed. São Paulo: Ed. Atlas, v. 1, 2015.
- BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro. **Católica Law Review**, Lisboa, v. 01, n. 03, p. 43-70, nov. 2017. ISSN 2183-9336.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 - Ministro Francisco Campos. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 120-153, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CERQUEIRA, Rafaela Alban. **Inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo: uma nova perspectiva principiológica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2014.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>. Acesso em: 18 ago. 2019.

- 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 de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2012.
- FLORENÇO FILHO, Marco Aurélio. Inexigibilidade de conduta diversa: uma análise político-dogmática para momentos de crise financeira. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 01, n. 01, p. 190-220, dez. 2016. ISSN 2526-5180.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**: Volume I, Tomo I. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- GRECO, Luís, et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- HUNGRIA, Nelson. ANTEPROJETO DE AUTORIA DO MINISTRO NELSON HUNGRIA. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 37-120, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume I: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito - Universidade Federal do Paraná). Curitiba. 2017.

MACHADO, Alcântara. Projeto do Código Criminal brasileiro.

Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 34, n. n. 2, p. 193-494, jan. 1938.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 17^a. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto-Lei n° 1.004, de 21 de Outubro de 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. LEI N° 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984 - Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 01 set. 2019.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Derecho penal de la Empresa**. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2013.

SILENE, Carla. **Crime organizado**: crítica da definição da matéria da proibição e o requisito da taxatividade nas organizações criminosas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

- SILVA, Antônio José da Costa e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, v. I, 1930.
- SILVA, Luis Antônio da Gama e. Exposição de motivos do Código Penal de 1969. **Revista de informação legislativa**, v. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez. 1969.
- SILVA, Paulo Roberto Neves Augusto da. **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos**. Dissertação (Mestrado em Direito - Universidade Cândido Mendes). Rio de Janeiro. 2005.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ed. Roque Depalma, 1956.
- ZINI, Júlio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.