PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Thaís Cruz Silva Fortes

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOLOSA POR OMISSÃO DOS DIRIGENTES DE EMPRESA

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

Thaís Cruz Silva Fortes

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOLOSA POR OMISSÃO DOS DIRIGENTES DE EMPRESA

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.
Área de concentração: Efetividade do Direito.

São Paulo

2023

Thaís Cruz Silva Fortes

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOLOSA POR OMISSÃO DOS DIRIGENTES DE EMPRESA

Mestrado em Direito

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques (Orientador) – PUC-SP

_____

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – PUC-SP

_____

Prof. Dr. Ulisses Augusto Pascolati Júnior – Universidade Presbiteriana Mackenzie–SP

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na pessoa de todos os seus professores e servidores da Faculdade de Direito, pelos incalculáveis e valiosos ensinamentos que me foram oferecidos ao longo dos últimos oito anos em que tive a oportunidade e o prazer de estudar nesse *campus.*

Agradeço, com a mais profunda admiração e inestimável apreço, ao Professor Doutor e orientador Oswaldo Henrique Duek Marques, sem o qual esse trabalho não seria possível.

Agradeço aos Professores Doutores Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Ulisses Augusto Pascolati Júnior, Silvio Luís Ferreira da Rocha e Edson Luz Knippel, que muito me honraram ao aceitar o convite para integrar a Banca Examinadora.

Aos professores Édson Luís Baldan e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, agradeço as ponderações feitas na Banca de Qualificação, as quais foram de inestimável valia para o desenvolvimento da presente pesquisa à sua atual apresentação.

Agradeço ao Professor Doutor Márcio Augusto Friggi de Carvalho por, desde a graduação, despertar em mim um verdadeiro fascínio pelo Direito Penal e fomentar, incessantemente, a curiosidade e a busca pelo conhecimento de seus alunos.

Agradeço aos meus pais, Irineu e Cibele, minhas maiores inspirações de vida, por ensinarem ao meu irmão e a mim, desde muito novos, que o conhecimento é a nossa principal ferramenta. Agradeço o inesgotável e incondicional apoio e incentivo em cada etapa dessa pesquisa.

Agradeço o meu irmão, Luiz Felipe, pessoa a qual devo tudo o que sou, pelo companherismo e apoio ao longo dessa jornada.

Agradeço às amizades que nasceram na PUC-SP e que vou levar para a vida. Agradeço, especialmente, ao Marcelo, que me motivou e me ajudou a concluir o presente trabalho.

Agradeço às minhas colegas de trabalho, Marina, Lara e Maria Julia, que me acompanham diariamente e fizeram parte de cada etapa desse trabalho. As agradeço pela imensa generosidade, compreensão e apoio durante esse período.

Finalmente, agradeço ao Henrique, meu companheiro de vida, que me ofereceu todo o apoio e o suporte necessários ao longo do extenso período de pesquisa.

RESUMO

A presente dissertação visa analisar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada aos casos de delitos omissivos impróprios cometidos por dirigentes de empresa que ocupam papel de garantes, na modalidade dolosa. Assim, dispõe sobre a *willful blindness doctrine*, sua aplicação no *common law* e sua posterior introdução ao *civil law*, bem como sobre os óbices relacionados à aplicação dessa teoria no Brasil. Posteriormente, far-se-á um exame da teoria do dolo no Brasil, com especial enfoque no conhecimento e na sua distinção quanto ao instituto estadunidense do *knowledge*. O recorte metodológico se dá a partir da análise da conceituação e emprego dos crimes omissivos impróprios e da figura do garante no sistema jurídico-penal brasileiro, com posterior delimitação destes no direito penal empresarial. A partir disso, realiza-se uma análise da teoria normativa do dolo e sua aplicação aos garantes em cegueira deliberada frente a uma situação típica, concluindo-se pela sua possibilidade, desde que atendidos alguns relevantes requisitos.

Palavras-chave: Teoria da cegueira deliberada. Dolo. Teoria normativa do dolo. Conhecimento. *Knowledge.* Crimes omissivos impróprios. Garante. Figura de garantia penal. Direito penal empresarial.

ABSTRACT

The following thesis aims to analyze the possibility of implementation of the willful blindness doctrine in cases of improper omissive crimes committed with dolus. In a first stage, it intends to examine the concept of the willful blindness doctrine, relating it to its application in the common law systems and civil law systems (on this second point, it investigates the obstacles regarding the implementation of the mentioned doctrine in the Brazilian legal system). In a second phase, it examines the dolus theory in Brazil and its comparison to the dolus acknowledged in North America. Then, the dissertation analyses improper omissive crimes and its specifications in Brazil, detailing its application in Criminal Corporate Law. At last, the present thesis analyzes the normative theory of dolus and its application in cases of improper omissive crimes in which the agent willful abstained from acquiring the knowledge regarding relevant facts.
Key words: Willful blindness doctrine. Dolus. Normative theory of dolus. Knowledge. Improper omissive crimes. Criminal corporate law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO---------- 10
1. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA ---------- 16
1.1 Origem Histórica---------- 16
1.2 Conceito e Requisitos ---------- 22
2. O DOLO EVENTUAL E A CEGUEIRA DELIBERADA ---------- 27
2.1 O Dolo no Direito Penal Brasileiro ---------- 27
2.1.1 Teorias Volitivas---------- 30
2.1.2 Teorias Intelectivas ou Cognitivas---------- 30
2.2 O Conhecimento no Direito Penal Brasileiro ---------- 32
2.3 O Conhecimento e o *Knowledge* ---------- 40
3. ÓBICE À APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ---------- 44
3.1 Inexistência de Afinidade entre o Conhecimento e o *Knowledge*---------- 44
4. CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO E A FIGURA DA GARANTIA PENAL ------ 50
4.1 Crime Omissivo Impróprio---------- 50
4.1.1 Diferença entre Crime Omissivo e Crime Comissivo---------- 50
4.1.2 Diferença entre Omissão Própria e Omissão Imprópria ---------- 54
4.1.2.1 Critério Normológico---------- 55
4.1.2.2 Critério Tipológico---------- 56
4.1.2.3 Critério Tradicional ---------- 57
4.1.2.4 Conclusões Acerca dos Critérios Diferenciadores de Omissão Própria e Imprópria---------- 57
4.2 A Posição de Garante---------- 60
4.2.1 Delimitação subjetiva do garante ---------- 61
4.2.1.1 Teoria do Dever Formal---------- 63
4.2.1.2 Teoria Material---------- 65
4.2.1.3. Teorias do Domínio ou Controle sobre o Fundamento do Resultado ---------- 67
4.2.1.4. Teorias Unificadoras e Competências Organizativas e Institucionais --------- 70
4.2.1.5. Balanço das Teorias e Posicionamento ---------- 74

4.3 Delimitação Objetiva da Posição de Garante ---------- 76

5. A POSIÇÃO DE GARANTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DO DIRIGENTE DE EMPRESA POR CRIMES RELATIVOS À ATIVIDADE ECONÔMICA ---------- 79

5.1. Empresa como Fonte de Perigo Permitida ---------- 79

5.2 A Possibilidade de Delegação de Tarefas pelos Garantidores e seus Reflexos no Âmbito da Vigilância dos Garantidores ---------- 82

5.3 Dirigentes como Garantidores Originários ---------- 83

6. IMPUTAÇÃO DOLOSA NO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO ---------- 88

6.1 O Dolo e a Omissão Imprópria ---------- 88

6.1.1. Fragmentação da Informação no Âmbito da Empresa ---------- 89

6.1.2 Consequências da Divisão de Tarefas no Conhecimento da Situação de Perigo 91

6.2 A Cegueira Deliberada e a Figura de Garantia Penal ---------- 93

7. FUNDAMENTAÇÃO DE PROPOSTA DE IMPUTAÇÃO DOLOSA NA CEGUEIRA DELIBERADA DO AGENTE GARANTIDOR ---------- 97

7.1 Normativização do Dolo à Luz da Teoria da Culpabilidade: Fundamentação da Imputação Dolosa em Cegueira Deliberada ---------- 97

CONCLUSÃO ---------- 115

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 120

INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada consiste em tese voltada à penalização de agente que, "podendo aprofundar seu conhecimento sobre determinados fatos, prefere manter-se 'cego' – daí a nomenclatura – diante daquilo que pode prejudicá-lo"[1], consiste em importante fundamento de imputação delitiva atualmente.

Nesse sentido, a também chamada ignorância deliberada foi criada em países cujo sistema aplicado é o do *common law*, no século XIX, e, apesar de não se tratar de tese nova, possui diversos questionamentos voltados à legalidade de sua importação ao direito penal brasileiro, principalmente no que se refere à flexibilização, dela decorrente, do elemento subjetivo do tipo que pode obstar sua utilização no direito brasileiro.

Pardini Gonçalves, nessa seara, aduz alguns questionamentos relativos à aceitabilidade de dada teoria no Brasil, que se dão no seguinte sentido: "seria a cegueira deliberada um novo título de imputação subjetiva, ao lado das categorias já conhecidas no âmbito tanto do *common law*, quanto do *civil law*? Seria ela, na verdade, não mais que uma forma de atendimento *in concreto* a alguma dessas categorias abstratas? Antes disso, seria ela juridicamente admissível ou configuraria indevida abertura à responsabilidade penal objetiva?".[2]

O que se verifica, como muito bem elucidado por Pardini Gonçalves, é que os questionamentos apontados, que se relacionam com a teoria em comento, demandam um profundo estudo no que se refere às conceituações tradicionais do elemento subjetivo do tipo e às novas terminologias trazidas pela *willful blindness doctrine*.

Faz-se necessário, para tanto, entender as hipóteses de imputação subjetiva do nosso sistema jurídico – quais sejam, dolo e culpa – para posteriormente analisar se a cegueira deliberada poderia se enquadrar em qualquer uma delas. Em um segundo momento, seria de todo imprescindível rememorar os conceitos relacionados às responsabilidades objetiva e subjetiva para, então, entender a necessidade de verificação da consciência e da vontade voltadas à prática de dada infração penal pelos agentes para,

---

[1] MARTINS, Luiza Faria. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 55, p. 135-162. Disponível em: https://www.itecrs.org/en/edicoes/ano:2014/titulo:v12n55p135-162. Acesso: 09 jun. 2023.

[2] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 09.

finalmente, analisar se a aplicação da ignorância deliberada resultaria em indevida abertura à responsabilização penal objetiva.

Desta feita, por meio da pormenorização dessa temática, pretende-se conceituar e também limitar a cegueira deliberada, a fim de aclarar de que maneira o ordenamento jurídico pátrio se relaciona com as situações que englobam a tese em comento.

Apesar do breve introito voltado à problematização atinente à ignorância deliberada, o presente estudo não visa tratar da *willful blindness doctrine* de maneira genérica, mas busca antes realizar um recorte metodológico no sentido de aplicá-la à responsabilização penal por omissão imprópria, na modalidade dolosa, dos dirigentes de empresas.

Busca-se, desta forma, sofisticar o debate relativo à aplicação de dada teoria a partir da sua associação com uma importante temática do direito penal contemporâneo: a imputação dolosa do crime omissivo ao agente garantidor, principalmente no âmbito empresarial.

Isto porque, tendo em vista que tanto a Constituição Federal quanto o Código Penal estabelecem a responsabilização penal individual[3], costuma-se imputar eventual conduta delitiva praticada no âmbito empresarial às pessoas físicas dos empresários que, na condição de agentes garantidores do bom funcionamento da estrutura societária, poderiam estar inseridos em situações nas quais, apesar de tomarem conhecimento da iminência ou da continuidade da prática de crimes no âmbito da empresa, não intervêm para evitar essas práticas.[4]

Até porque, como será demonstrado ao longo desta dissertação, as empresas consistem em estruturas perfeitas para a constatação de atos praticados ante a verificação do estado de cegueira deliberada, principalmente pelos gestores.

Deste modo, ao se falar na relação dessas duas temáticas, estar-se-ia possibilitando a responsabilização de empresários que se utilizam da cegueira deliberada para se furtar

---

[3] "Isto vale, ao menos, para sistemas jurídicos estruturados sobre a base da dignidade humana. Em nosso país, a estrutura individual da responsabilidade penal no direito positivo decorre não só no postulado da dignidade humana (arts. 1.º, III, Constituição Federal), como de uma série de preceitos constitucionais (art. 5.º, XLV e XLVI, CF) e penais (especialmente, arts. 13 a 31, CPB)" (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017).

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

a eventual aplicação da lei penal e, visando "facilitar ou tornar mais cômoda sua decisão moral"[5], tornam-se propositalmente "cegos" diante de determinada situação.

Ou seja, tratar-se-ia do direito imputando ao empresário "o conhecimento do que poderia haver conhecido".[6]

A possibilidade de responsabilização de dirigentes por delitos não praticados diretamente por estes, mas por outra pessoa que compõe a estrutura societária da empresa sob sua responsabilidade, está pautada na admissão, pelos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários majoritários, da aplicação do instituto da omissão imprópria, previsto no artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro, aos administradores de empresas.

Tal entendimento, apesar de muito presente na literatura brasileira, demanda uma análise mais minuciosa no que se refere aos fundamentos, pressupostos, limites e conteúdo da posição de "garantidor" imposta aos dirigentes.

Há, nessa seara, uma grande discussão acerca da possibilidade de imputação do resultado delitivo aos administradores tão somente com base na omissão imprópria, de maneira indiscriminada, sem que se verifique a efetiva averiguação do contato de dado administrador com a ilicitude a ele imputada em razão de seu cargo.

Devem ser avaliados outros pressupostos sobre os quais deve estar embasada a imputação dos dirigentes, entre eles: a possibilidade fático-jurídica de agir, a configuração de situação típica e a verificação de elemento subjetivo voltado a deixar de impedir o alcance de determinado resultado típico.

Daí a importância do estudo do elemento subjetivo do tipo: a aplicação da mencionada teoria se justificaria na medida em que os administradores, na posição de responsáveis pelo bom funcionamento da estrutura societária, poderiam, com base no dever de "garante" a eles atribuídos, ter contato com eventuais ilícitos que se verificam dentro da empresa e, visando se furtar de eventual penalização, deixarem de coibir determinada conduta ilícita, colocando-se deliberadamente em estado de cegueira para não vislumbrar a ocorrência de ilícitos penais.

---

[5] HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada:* compatibilidade no direito penal brasileiro? Compendi Law Review, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023, p. 450.

[6] BLANCO, Isidoro Cordero. El delito de blanqueo de capitales *apud* HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada:* compatibilidade no direito penal brasileiro? Compendi Law Review, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023, p. 450.

A *willful blindness doctrine* consistiria em uma maneira encontrada por alguns doutrinadores e julgadores para atribuir caráter doloso à conduta praticada por aqueles agentes que, no âmbito empresarial, deliberadamente deixam de tomar conhecimento de ilícitos penais embora tenham acesso a fortes indícios de dada prática e escolhem não agir para impedir a ilicitude, omitindo-se e permitindo a continuidade da conduta delitiva.

O objeto principal do presente estudo é entender se é possível que se proceda à imputação de casos omissivos impróprios na modalidade dolosa, principalmente com base na alegação de que os agentes estariam postados em estado de cegueira deliberada quanto à situação típica de perigo.[7]

A dificuldade, com efeito, reside na seguinte questão: tendo em vista que, nesse cenário de penalização por omissão imprópria, os delitos anteriores à omissão, em regra, não foram diretamente praticados pelos administradores, torna-se obscuro o desenho do elemento subjetivo no que se refere à omissão.

Será necessário apreciar se a aplicação desmedida da ignorância deliberada poderia resultar em um cenário de supressão do instituto da negligência e da culpa consciente, propiciando uma vasta aplicação do dolo eventual a casos que não necessariamente refletem hipóteses de assunção do risco por parte dos agentes.

Os casos relacionados à omissão imprópria, nesse sentido, são importantes instrumentos de debate, vez que se tratam de "casos limítrofes nos quais a teoria da cegueira deliberada coloca-se como uma intermediária entre o dolo e a culpa, equiparando seus resultados, quando aplicada, à figura do dolo eventual".[8]

Pretende-se relacionar as imputações a título de omissão imprópria, seus limites e fundamentos, bem como o estudo do elemento subjetivo de dadas condutas para, posteriormente, avaliar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada sob a ótica dos princípios constitucionais e dos institutos clássicos do direito penal.

Ao final da análise, espera-se que seja solucionada a seguinte problemática principal: os garantes que tomam conhecimento da iminência ou da continuidade da

---

[7] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 10.

[8] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 17-35, jul. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111475. Acesso: 09 jun. 2023.

prática de crimes no âmbito da empresa deveriam ser penalizados por omissão do dever de agir, na modalidade dolosa, para evitar determinado resultado típico?

Também penderá de resposta a seguinte problemática secundária: a flexibilização do elemento subjetivo dos tipos penais, com base na teoria da cegueira deliberada, poderia transformar qualquer negligência praticada no âmbito da empresa em conduta dolosa?

Para resolver as questões nucleares ora propostas, o trabalho estará dividido em sete capítulos. No primeiro capítulo – intitulado "A Teoria da Cegueira Deliberada" – busca-se esclarecer a origem histórica e o contexto de criação da teoria da cegueira deliberada, a fim de melhor elucidar a finalidade da sua incidência e demonstrar as diferenças de aplicação da mencionada teoria em países de *common law* e de *civil law*, bem como apresentar sua conceituação e seus requisitos de aplicação.

No segundo capítulo – intitulado "O Dolo Eventual e a Cegueira Deliberada" –, por sua vez, faz-se expressivo abordar as teorias relativas ao elemento subjetivo do tipo no direito penal brasileiro, com enfoque na teoria do dolo e nas diferenças entre dolo eventual e *knowledge* – instituto presente nos países de *common law*.

Em seguida, no terceiro capítulo, denominado "Óbice à Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Ordenamento Jurídico Brasileiro", passa-se a apresentar as dificuldades de aplicação da mencionada teoria, bem como as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Feito isso, chegar-se-á no capítulo que servirá de base para a realização do recorte metodológico eleito na presente dissertação: no quarto capítulo – denominado "Crime Omissivo Impróprio e a Figura da Garantia Penal" –, versar-se-á sobre o instituto do crime omissivo impróprio no Direito Penal Econômico e, posteriormente, será trabalhada a divisão entre crimes omissivos próprios e impróprios. Será atribuído especial enfoque a estes últimos, principalmente no que se refere à sua manifestação no contexto empresarial, com a figura de garantia penal.

Ainda com relação à figura do garante nos delitos omissivos impróprios, o quinto capítulo, denominado "A Posição de Garante e a Responsabilização do Dirigente de Empresa por Crimes Relativos à Atividade Econômica", tratará da empresa como fonte de perigo e da responsabilidade que o empresário possui sobre os perigos advindos de determinada atividade empresarial.

Estabelecidas essas premissas, o sexto capítulo – intitulado "Imputação Dolosa no Crime Omissivo Impróprio" – prosseguirá na linha da pesquisa tratando da imputação dolosa no crime omissivo impróprio e da cegueira deliberada do agente garantidor.

Por fim, a exposição culminará no sétimo capítulo – denominado "Fundamentação de Proposta de Imputação Dolosa na Cegueira Deliberada do Agente Garantidor" –, com, como diz o título, a formulação de uma proposta de imputação por dolo diante da cegueira deliberada do agente garantidor. Desta forma, pretende-se demonstrar como e mediante o atendimento a quais critérios pode-se pensar em imputação dolosa nos casos em que o empresário se encontra em estado de cegueira deliberada, com base na teoria normativa de dolo, adotada no presente estudo.

A finalidade primeira do trabalhado consiste em aclarar a matéria ora estudada, de modo a possibilitar a resolução de casos verificados no âmbito prático – desvenciliando-se da esfera puramente dogmática. Pretende-se, pois, debater questões deveras duvidosas para o ordenamento jurídico-penal pátrio, de modo a resolver, ao menos em parte, as dúvidas e inquietações do leitor sobre esse assunto.

1. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Primeiramente, far-se-á uma breve apresentação da Teoria da Cegueira Deliberada por meio da análise de sua origem histórica, sua definição, seu desenvolvimento em países de *common law* e *civil law* e a consequente delimitação das possibilidades de aplicação da mencionada teoria; principalmente em países como o Brasil, em que há certa delimitação elemento subjetivo do tipo para fins de configuração de uma prática delitiva.

1.1 Origem Histórica

A Teoria da Cegueira Deliberada – *willful blindness doctrine* ou *concious avoidance doctrine* – foi aplicada, em um primeiro momento, nos países que se utilizam do sistema de *common law*. Ou seja, em Estados que possuem sistema predominantemente baseado em precedentes e não, em sua maioria, em códigos formais – como no Brasil –, o que atribui aos magistrados maior poder normativo e, consequentemente, facilita a aplicação de teorias criadas pela jurisprudência.

A primeira aplicação da doutrina da "ignorância deliberada", ao menos de acordo com a doutrina majoritária, deu-se no ano de 1861, na Inglaterra, no caso *Regina vs. Sleep*. O mencionado casuístico tratava de transporte ilícito de produtos que pertenciam ao Estado inglês em navio mercantil no qual Sleep, que havia realizado o transporte, foi condenado pela prática do delito de malversação de bens públicos.

Isso porque, quando da prolação da decisão, apesar de a defesa ter alegado a ausência de conhecimento quanto à origem do produto, entendeu-se que, levando em consideração que era possível antever a proveniência dos bens por meio da constatação do símbolo real inglês que neles estavam, Sleep deveria ser condenado.

Nos termos do *decisum,* o júri não concluiu se Sleep tinha efetivo conhecimento que os produtos estavam marcados (como propriedade do governo) ou se ele intencionalmente se absteve de adquirir esse conhecimento.[9] Ou seja, a condenação baseou-se na possibilidade de Sleep ter se colocado propositalmente em condição de ignorância quanto à origem dos bens transportados.

[9] "*The jury have not found, either that the man knew that the stores were marked (as governement property), or thet he willful absteined from acquiring that knowledge*" (tradução livre). SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 77.

Com o passar dos anos, a teoria da cegueira deliberada passou a ser aplicada nas decisões judiciais dos Estados Unidos, também regido pelo sistema do *common law*, e ganhou ainda mais relevância para o estudo jurídico-penal.

O primeiro caso estadunidense de aplicação da mencionada teoria foi *Spurr vs. United States*, no qual o presidente do *Comercial National Bank of Nashville* foi condenado pela Suprema Corte por ter certificado cheques para cliente sem suficiência de fundos em sua conta. Isso porque, entendeu-se que o oficial do banco teria se mantido deliberadamente em estado de cegueira acerca da existência (ou não) de fundos na conta em questão ou teria mostrado notável indiferença a respeito de seu dever de assegurar, como presidente do banco, ausência de violação às normas que regulam o procedimento de emissão de cheques.

A doutrina entende que o caso *Spurr vs. United States* consiste no que é tido como exemplo do chamado *duty-to-know case*, em que se reconhece que o agente possui um dever legal e moral de pesquisar e se certificar de algum aspecto relevante de sua conduta antes de adotá-la, revelando-se a ignorância, em um caso tal, mais reprovável do que seria caso ausente tal dever.[10]

A aplicação da *Concious Avoidance Doctrine* passou, então, a ser amplamente utilizada pela Corte estadunidense, principalmente nos delitos de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, uma vez que possibilitou a ampliação da imputação penal para aqueles que, de maneira comissiva ou omissiva, enquadravam-se na situação fática do tipo penal.

É assim que dispôs Ingrid Saraiva, fazendo alusão a Christian Laufer e Robson Galvão da Silva, ao afirmar que:

> a jurisprudência do país norte-americano admite a configuração da Teoria do Avestruz[11] quando o agente preenche o tipo objetivo do delito ao atuar dolosamente ignorando características concretas do contexto no qual está inserido e se colocando 'voluntariamente em uma posição de alienação diante

[10] CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, p. 1351–1429, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso: 9 jun. 2023.

[11] Note-se, nesse ponto, que a Teoria da Cegueira Deliberada também possui outra nomenclatura, qual seja *Ostrich Instruction* (Instrução de Avestruz), uma verdadeira analogia, já que este animal tem o hábito de esconder a cabeça embaixo da terra e, portanto, deliberadamente deixa de reconhecer determinada situação totalmente perceptível.

> das situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas' dos atos.[12]

Diante da grande repercussão, a teoria da cegueira deliberada passou a ser aplicada, posteriormente, nos países que aplicam o sistema do *civil law*, iniciando-se pela Espanha, que o fez, contudo, de maneira menos intensa e enfrentando diversas críticas.[13]

O primeiro precedente do Tribunal Supremo espanhol data do ano de 2000, com a aplicação da teoria da "ignorância deliberada" em decisão que condenou agente responsável pelo transporte de grande quantidade de dinheiro proveniente de tráfico de drogas, apesar da alegação da defesa de ausência de conhecimento quanto à ilicitude do montante.

Tendo em vista que, quando da entrega do dinheiro a José J., Miguel foi acompanhado por Hebe e José J. lhes cobrou uma comissão de 4%, a Câmara conclui que José J. tinha conhecimento de que o dinheiro provinha do tráfico de drogas – o que ele negou –, a partir da constatação de indícios óbvios como os de que o valor era verdadeiramente considerável e que o caráter das operações era claramente clandestino. Por isso, entendeu-se, na oportunidade, que quem se coloca numa situação de desconhecimento deliberado, ou seja, pode e deve ter conhecimento de determinada situação, mas não o faz, e dela se beneficia - nesse caso, a cobrança de uma comissão de 4% por Jorge J. –, está consentindo com todas as possibilidades da origem do negócio em que participa e, portanto, deve responder por suas consequências.[14]

Uma vez prolatada a primeira decisão utilizando essa teoria, criou-se um precedente, o que possibilitou à Suprema Corte espanhola aplicar a teoria da cegueira deliberada em diversos casos, principalmente para imputar delito de lavagem de dinheiro

---

[12] SARAIVA, Ingrid Belian. *A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens.* 2016. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2159. Acesso: 09 jun. 2023, p. 04.

[13] Isto porque, o sistema do *civil law* não atribui força normativa às decisões judiciais, o que dificultou bastante a criação de novas teses apenas pela via jurisprudencial.

[14] *En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobrara un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimento de que el dinero procedía del negocio de drogas -cosa que él niega- de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la natureza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación -cobraba un 4% de comisión-, está asumiendo aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias* (tradução livre). (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber*, Sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 20.

a agentes que alegavam não ter conhecimento de qualquer ilicitude, mesmo diante da alta probabilidade do caráter ilícito dos bens e valores que seriam branqueados.

Destaca-se, nesse ponto, o *leading case* STS 4.934/2012, datado de 9 de julho de 2002, no qual se autorizou a aplicação de dolo eventual ao crime de branqueamento de valores, ao afirmar que:

> Entende-se que o sujeito atua com dolo eventual quando "seriamente considerou e aceitou como altamente provável que o dinheiro teria uma origem ilícita, proveniente de prática delitiva". Dentro do dolo eventual, se incluirão aqueles comportamentos de "ignorância deliberada" sobre os quais esta Câmara já se pronunciou em diversas ocasiões.[15]

Outro caso espanhol cuja decisão é de muita relevância para o presente estudo é o STS 5.288/2005, que condenou indivíduo que deliberadamente "fechou os olhos" e não se atentou a possível prática da lavagem de dinheiro. Afirmou-se, na oportunidade, que havia claros indícios da origem ilícita do dinheiro supostamente branqueado, leia-se:

> Nos tipos previstos em nosso Código, incorrem em responsabilidade penal inclusive os agentes que atuaram com ignorância deliberada (*willful blindness*), respondendo, em alguns casos, por dolo eventual, e em outros, a título de culpa. Isso ocorre tanto quando há representação, considerando que o sujeito é capaz de perceber a origem criminosa dos bens e mesmo assim age confiando que não estará branqueando valores, quanto quando não há representação, não havendo previsão da possibilidade de ocorrência de um crime de lavagem de dinheiro, mesmo quando o sujeito deveria ter percebido a existência de indícios reveladores da origem ilegal do dinheiro. Existe um dever de conhecimento que impede fechar os olhos diante das circunstâncias suspeitas.[16]

Assim como nos países acima mencionados, a tese ora debatida também passou a ser aplicada no Brasil e ganhou grande visibilidade quando do julgamento do notável caso do furto ao Banco Central de Fortaleza pelo juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária

---

[15] "*Se entende que el sujeto actúa con dolo eventual cuando 'consideró seriamente y aceptó como altamente probale que el dinero tenía su origen en un delito'. Dentro del dolo eventual, ordinariamente se incluirá aquellos comportamentos de 'ignorancia deliberada' a los que se refiere la recorrida y sobre los que esta Sala se há pronunciado en diversas ocasiones"* (tradução livre). (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93).

[16] "*En los tipos previstos en nuestro Código incurre em responsabilidad, incluso quien actúa com ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no lo hay, no previendo la possibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe um deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas"* (tradução livre). (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94).

de Fortaleza. Neste notável julgado, vinte e duas pessoas foram acusadas pela prática dos delitos de furto qualificado e lavagem de dinheiro, por terem subtraído o montante de R$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e cento e cinquenta reais) do Banco Central (BACEN) de Fortaleza através da construção de um túnel subterrâneo – utilizado para retirar o dinheiro do banco e levá-lo até um imóvel alcançado pelo túnel, de posse dos agentes.

No dia seguinte ao mencionado assalto, os acusados foram até uma concessionária e compraram onze automóveis com os proventos do crime de furto antecedente, o que resultou no valor de R$980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais). Em razão disso, os sócios da mencionada concessionária foram denunciados – e, posteriormente, condenados – pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro, com base na aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Entendeu o juízo de primeira instância, à época do julgamento, que a Lei de Lavagem de Capitais abria margem para uma interpretação ampliada no que se refere ao elemento subjetivo do tipo, de modo que restaria possibilitada a imputação de lavagem na modalidade de dolo eventual, referindo-se, deste modo, à teoria da cegueira deliberada.

Considerou-se que os sócios da empresa vendedora se colocaram voluntariamente em situação de cegueira frente à origem ilícita do dinheiro utilizado para pagar a compra dos onze veículos, uma vez que, embora não soubessem da origem daquele capital, poderiam ter desconfiado da "alta probabilidade" de se tratar de ato de branqueamento de valores. É o que se observa neste trecho da sentença prolatada pela 11ª Vara Federal Criminal de Fortaleza:

> Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da "ignorância deliberada", ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.[17]

[17] BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 5ª Região. 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Data de Julgamento: 28 de junho de 2007. Disponível em: http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598. Acesso: 10 mar. 2020, p. 17.

Diante dessa decisão, a defesa interpôs recurso de apelação perante a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), a qual reformou a sentença proferida em primeira instância para absolver os sócios da concessionária com relação ao delito de lavagem de capitais, por entenderem os Magistrados que a responsabilização com base na teoria da cegueira deliberada culminava em hipótese de responsabilidade objetiva. Restou consignado, na oportunidade, que não havia provas suficientes para comprovar dolo na conduta dos recorrentes.

Transcreve-se abaixo trecho do acórdão prolatado em segunda instância:

> Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do PARÁGRAFO 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do PARAGRÁFO 2º. - Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, PARÁGRAFO 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes. É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subseqüente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia. - A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de "bens de luxo ou de alto valor", tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie.- Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie.- Mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2o, incisos I e II).[18]

[18] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Criminal 5520-CE*. Ementa: Furto Qualificado à Caixa-Forte do Banco Central em Fortaleza. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso: 10 mar. 2020.

Interessante observar, ademais, que os Desembargadores do TRF5, ao julgarem a apelação acima disposta, entenderam que, como a compra dos veículos se deu no mesmo dia do furto ao BACEN de Fortaleza, os sócios da concessionária não teriam a obrigação – e nem a possibilidade – de terem conhecimento acerca da origem ilícita dos proventos, já que sequer havia sido noticiado o crime antecedente.

A partir do julgado que absolveu os antes condenados pelo crime de lavagem de dinheiro, observa-se a importância de se delimitar a aplicação da *willful blindness doctrine* e, mais ainda, de adequá-la minuciosamente a cada caso concreto, sob pena de resultar em responsabilização objetiva – patentemente vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

É necessário que, para evitar qualquer afronta ao nosso sistema jurídico-penal, sejam bem delineados os requisitos da teoria da cegueira deliberada para, então, passar-se a analisar a possibilidade de sua aplicação no Brasil. Vejamos.

1.2 Conceito e Requisitos

Depreende-se, a partir do quanto acima elucidado, que a teoria da cegueira deliberada, em breve síntese, consistiria em uma tentativa dos julgadores de enquadrar nos tipos penais os agentes que deliberadamente deixam de tomar atitudes quanto ao conhecimento de ilícitos penais, enquanto têm acesso e podem perceber indícios fortes de sua realização, ou sabem do que está acontecendo, mas escolhem não agir para impedi-los, omitindo-se e permitindo a continuidade da conduta delitiva. Procura-se punir os agentes que se colocam intencionalmente em estado de desconhecimento ou ignorância, para não ter acesso às circunstâncias concretas da situação proposta.[19]

Nesse mesmo sentido, afirma Luiza Faria Martins que: "a willful blindness funda-se na responsabilização do agente, que, podendo aprofundar seu conhecimento sobre determinados fatos, prefere manter-se 'cego' – daí a nomenclatura – diante daquilo que pode prejudicá-lo".[20]

---

[19] SARAIVA, Ingrid Belian. *A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens.* 2016. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2159. Acesso: 09 jun. 2023. p. 05.

[20] MARTINS, Luiza Faria. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 55, p. 135-162. Disponível em: https://www.itecrs.org/en/edicoes/ano:2014/titulo:v12n55p135-162. Acesso: 09 jun. 2023.

Assim, a aplicação da teoria da cegueira deliberada não se esgota na tentativa do Estado de responsabilizar um sujeito nos casos em que não há provas concretas do elemento subjetivo do agente, mas recai também sobre a responsabilização daqueles que agiram de forma consciente e se colocaram propositalmente em estado de ignorância.

O fato, contudo, é que, para que se proceda com a retromencionada responsabilização, deve estar demonstrada a viabilidade de o agente ter previsto a ocorrência de um resultado típico e a conduta ilícita que a ele poderia ser imputada.

Para Camila Hernandes e Sebastian Mello, a *conscious avoidance doctrine* trata justamente da penalização do sujeito que poderia ter ciência de determinada conduta delituosa, mas que, visando "facilitar ou tornar mais cômoda sua decisão moral"[21], torna-se propositalmente "cego" diante daquela situação. Trata-se do direito imputando a alguém "o conhecimento do que poderia haver conhecido."[22]

Pois bem.

Como exposto no item anterior, a cegueira deliberada foi concebida em sistemas de *common law* e, posteriormente, passou a ser a aplicada pelo *civil law*. Ocorre que quando da análise conjunta do conhecimento e do *knowledge*, comparando-se o conceito continental de cegueira deliberada com o americano, verifica-se haver nítida distorção, uma vez que as definições, de acordo com Lucchesi, guardam pouco ou nenhum vínculo com as suas formulações originárias ou contemporâneas.[23] Vejamos a seguir.

Lucchesi, ao versar sobre o conceito de cegueira deliberada extraído a partir de decisões contemporâneas dos tribunais federais americanos, infere haver cegueira deliberada para o direito americano quando o autor: (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de um elemento constitutivo de crime; (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do elemento; e (iii) não crê subjetivamente na existência do elemento.[24]

---

[21] HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada:* compatibilidade no direito penal brasileiro? Compendi Law Review, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023, p. 450.

[22] BLANCO, Isidoro Cordero. El delito de blanqueo de capitales *apud* HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada:* compatibilidade no direito penal brasileiro? Compendi Law Review, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023, p. 450.

[23] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 158.

[24] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 157–158.

O autor espanhol Ragués i Vallès[25], por sua vez, apresenta cinco elementos que possibilitam o reconhecimento de situações em que a teoria da "ignorância deliberada" pode ser aplicada, quais sejam: (i) ausência de conhecimento da situação típica por parte do autor; (ii) possibilidade factível de o autor ter conhecimento sobre a situação; (iii) existência de um dever de conhecimento por parte do autor; (iv) delonga da decisão do autor em se manter em estado de "ignorância" da situação; e (v) identificação de um motivo para o autor ter se mantido em estado de "ignorância".

No primeiro requisito, vê-se que deve restar configurada a possibilidade de desconfiança do agente no que se refere à ilicitude de determinada conduta, assim como a provocação intencional de sua ignorância. Bottini, em complementação a esse pressuposto, dispõe acerca de mais uma exigência, que seria a criação consciente e voluntária, pelo próprio agente, de "barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra".[26]

No que se trata do segundo requisito, depreende-se que só é possível aplicar a cegueira deliberada se documentos, provas e indícios de determinada prática delituosa estiverem ao alcance do indivíduo sem maiores obstáculos, demonstrando que este optou por se manter em estado de ignorância.

Quanto ao terceiro requisito, vê-se uma questão puramente subjetiva, uma vez que a configuração da cegueira deliberada se daria apenas se o agente possuísse, no seu íntimo, a intenção de manter o seu estado de ignorância.

Os requisitos quatro e cinco indicam, de certa maneira, um aspecto também subjetivo, pois fazem alusão ao tempo em que o agente, voluntariamente, deixa de tomar conhecimento da violação ao bem jurídico tutelado e à determinação em se manter inerte em situações nas quais deveria tomar contato com a atividade ilícita e, pois, coibi-la.

Spencer Toth Sydow, por sua vez, propõe oito requisitos que seriam necessários para que se aplicasse devidamente a *willful blindness*, que são:

> (i) deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido; (ii) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade; (iii) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita

[25] RAGUÉS I VALLÈS, Rámon. *La ignorância deliberada em Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 184–186.

[26] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de setembro de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro. Acesso: 09 jun. 2023.

> relacionada à situação em que está inserido; (iv) deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações; (v) é necessário se identificar uma motivação egoística e lícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento; (vi) ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado; (vii) ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada; (viii) ausência de circunstância de ação neutra.[27]

A partir do quanto acima disposto, é possível afirmar que, nos conceitos espanhol e brasileiro, exige-se do autor alguma suspeita, mas não o que a doutrina estadunidense chama de "alta probabilidade". Isso porque, Ragués e Sydow exigem alguma suspeita por parte do autor, mas em momento algum demandam que a suspeita a partir do conhecimento parcial da situação seja de elevada probabilidade de conduta delitiva.[28]

Ademais, é possível vislumbrar que, no conceito americano, não basta uma omissão pelo autor ao não buscar aprofundar o conhecimento, exige-se que o autor efetivamente tome medidas voltadas propositadamente a evitar que se comprove a prática do crime cuja existência suspeite como altamente provável.[29]

Finalmente, é possível inferir que Ragués e Sydow não fazem menção à necessidade de comprovação de uma "crença subjetiva" pelo autor. No direito americano, se o autor efetivamente acreditar que o crime não existe, não há como ser punido por cegueira deliberada.[30]

Ora, apesar de a teoria da cegueira deliberada ter sido aplicada no Brasil com base no dolo eventual, o que se denota é que, a partir dos requisitos do direito continental trazidos acima, não é possível chegar à conclusão de que a conduta a ser imputada ao autor a título de cegueira deliberada seja dolosa. É como afirma Lucchesi:

> Não basta utilizar genericamente de palavras-chave como "indiferença" e "dever saber" para que se saia do campo da culpa e se ingresse no campo do dolo. É preciso que se fundamente porque a conduta em questão merece ser tratada como dolosa a partir dos critérios estabelecidos pelos artigos 18 e 20 do CP e das definições de vontade e de conhecimento adotadas. Analisando os requisitos propostos individualmente, um a um, logo se verifica que o que se propõe enquanto cegueira deliberada não se equivale ao dolo.[31]

---

[27] SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 202.
[28] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159.
[29] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159.
[30] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159.
[31] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 159.

No presente estudo, não se pretende afirmar que a cegueira deliberada jamais poderia ser aplicada na modalidade dolosa; bem ao contrário, busca-se, ao final, trazer uma proposta de aplicação dolosa da cegueira deliberada nos crimes omissivos impróprios. Mas busca-se atribuir especial relevância à necessidade de delimitar a aplicabilidade de dado instituto na modalidade dolosa, a fim de evitar condenações injustas e excesso de poder atribuído ao Estado.

Importante ressaltar, nesse sentido, decisão da Suprema Corte americana, que menciona explicitamente a necessidade de adoção de requisitos bem delineados como forma de não punir culpa como dolo:

> Nós entendemos que estes requisitos dão à cegueira deliberada um campo apropriadamente delimitado que ultrapassa a imprudência e a negligência. Sob esta formulação, o réu 'deliberadamente cego' é aquele que deliberadamente desenvolve ações para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de existência de conduta criminosa, sobre quem poder-se-á afirmar que possuía o conhecimento atual dos fatos críticos.[32]

No entanto, o grande desafio em nosso ordenamento jurídico é a correta aplicação da *willful blindness*, já que a doutrina pátria entende haver diversas espécies de responsabilidade subjetiva. Desta forma, aplicar a mencionada teoria indistintamente, poderia acarretar risco à segurança jurídica, com uma possível aplicação indevida do dolo, principalmente nas situações em que, embora se assemelhem à cegueira deliberada, tratam-se, na verdade, de verdadeiro desconhecimento das circunstâncias fáticas e objetivas de determinada conduta delituosa.[33]

Entende-se, deste modo, que os moldes do ordenamento jurídico pátrio dificultam a aplicação da teoria da cegueira deliberada, atribuindo a ela requisitos e, consequentemente, delimitações, os quais devem ser verdadeiramente ponderados e analisados por aqueles que a aplicarão.

Para melhor aclarar o quanto aqui narrado, cumpre, no capítulo seguinte, tratar do instituto do dolo no direito penal brasileiro (e na sua análise doutrinária), além de realizar análise sistemática e comparativa entre o conhecimento no direito brasileiro e o *knowledge* abarcado pelo *common law*.

---

[32] CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

[33] HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada:* compatibilidade no direito penal brasileiro? Compendi Law Review, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023, p. 446.

2. O DOLO EVENTUAL E A CEGUEIRA DELIBERADA

Uma vez definido o contexto originário da discussão atinente à cegueira deliberada, pontuando não apenas o seu conceito, mas também o papel que a jurisprudência brasileira pretendeu atribuir a esse instituto, passa-se ao exame da cegueira deliberada no direito penal brasileiro, a fim de averiguar se é possível traçar alguma identidade entre o significado dado a essa teoria pelos Tribunais brasileiros e o conceito de dolo eventual. Desta forma, o presente capítulo visa debruçar-se brevemente sobre o conceito legal e doutrinário de dolo estabelecido no direito penal brasileiro.

2.1 O Dolo no Direito Penal Brasileiro

Diversamente de muitos dos sistemas jurídico-penais continentais, o Código Penal brasileiro, ao versar sobre os elementos subjetivos de determinada prática delitiva, traz consigo definição, em tese, precisa sobre os institutos do dolo e da culpa. O que se denomina "crime doloso", com efeito, seria aquele praticado nas hipóteses em que o agente agiu com dolo, isto é, quando ele quis o resultado e assumiu o risco de produzi-lo.[34] O chamado "delito culposo", por conseguinte, seria aquele no qual o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.[35]

No entanto, nos dizeres de Guilherme Lucchesi:

> Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tornar o resultado das expressões "quis o resultado" e "assumiu o risco de produzir o resultado". É preciso definir o que pode ser entendido por querer um resultado, se há algum grau de volição e cognição nesse querer. Da mesma forma, a assunção do risco de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível – ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do direito penal estabeleça

[34] Artigo 18, inciso I, do Código Penal (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020).

[35] Artigo 18, inciso II, do Código Penal (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020).

> delimitação do alcance da expressão definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do direito penal.[36]

Em complementação à constatação supra, é possível depreender que o artigo 18 do Código Penal pátrio não esgota o conceito de dolo, uma vez que este depende da complementação do artigo 20 do mesmo diploma legal, que define o erro de tipo. Isso porque, a lei penal, ao estabelecer que o "erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo"[37], coloca o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial ao dolo.[38]

Tradicionalmente, afirma-se que o dolo, no direito penal pátrio, é composto por um elemento intelectual e um elemento volitivo, isto é, saber e querer.[39] Referida concepção, além de decorrer do próprio texto do Código Penal e da interpretação há muito dada por Hungria[40], também coincide com o conceito tradicional de dolo do direito penal alemão.[41] No entanto, os ditados *saber* e *querer* se mostram insuficientes para definir o que seria o dolo, de modo que se faz necessário o desenvolvimento de teorias voltadas ao preenchimento integral do conceito para permitir uma adequada distinção entre os institutos do dolo e da culpa nos casos em que não é possível verificar um propósito claro referente ao resultado por parte do agente.[42]

Há três diferentes espécies de dolo classificadas pela doutrina majoritária: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.[43]

O dolo direto de primeiro grau se verifica em casos nos quais o resultado ou o perigo decorrentes da conduta praticada encontra-se abarcado pelo fim proposto pelo

---

[36] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 135.

[37] Artigo 20, *caput*, do Código Penal (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020).

[38] GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias "à distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco, Barueri: Manole, 2004, p. xvii.

[39] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015. p. 433; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 135.

[40] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1. t. II. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 122.

[41] WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. 3.ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011, p.144.

[42] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 136.

[43] ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeneir Teil. v. 1. 4.ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 438-452. *apud* LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 135.

autor; debruça-se, pois, no objetivo último visado pelo agente ou no meio eleito para atingir a sua finalidade.[44] Verifica-se, desta forma, proeminência do elemento "vontade".[45]

No dolo direto de segundo grau, por sua vez, verifica-se um maior distanciamento da vontade enquanto elemento psicológico-descritivo[46], já que o autor não objetiva, necessariamente, o fim alcançado a partir da prática da conduta delitiva. Isso porque, entende-se que atua com dolo de segundo grau o agente que entende como certos ou necessários os efeitos de sua conduta, ainda que estes sejam indesejáveis.[47]

Finalmente, é possível se falar em dolo eventual nas hipóteses em que a ofensa típica ao bem jurídico constitui um efeito possível da conduta do autor. A referência à assunção do risco pelo agente, no entanto, mostra-se ineficaz[48].

Isso porque, como aduz Lucchesi, apesar de Nelson Hungria e a maioria dos doutrinadores brasileiros apontarem como necessário o consentimento da ofensa ao bem jurídico por parte do autor, tal constatação doutrinária não decorre diretamente o texto legal. Desta forma, tendo em vista que o dolo eventual consiste em modalidade de elemento subjetivo condicionada ao conhecimento e à vontade, viu-se a necessidade de criar explicações para diferenciar a vontade do agente que assume o resultado, em oposição à mera negligência, imprudência e imperícia – ou seja, delimitar o espaço entre dolo e culpa[49].

Assim, as teorias do dolo são classificadas em teorias intelectivas ou cognitivas e teorias volitivas, a depender da ênfase dada por cada uma delas aos elementos do dolo.

---

[44] Juarez Cirino dos Santos traz como exemplo a seguinte situação: "alguém ateia fogo na própria casa (fim intermediário para outros fins) para receber o valor do seguro (fim último) e, desse modo, resguardar a credibilidade financeira e evitar boatos de insolvência (motivo)" (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direto penal*: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 130).

[45] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137.

[46] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137.

[47] Juarez Cirino dos Santos, nesse ponto, traz o exemplo de um proprietário de uma embarcação que "decidiu explodir o próprio navio com o objetivo de fraudar o seguro, apesar de representar como certa ou necessária a morte da tripulação e de passageiros. Ou seja, o proprietário da embarcação age com dolo de primeiro grau com relação ao crime de explosão e com dolo de segundo grau com relação aos homicídios praticados (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direto penal*: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 130).

[48] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137.

[49] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 137.

Passa-se, a seguir, a melhor descrever referidas teorias, bem assim os seus desdobramentos, à luz dos entendimentos de Juarez Tavares.

2.1.1. Teorias Volitivas

As teorias volitivas fixam-se em que a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente deve ser feita com base no elemento volitivo e não apenas no elemento intelectivo. Só assim – entendem seus partidários – seria possível equiparar o dolo eventual ao dolo direto para mesmo tratamento penal, pois seria desarrazoado admitir-se uma espécie de dolo sem referência ao querer. Dentre as teorias volitivas destacam-se (i) a teoria do consentimento ou da assunção; e (ii) a teoria da indiferença[50].

Como será melhor demonstrado, o presente estudo não adotará as teorias volitivas do dolo, por entender a vontade como um elemento psicógico descritivo, dificilmente passível de normativização, como, acredita-se, deve ser entendido o dolo.

Para evitar demasiada extensão desta temática, dispõe-se brevemente acerca das retromencionadas teorias, nos termos de Lucchesi:

> Para as teorias volitivas, a ênfase está na vontade do autor, havendo duas explicações para identificá-la no dolo eventual. Segunda a teoria do consentimento, supostamente adotada pelo CP, o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois, além de o representar como possível, também se conforma com ele e aceita sua produção. Já segundo a teoria da indiferença, haveria também vontade em decorrência de um sentimento pelo autor, de modo semelhante à teoria do consentimento, no entanto o componente adicional da indiferença permite o reconhecimento de dolo até mesmo quando não houver representação consciente do risco de ofensa ao bem jurídico. Ainda segundo a teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado, o componente volitivo do dolo eventual estaria na ausência de ativação de contrafatores para evitar a ofensa ao bem jurídico.[51]

2.1.2. Teorias Intelectivas ou Cognitivas

Por seu turno, as teorias intelectivas (ou cognitivas) são aquelas em que os limites do dolo devem ser determinados com base no conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo objetivo. Dente essas teorias, Juarez Tavares destaca as seguintes: (i) a

---

[50] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 352.
[51] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 138–139.

teoria da representação ou da possibilidade; (ii) a teoria da probabilidade; (iii) a teoria da evitabilidade; (iii) a teoria do risco; e (iv) a teoria do perigo a descoberto.[52]

A teoria da representação ou da possibilidade sustenta, inicialmente, antes de se tratar da distinção entre dolo e culpa, que não existe culpa consciente, mas apenas inconsciente. Assim, desde que o agente tenha conscientemente admitido a possibilidade da ocorrência do resultado, haverá dolo eventual. A diferença entre dolo e culpa, portanto, radica no conhecimento ou no desconhecimento do agente quanto aos elementos do tipo objetivo: se hover conhecimento, há dolo; se não houver conhecimento, há culpa.[53]

A teoria da probabilidade, por sua vez, representa uma variante da teoria da representação, mas difere da primeira ao argumentar que haverá dolo eventual quando o autor tenha tomado como provável a lesão do bem jurídico.[54]

Tavares, ainda, relaciona a teoria da probabilidade à teoria empreendida posteriormente por Ingeborg Puppe, a qual, como será melhor demonstrado adiante, trabalha sobre o critério do conhecimento acerca de um perigo qualificado[55].

Seguindo adiante na descrição dos principais desdobramentos das teorias intelectivas, a teoria da evitabilidade, formulada por Kaufmann como um desenvolvimento da teoria finalista da ação, argumenta que, se um agente representar como possível o resultado, o dolo eventual só será excluído se a sua vontade dirigente do fato estiver orientada no sentido de evitar o resultado. Haverá, assim, culpa consciente quando o agente, juntamente com a prática de sua ação, assentar contrafatores com a ajuda dos quais possa conduzir essa atividade, de modo a não produzir as consequências que havia previsto como possíveis[56].

A teoria do risco, por sua vez, é resultante da formulação de Frisch, para quem o dolo não é o resultado típico, mas sim a conduta típica (por exemplo, no homicídio, não será a morte da vítima, mas a conduta que traga risco para a vida).

Assim, o dolo só poderia ser identificado pelo seu elemento intelectivo quanto ao risco indevido em face da prática de uma conduta e não pelo seu elemento volitivo. Configura-se, pois, dolo eventual quando o agente tem conhecimento desse risco, que não é qualquer risco, mas o risco tipificado como ação proibida. A culpa consicente estaria

[52] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 347.
[53] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 347.
[54] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 348.
[55] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 348.
[56] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 350.

configurada quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por este ou outro motivo, nada passará[57].

Por fim, a teoria do perigo a descoberto, de autoria de Herzberg, estabelece a diferença entre dolo e culpa exclusivamene com base no tipo objetivo. *Por perigo a descoberto* entende ele a situação em que a sorte ou o acaso é que decidem se o resultado lesivo ocorrerá ou não, o que caracterizaria o dolo eventual. Já a culpa consciente estaria presente na hipótese do *perigo resguardado*, quando o próprio autor, a vítima ou um terceiro, tendo em vista cuidadosa observação do resultado, pudesse evitá-lo[58].

Luís Greco, a seu turno, adepto à teoria cognitiva, aponta ser o conhecimento – e não a vontade – o elemento essencial para que o dolo seja estabelecido, uma vez que o conhecimento é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio ou controle sobre a sua conduta.[59]

Ainda de acordo com o mesmo autor, analisando-se situações de dolo direto ou eventual, não haveria relevância na vontade do autor, propondo, pois, um conceito unitário de dolo, com base apenas em elementos cognitivos.

O fato, contudo, é que, tomando como base o Código Penal, especialmente em seus artigos 18 e 20, é possível observar uma certa centralidade do conhecimento no dolo, o qual, em tese, deve estar subordinada à vontade.

De rigor, pois, uma análise mais aprofundada do instituto do conhecimento – bem assim das teorias cognitivas acima elucidadas –, por constituir verdadeira premissa ao estudo da cegueira deliberada no Brasil.

2.2 O Conhecimento no Direito Penal Brasileiro

Da mesma forma como a vontade, o conhecimento pode ser compreendido tanto em sentido psicológico-descritivo, quanto em sentido normativo-atributivo.[60]

De maneira tradicional, e nos termos de Lucchesi ao dispor sobre os estudos Vives Antón, entende-se o conhecimento a partir de uma concepção cartesiana de mente,

---

[57] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 350/351.
[58] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 351.
[59] GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António. Líber amicorum *de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 891.
[60] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 140.

segundo a qual haveria uma realidade nos processos mentais psíquicos, acessíveis ao sujeito mediante introspecção.[61] Ou seja, entender-se-ia o conhecimento a partir da ocorrência interna dos fenômenos psíquicos, os quais, portanto, não são visíveis – e, pois, não podem ser constatados – por entes externos.

Há, com efeito, parte da doutrina que aprofunda mais o debate, aduzindo ser o conhecimento um estado mental que poderia ser expressado em um sentido psicológico-descritivo. No dizeres de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o elemento cognitivo do dolo seria, exclusivamente, o conhecimento efetivo, excluindo-se, desta forma, o conhecimento potencial e o conhecimento inconsciente.[62]

No entanto, como pondera Lucchesi:

> Fosse esse o caso, estaria resolvida em grande parte a problemática da cegueira deliberada no direito penal brasileiro: quem atua sem conhecer efetivamente alguma circunstância elementar do tipo penal, não agiria com conhecimento efetivo, não sendo possível falar em dolo.[63]

De fato, não se entende possível no estudo em análise desconsiderar debates contemporâneos acerca dos institutos do dolo e do conhecimento no sentido normativo-atributivo, que renovam a discussão acerca das conceituações supra.

Ingeborg Puppe, nesse sentido, ao trazer a sua concepção de dolo relativa ao perigo desprotegido, reconhece a dificuldade de o juiz decidir, em um caso concreto, se determinado agente atuou com dolo ou culpa. Referida autora dispõe que a asserção do juiz no sentido de que o agente aceitou ou não o resultado não pode ser compreendida como a asserção acerca de um fato psicológico, mas de uma atribuição, a qual deve estar fundamentada em razões de natureza fática amplamente aceitas. Assenta, ainda, que:

> A disputa entre as teorias volitiva e cognitiva de dolo pode ser reduzida à questão sobre que razões são aceitas para a atribuição, i.e., se elas podem ser encontradas numa atitude interna do criminoso em relação ao risco identificado no dano, ou na intensidade e clareza do isco que o agente define conscientemente. Somente a última alternativa oferece solução adequada a um Direito Penal que não está interessado primariamente na personalidade do agente ou nos seus sentimentos, mas sim baseado no ato criminoso e nas características do mesmo, de que o agente tem conhecimento.[64]

---

[61] VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. 2011, p.165 *apud* LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 140.
[62] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v.2. t.I. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 273.
[63] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 141.
[64] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 65.

Nos dizeres de Puppe, é necessário que se realize uma determinação qualitativa da representação do risco que fundamenta o dolo. O perigo, pois, deve ser tão grande e aparente que uma pessoa racional no lugar do agente não poderia ter prosseguido sem resignar-se com o resultado, sem pôr-se de acordo com ele e sem decidir-se por ele. É exatamente nesse ponto que a autora aborda a normativização do conceito de vontade, já que não se questiona a real situação psíquica do agente, mas se mede o seu comportamento segundo o parâmetro de uma pessoa racional.[65]

Para melhor elucidar a assertiva, Puppe aborda o caso da barraca de tiros de Lacmann, trazido, em um primeiro momento, para refutar a denominada "primeira fórmula de Frank".[66] Para tanto, Lacmann constrói o seguinte caso, abordado por Puppe:

> Dois jovens estão na barraca de tiros de uma feira popular. Um aposta com o outro que é capaz de acertar, com um tiro, numa bola de vidro que está na mão de uma garota que atente os clientes. Se conseguir, receberá 300 euros do outro apostador. Enquanto engatilha e faz mira cuidadosa da direção da bola de vidro, o atirador, sabendo que sua habilidade de tiro é apenas mediana, reflete que "se eu atingir a mão da garota, largo a arma e desapareço na multidão". Então, ele atinge efetivamente a mão da menina. Se ele tivesse sabido, desde o início, que tal aconteceria, seguramente não teria atirado, pois então não receberia os 300 euros de seu colega.[67]

Com referida hipótese, Lacmann refuta toda a perspectiva jurídica que faz o dolo depender de uma vontade em sentido psicológico-naturalista, uma vez que, por óbvio, o atirador não queria acertar a mão da menina, já que se esta não fosse atingida, ganharia a aposta.[68]

A autora afirma, desta forma, que o agente produz um risco que fundamenta o dolo quando se faz algo que seria um método idôneo para produzir o resultado se alguém quisesse produzi-lo[69], já que, segundo Puppe:

> O autor deve conhecer tantos fatores integrantes do risco de realização do tipo por ele criado quantos sejam necessários para qualificar esse risco como um risco doloso. Ele não precisa, contudo, valorar o perigo como um método idôneo para a realização do tipo, pois se trata de uma questão de direito, e não de fato. Ele deve, todavia, saber da existência de um perigo de realização do tipo. Se lhe falta, por qualquer razão que seja, essa consciência, então pode-se-

[65] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 75.

[66] Segundo a mencionada teoria, não se considera que o agente atue dolosamente caso se conclua que ele não teria atuado se soubesse, com segurança, que a violação ao bem jurídico ocorreria.

[67] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 73.

[68] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 73.

[69] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 75.

> lhe formular o reproche da cegueira diante dos fatos, mas não do dolo de realização do tipo.[70]

Ou seja, referida autora desconsidera a valoração subjetiva irracional que o agente formula de sua própria conduta, de modo que, com base no seu conhecimento sobre os fatos, este seria capaz de reconhecer a criação consciente de um perigo objetivamente doloso.

José Carlos Porciúncula também apresenta estudos que versam sobre teorias cognitivas e volitivas do dolo, ao trazer critérios normativos para a determinação do dolo, o que o autor denomina a "objetivização" desse instituto.[71] Referido autor analisa algumas teorias – inclusive a de Puppe, descrita acima em maiores detalhes – e, posteriormente, chega à sua definição normativa do dolo. Vejamos.

Na primeira teoria apontada pelo autor, trazida, em um primeiro momento, por Roxin, sinaliza-se como característica conjunta entre as modalidades do dolo a realização de um plano, de modo que um resultado seria produzido dolosamente em razão de corresponder a um plano do autor da prática delitiva, a partir de uma valoração objetiva.[72]

Porciúncula pondera que, mesmo em casos de dolo eventual, é necessário que se verifique um plano pelo sujeito, uma vez que a percepção de determinado risco a um bem jurídico não dissuadiria o autor de seguir com a conduta proposta, já que, no seu plano, encontra-se integrada uma possível lesão ao bem jurídico ali ventilado.[73]

Não obstante, de acordo com Roxin, a decisão pela lesão de potenciais bens jurídicos se: "[…] deduz da situação total de todas as circunstâncias exteriores e não das reflexões do autor, as quais provavelmente nem sequer teve e que, em todo caso, tampouco pode ser reconstruída pelo legista".[74]

Expõe-se, pois, sobre a necessidade de inferir situações internas a partir de circunstâncias externas.

Em um segundo momento, Porciúncula pondera as teorias de dolo propostas por Puppe e Herzberg, que refletem, respectivamente, a teoria da representação de um perigo

---

[70] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 87–88.
[71] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo"y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 301–310.
[72] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo"y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 302–303.
[73]LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 141.
[74] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 142

qualificado e a teoria do perigo desprotegido. De acordo com Porciúncula, as duas teorias retromencionadas reiteram a exteriorização do dolo, uma vez que indicam que a relevância do conhecimento de um risco pelo agente depende de parâmetros normativos.[75]

Ora, tanto na teoria da representação de um perigo qualificado, quanto na teoria do perigo desprotegido, há conhecimento sobre um risco pelo autor. Nas duas teorias é possível verificar um risco pelo agente, contudo, a atitude do autor será atribuída pelo direito com base na natureza do perigo, a fim de avaliar se este teria agido com dolo ou culpa. Há, portanto, a presença de elementos objetivos para a identificação do elemento subjetivo, mas o conhecimento pelo agente permanece sendo um fenômeno psicológico-descritivo.[76]

Referido autor continua sua análise afirmando haver duas teorias capazes de indicar uma completa exteriorização do dolo. A primeira, desenvolvida por Ragués I Vallès, surge para funcionar como um critério apto a permitir a demonstração do elemento cognitivo do dolo como meio de prova no processo penal. De acordo com Ragués, para que se proceda à determinação do conhecimento elementar do dolo, é necessária uma aferição empírica de fenômenos psíquicos que se encontram ocultos nas "infranqueáveis profundidades e recônditos do intelecto humano".[77]

Assim, não haveria métodos para permitir a sua plena constatação, de modo que dever-se-ia imputar o conhecimento ao autor a partir do sentido social da sua conduta.[78]

Em outras palavras, como aponta Lucchesi:

> Ainda que Ragués nessa visão ainda assuma o conhecimento como um processo mental interno acessível ao sujeito pela introspecção, sua teoria tende a uma maior objetivização do dolo, pois toma tanto o elemento intelectual como o elemento volitivo do dolo como categorias objetiváveis.[79]

---

[75] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo"y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 305.
[76] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 142/143.
[77] RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el processo penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999, p. 357.
[78] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo"y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 306.
[79] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 143.

A segunda teoria voltada à objetivização do dolo apontada por Porciúncula foi desenvolvida primeiramente por Joachim Hruschka, o qual aduz que o elemento volitivo do dolo se subordinaria ao elemento intelectual, uma vez que:

> Sempre que um autor leva a cabo uma determinada conduta sob certas circunstâncias, que também realizar tanto a conduta como as circunstâncias envolvidas.[80]

Em outros termos, para Hruschka, referidos critérios devem ser utilizados não apenas para a demonstração da prova da configuração do dolo, mas também para definir o dolo em si.

Pois bem.

Após proceder à descrição de diversas teorias que entende ter contribuído para a formulação de um conceito objetivo de dolo, Porciúncula apresenta sua posição penal, a qual denomina *dolus in actio ipsa.* Por tratar-se de concepção cognitiva do dolo, afirma o autor que o dolo seria o conhecimento, por parte do agente, do significado típico de sua ação.[81]

Entende Porciúncula, pois, pela desnecessidade de se indagar pela vontade do autor, já que quando se realiza uma ação com consciência do seu significado típico, pode-se dizer que tal pessoa quis expressar tal resultado típico[82].

Importante afirmar, contudo, principalmente no que atine ao objeto desse estudo, que Porciúncula propõe que, para a comprovação do dolo, deve-se verificar o que o autor de fato conhecia por meio de elementos externos, o que deveria ser averiguado por meio do comportamento do autor e de suas circunstâncias. Exemplifica o autor:

> Deste modo, para determinar se um sujeito conhecia ou não, por exemplo, o significado típico de sua ação de matar, há que se examinar as regras que definem sua ação como ação de matar e colocá-las em relação com as competências do autor – com as técnicas que domina. Em definitivo: o contexto social constitutivo do significado da ação se converte no critério para

[80] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 307 (tradução por Guilherme Lucchesi: LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 143).

[81] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 308.

[82] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 144.

> a atribuição do conhecimento exigido pelo dolo. Todo dolo, assim, de torna um *dolus in actio ipsa.*[83]

O que se verifica a partir da análise do quanto acima exposto é que, de um lado, a teoria de Porciúncula demonstra um possível avanço, já que estabelece importante crítica ao conceito ontológico de dolo e de conhecimento. No entanto, não há como se operar um sistema normativo que contemple e pressuponha a existência de categorias internas do indivíduo, inacessíveis a ele próprio, mediante introspecção, ou a terceiros.[84]

Portanto, não há uma teoria que tenha conseguido efetivamente alcançar critérios adequados para a atribuição de conhecimento ou de vontade a partir de parâmetros puramente normativos. Da forma como posto, conhecimento e vontade consistem em bases pouco sólidas para o estabelecimento de critérios seguros para atribuir responsabilidade penal[85].

Não por outro motivo, Porciúncula reconhece, em seu estudo, certa arbitrariedade resultante da adoção dos parâmetros por ele fornecidos para estabelecer conhecimento:

> Poderíamos indagar supostamente se a determinação do dolo com base na ação do autor nos oferece alguma segurança. Não se trataria, simplesmente, de um juízo arbitrário? Absolutamente! A certeza que temos aqui é a mesma que temos quando vemos um casal que troca carícias em uma cena à luz de velas e afirmamos com convicção que "estão namorando"; é a mesma que temos quando presenciamos as risadas de uma criança em um parque de diversões e dizemos "está contente"; é a mesma que temos quando, após uma discussão, vemos o rosto de uma pessoa ficando vermelho e pensamos "está furiosa"; finalmente, é a mesma que temos quando, após ouvir o lamento do fumante inveterado de que "nunca imaginou que poderia ter câncer de pulmão", asseveramos "claro que imaginou!". Esta é a espécie de certeza oferecida pelo jogo de palavras de adscrição de estados mentais a terceiros. Por trás da aparente fragilidade destes juízos se esconde, em realidade, a riqueza de nossa vida em sociedade.[86]

Ainda que não se ignore a lógica por trás do raciocínio acima exposto, é preciso lembrar que, no direito penal, especificamente, o juízo de adscrição acima proposto

---

[83] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" em el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 308 (tradução por Guilherme Lucchesi: LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 144).

[84] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 144.

[85] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 145.

[86] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 310 (tradução por Guilherme Lucchesi: LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 145).

resulta na imposição de graves consequências jurídicas ao agente, notadamente a imposição de pena. Ao contrário, pois, de casos de análise cotidiana, nos quais eventual má-interpretação do comportamento das pessoas ocasiona, no máximo, a imposição de alguma consequência social – jamais uma consequência jurídica.[87]

Nesse sentido, analisando a problemática em referência na perspectiva do direito penal, mais especificamente do juízo de imputação da responsabilidade penal, é de se observar que, usando dos exemplos trazidos por Lucchesi:

> Quando vemos uma pessoa esfaquear outra no abdome podemos afirmar com convicção que estava a matá-la. O mesmo não pode ser dito com segurança quando vemos um atropelamento que resulta em morte; é necessário averiguar as circunstâncias que antecederam o atropelamento para que se possa estabelecer como deve ser responsabilizado o condutor. A depender das circunstâncias do caso, a morte do pedestre não pode ser imputada ao condutor a título de dolo ou de culpa. Pode, inclusive, não constituir fato punível. Nem todas as circunstâncias relevantes estão disponíveis ao observador, tampouco podem ser apreendidas pela simples observação a olho nu, tal como a velocidade em que trafegava o veículo. Ainda que a velocidade possa ser calculada, por exemplo, a partir da marca de frenagem do veículo, a ausência de marca de frenagem pode significar tanto que o pedestre não foi visto pelo condutor, como que o condutor tinha o propósito consciente de atropelá-lo.[88]

Diz-se, desta forma, que aquilo que está disponível ao observador é, quase sempre, incompleto, por haver necessários pontos cegos na observação. Lucchesi continua a exposição versando sobre os meios de prova contemporâneos, ao aduzir que:

> O mesmo pode ser dito a respeito de técnicas contemporâneas de investigação, como a escuta de interceptações telefônicas e a observação de ações controladas na colheita de provas. Há um claro limite cognitivo de acesso aos fatos, havendo acesso pelo julgador apenas a um recorte espaço-temporal da situação fática, por vezes descontextualizada. A atribuição arbitrária de significado em tais hipóteses se torna menos justificada.[89]

Há, com efeito, no juízo de adscrição, grande parcela de subjetividade na captação do sentido da ação pelo observador. Até porque, não raras as vezes, é possível observar certa predisposição do observador em partir para determinada conclusão. Veja-se que, ainda que o observador não esteja contaminado por alguma propensão à

---

[87] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 146.
[88] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 146.
[89] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 146.

compreensão dos fatos, os seus limites cognitivos podem levar a uma excessiva simplificação dos acontecimentos.

Defende-se a impossibilidade de definir dolo adequadamente a partir de uma perspectiva psicológico-descritiva. No entanto, o que se verifica é que também há insuficiência de critérios fornecidos para definir o instituto do dolo com segurança jurídica a partir de critérios normativos-atributivos – parâmetros estes que buscariam evitar a presunção do dolo psicológico-descritivo a partir de um juízo arbitrário pelo julgador. Como pontuado por Guilherme Benner Lucchesi:

> A partir das premissas ora estabelecidas, o que se pode afirmar com algum grau de certeza é que os conceitos expressados no texto legal não necessitam ser interpretados necessariamente em seu sentido tradicional psicológico-descritivo. Vale dizer, "querer o resultado" não pressupõe a demonstração de uma vontade ontológica por parte do autor. O mesmo pode ser dito com relação à expressão "assumir o risco de produzir o resultado": não é necessário demonstrar uma atitude interna de aceitação ou de indiferença por parte do autor com relação a tal resultado. Os conceitos expressados na lei penal podem ser atribuídos ao autor a partir do conhecimento de modo a não depender unicamente da demonstração de processos mentais indemonstráveis que podem ou não ocorrer no interior do intelecto do autor. Não pode igualmente depender para fins de atribuição de responsabilidade penal de critérios vagos e imprecisos, tais quais fornecidos pela dogmática penal inspirada pela filosofia da linguagem. Não se descarta, de qualquer forma, a possibilidade de atribuição do conhecimento também a partir de critérios normativos-atributivos.[90]

A proposta que ora se pretende fazer é que o conhecimento seja compreendido como elemento principal do dolo. Não obstante, e como já acima disposto, não há como se definir o conhecimento como um processo mental que ocorre dentro do intelecto do agente, acessível a ele por meio de introspecção, de modo que é necessário se proceder à normativização do conhecimento. Isso porque, ainda que se entenda o conhecimento como categoria atributivo-normativa, a atribuição não pode estar integralmente sujeita ao sentido captado pela subjetividade do observador.

Parte-se, pois, do dolo normativo fundado no conhecimento.

2.3 O Conhecimento e o *Knowledge*

Após delineadas as teorias relativas ao dolo, cumpre, no presente item, versar sobre o confronto analítico entre conhecimento, no contexto do dolo para o direito penal

[90] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 147–148.

brasileiro, e o *knowledge*, no contexto da *mens rea* ou *culpability* do direito penal americano. Pretende-se, a partir de referido confronto, compreender se há alguma função a ser desempenhada pela cegueira deliberada no direito brasileiro.

Isso porque, se a cegueira deliberada é uma situação de fato equivalente ao *knowledge* na jurisprudência americana e se a proposição feita pela jurisprudência brasileira é que a cegueira deliberada representa dolo eventual no Brasil, é preciso necessariamente verificar se há alguma sobreposição entre tais conceitos.[91]

Como já previamente disposto, por *knowledge* se entende:

> O conhecimento pelo autor da natureza de sua conduta e/ou da existência das circunstâncias especiais exigidas pela definição do crime. Também há *knowledge* quando o autor tem ciência de que é praticamente certo que sua conduta dará causa a um resultado criminoso. Trata-se de categoria de imputação diferente do *purpose* – isto é, propósito – exigido apenas em algumas espécies delitivas. *Knowledge*, assim, é uma categoria de imputação subjetiva autônoma, e não um componente de uma categoria de imputação subjetiva. Vale dizer, *knowledge* é um dos modos de *mens rea*, e não um de seus elementos.[92]

A expressão *knowledge*, pois, de acordo com as interpretações da doutrina e jurisprudência americanas, tratar-se-ia do conhecimento efetivo a respeito da natureza da conduta, da existência de circunstância elementar do crime ou da quase-certeza de ocorrência de determinado resultado. Trata-se, pois, do conhecimento de fato, daquilo que o agente efetivamente sabe.

É exatamente por esse motivo que, como também já exposto supra, se desenvolveu, nos países de *common law* – os quais fazem uso do instituto do *knowledge* – a teoria da cegueira deliberada: partindo da premissa de que não seria possível permitir que os acusados pudessem se utilizar de uma ignorância propositada dos fatos para se defender da imputação de um crime, estabeleceu-se que a ignorância deliberada pelo agente teria as mesmas consequências jurídicas daqueles que agiram com conhecimento efetivo. Como se vê, a jurisprudência anglo-saxã partiu para uma interpretação extensiva do conceito legal do conhecimento.[93]

---

[91]LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 148.
[92] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 149.
[93] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 149.

O *knowledge*, com efeito, seria uma elementar subjetiva dos crimes no *common law*, de modo que as situações de desconhecimento provocadas passaram a ser entendidas como integrantes do elemento subjetivo para todos os efeitos legais.[94]

Ocorre que o "conhecimento" (*knowledge*) do direito penal americano em nada se assemelha ao conhecimento no direito penal brasileiro, uma vez que, no Brasil, não se trata do conhecimento em si entre outras categorias de imputação, mas do conhecimento como um elemento do dolo, em conjunto com o elemento volitivo. De tal modo, havendo a previsão de responsabilidade penal por imprudência consciente, o conhecimento por si só não permite a responsabilização por crime doloso.[95]

Lucchesi, com efeito, traz importante distinção entre os sistemas de imputação subjetiva de responsabilidade brasileiro e americano. Vejamos:

> *Knowledge* é uma categoria intermediária, havendo elementos subjetivos de grau inferior: *recklessness* e *negligence*, A responsabilidade por *recklessness* exige que o sujeito desconsidere um risco conhecido. Já a responsabilidade por *negligence* pressupõe que o sujeito não represente um risco que deveria ser representado. No Brasil, há possibilidade de se responsabilizar o sujeito que tem conhecimento tanto por dolo quanto por culpa. Se o conhecimento pelo autor se traduzir no domínio sobre a conduta, revelando um compromisso pelo autor com a produção de um resultado lesivo, há dolo. Por outro lado, mesmo tendo o autor conhecimento do risco criado por sua conduta, se não houver um pleno domínio dos desdobramentos de sua conduta, podendo ser evitado o resultado, é possível a responsabilização por culpa se houver expressa previsão legal. No Brasil, culpa não é apena culpa inconsciente, de modo que o conhecimento pode levar tanto à punibilidade dolosa quanto culposa, a depender das circunstâncias do caso e a demonstração de domínio pelo autor.[96]

Por se tratar o conhecimento de circunstância elementar do dolo, referido instituto não possui contornos rígidos. No entanto, é importante mencionar que o conhecimento não pode ter seus contornos ampliados indevidamente para situações de desconhecimento a partir de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais – como ocorre no sistema jurídico americano, que possui matrizes de imputação menos sólidas que as do direito penal pátrio.

Ademais, vale ressaltar que o conhecimento, no direito penal pátrio, não conta com uma definição legal de conhecimento, como ocorre com o *knowledge*. Isso não significa dizer que se trata de algo negativo, pois permite que o conceito de conhecimento

---

[94]LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 149.

[95] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 151.

[96] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 151.

possa ser preenchido pela academia, desde que observados os preceitos da dispostos no artigo 18 e no *caput* do artigo 20 do Código Penal.[97]

No entanto, o sistema legal pátrio não permite que se afirme haver conhecimento em situações de desconhecimento. Por exemplo, não é possível afirmar que as situações de cegueira deliberada são tão reprováveis e merecedoras de punição quanto aquelas em que o autor efetivamente conhece as circunstâncias do fato, como se fez na corte federal americana nos casos *Jewell* e *Global-Tech.* Incidiria, nesse caso, a proibição expressa da analogia *in malam partem*, obstando que se tomasse por conhecimento uma situação na qual se reconhece não haver conhecimento.[98]

É exatamente por esse motivo que aqui não se concorda com a doutrina quando esta aduz que a assertiva "deve saber", empregada em diversos tipos penais, seria indicativo de dolo eventual. Até porque, quando se afirma que o acusado deveria saber de algo, reconhece-se que este, de fato, não sabia. Lucchesi, uma vez mais, traz importantes considerações acerca dessa temática:

> Se dolo é conhecimento e vontade, a dimensão cognitiva do dolo deve estar presente em todas as suas espécies – dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual. A se afirmar, porém, que dolo eventual pode ser encontrado nas situações em que o autor não sabia de determinada circunstância elementar do tipo penal, mas deveria saber, está-se restringindo a dimensão cognitiva do dolo para uma dimensão normativo-atributiva equivocada, pois não se está a afirmar que o potencial conhecimento deve ser considerado conhecimento. Equipara-se o desconhecimento frente a uma situação de dever de conhecimento ao conhecimento efetivo, ampliando-se o âmbito de alcance dos tipos penais. A equiparação de "dever saber" e dolo eventual é equívoco cometido pela doutrina contemporânea, muito embora a doutrina clássica já tivesse superado essa questão.[99]

O que se verifica, pois, é que não é possível ampliar o âmbito da punibilidade delimitado pelo conhecimento para situações de desconhecimento, ainda que o conhecimento seja potencial. Veja-se que o conhecimento, para o direito penal brasileiro, pode ser menos do que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não sejam extrapolados os limites cognitivos estabelecidos pela legislação, como o regramento do erro, por exemplo.

---

[97] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 152.
[98] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 152.
[99] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 152–153.

3. ÓBICE À APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A *willful blindness doctrine*, primeiramente utilizada nos países de *common law*, surgiu para possibilitar a responsabilização de agentes que praticam um ilícito penal e se colocam deliberadamente em situação de ignorância, mesmo diante de fortes indícios para o conhecimento de dada ilicitude.

No Brasil, como já demonstrado, tal teoria ganhou grande visibilidade.[100] No entanto, a cegueira deliberada encontra seu principal obstáculo nas classificações de elemento subjetivo do tipo aludidas pelos doutrinadores e juristas brasileiros.

Passa-se, no próximo item, à luz do conceito de dolo para o direito penal brasileiro e da diferenciação entre conhecimento e *knowledge*, a melhor aclarar referido óbice à aplicação da teoria da cegueira deliberada nos termos como os Tribunais têm, em sua maioria, proposto. Vejamos.

3.1 Inexistência de Afinidade entre Dolo Eventual e a Cegueira Deliberada

Em primeiro lugar, cumpre reiterar que não há como se importar, para o Brasil, o conceito de cegueira deliberada nos moldes como é aplicada nos países de *common law*, uma vez que não se verifica identidade entre a função de referida teoria no seu sistema de origem e a função que se pretende atribuir à cegueira deliberada no direito brasileiro.

No *common law*, a chamada *willful blindness doctrine* possui a finalidade de expandir a punibilidade de delitos que se utilizam do *knowledge* para abarcar aquelas situações nas quais o autor não tem conhecimento das circunstâncias elementares do crime. No Brasil, por outro lado, referido instituto não visa expandir por analogia o âmbito de incidência do conhecimento, mas equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual.[101]

Ocorre que dolo eventual e cegueira deliberada não são categorias jurídicas equivalentes ou equiparáveis. Veja-se que age com dolo aquele que age com

---

[100] Nota-se, nesse ponto, que a teoria da cegueira deliberada não está expressamente disposta no ordenamento jurídico brasileiro, nem é adotada pela doutrina majoritária brasileira e, ainda, não há decisões judiciais suficientes para amparar a sua aplicação indiscriminadamente no ordenamento jurídico pátrio (SYDOW, Spencer Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: Editora: D'Plácido, 2016, p. 25).

[101] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 154.

"conhecimento tal que lhe confira domínio sobre aquilo que está realizando"[102], cumprindo-se, assim, o quanto disposto nos artigos 18 e 20 do Código Penal. O conhecimento, para a configuração do dolo, não precisaria ser efetivo, podendo ser estabelecido a partir de critérios atributivos-normativos.

No entanto, revela-se, a partir de uma análise sistemática da doutrina brasileira, que há o que ora se denomina uma "zona cinzenta" acerca do conceito de dolo – principalmente do dolo eventual –, uma vez que há juristas que o ampliam sobremaneira, principalmente no sentido de expandir o *jus puniendi* do Estado em situações nas quais a configuração do elemento subjetivo não está clara.

A título de exemplo, cumpre abordar o estudo de Sérgio Moro que, em algumas oportunidades, faz referência ao dolo eventual à luz da teoria cognitiva da probabilidade[103] e, em outras ocasiões, faz alusão a elementos volitivos como o consentimento e a indiferença. A aplicação de elementos volitivos pelo ex-juiz fica clara quando de seu estudo voltado ao crime de lavagem de capitais, ao afirmar que "aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos".[104]

O autor aduz, assim, que a indiferença seria um componente central do conceito de dolo eventual e passa a propor a paridade entre os conceitos de dolo eventual e cegueira deliberada.

Na mesma linha, no julgamento do caso popularmente conhecido como "Mensalão" (AP n. 470/MG, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pelo Supremo Tribunal Federal), o elemento da indiferença surgiu como um requisito para a responsabilização do delito de lavagem de capitais a título de dolo eventual.

A Ministra Rosa Weber, ao proferir seu voto, versou sobre a relação entre a lavagem de dinheiro e a ignorância deliberada de maneira menos cautelosa, flexibilizando por completo o estudo do elemento subjetivo do tipo:

---

[102] GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António. Líber amicorum *de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 902.

[103] MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo do crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.

[104] MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo do crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

> Para a configuração da teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. (...) Pode-se identificar na conduta dos acusados beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (willful blindness doctrine). (...) Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.[105]

Houve, nesse cenário, edição do ato informativo n. 684 pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo a possibilidade de se aplicar o dolo eventual à lavagem de dinheiro, por meio da teoria da cegueira deliberada, nos casos em que o agente "fingiria não perceber determinada situação de ilicitude", agindo, pois, com indiferença:

> Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.[106]

Na contramão das constatações supra, Lucchesi faz importante análise sobre a discussão em referência, ao afirmar que entender a indiferença como elemento central do dolo eventual seria ampliar excessivamente o seu conceito, na medida em que situações nas quais o indivíduo não possui pleno domínio sobre a criação do risco poderiam ser interpretadas como situações de indiferença, punindo-se, assim, culpa como dolo. Os exatos termos do autor são:

> Resumir o dolo eventual à indiferença do autor é ao mesmo tempo limitar as possibilidades de responsabilização e ampliar excessivamente o conceito de dolo a partir de um conceito indeterminado. Situações em que o autor não possui um domínio pleno da criação do risco podem ser interpretadas como situações de indiferença, permitindo a responsabilização a título de dolo em

---

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470/MG – Plenário*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso: 10 mar. 2020.

106 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ato Informativo nº 684*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm. Acesso: 28 abril 2020.

> situações culposas. Por outro lado, há casos em que o autor conhece o risco criado, mas não é indiferente ao resultado.[107]

Lucchesi continua sua exposição trazendo um exemplo fornecido por Lacmann, em sua versão posteriormente adaptada por Greco:

> Dois fazendeiros que brincam de tiro ao alvo numa feira popular decidem fazer uma aposta. O desafio: que o primeiro deles atire no chapéu da menina que se encontra vinte metros adiante, sem a ferir. O prêmio: todo o patrimônio do perdedor. O primeiro fazendeiro atira e ocorre o duplamente indesejado, a menina é atingida e morre. Neste caso, é óbvio que o atirador não quis, em sentido psicológico-descritivo, o resultado. Era-lhe sumamente indesejado sequer ferir a menina, uma vez que isso significaria a perda de todo o seu patrimônio. Ainda assim, parece que ninguém hesitará em afirmar o dolo, e se essa conclusão é correta, isso significa que tanto o Código, quanto a doutrina dominante conhecem casos de dolo sem vontade em sentido psicológico.[108]

O que se denota, pois, é que a indiferença, ao contrário do quanto apontado por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, não representa um critério apropriado para a definição de dolo eventual, pois é insuficiente para tanto.

Não há, deste modo, qualquer razão para que a indiferença seja incluída como um requisito para a configuração e aplicação da cegueira deliberada, pois nunca se verificou qualquer exigência nesse sentido na formação originária da referida teoria, tratando-se, pois, de adaptação artificial daquele instituto para o direito penal brasileiro.

Até porque, a cegueira deliberada é instituto que pode ser traduzido – brevemente e sem repassar, nesse momento, todos os requisitos abarcados por Ragués i Vallès e Spencer Sydow – no desconhecimento propositado do autor. Ou seja, a ignorância do agente deve decorrer de uma decisão por ele tomada de não aprofundar o seu conhecimento – decisão consciente e não simples indiferença.

É possível concluir, portanto, que a responsabilização por dolo direto ou eventual deve exigir a demonstração de que o autor possuía conhecimento tal da ação que possa se dizer que ele tem domínio ou controle da execução de sua ação. Referido conhecimento não precisa ser empiricamente verificado, mas deve ser passível de constatação a partir das circunstâncias concretas de cada caso.[109]

---

[107] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 157.

[108] D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António. 2009, p. 887-888 *apud* LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 157.

[109] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 163.

De tal modo, não se desconsidera que há casos de cegueira deliberada em que, de fato, é possível se imputar algum grau de conhecimento ao autor, permitindo-se, desta forma, a sua responsabilização na modalidade dolosa. É como afirma Lucchesi:

> A partir das premissas desta obra com relação à definição de dolo, é necessário para a responsabilização – seja por dolo direto ou eventual – que se demonstre que o autor tem um conhecimento tal da situação que possa se dizer que ele tem domínio ou controle da execução de sua ação. Esse conhecimento, porém, não precisa ser completo ou empiricamente verificado, podendo ser atribuído ao autor a partir das circunstâncias do caso. Tomando-se a definição americana de cegueira deliberada, se o autor sabe haver uma elevada probabilidade de que a sua conduta constitui crime e decide não aprofundar seu conhecimento para evitar confirmar a sua suspeita, talvez possa ser dito que o autor de alguma forma saiba o que espera encontrar. Isso evidentemente não é conhecimento a partir de uma perspectiva psicológico-descritiva. Não se pode equiparar ao conhecimento o que por definição é desconhecimento. No entanto, a depender do critério atributivo-normativo utilizado – não necessariamente a "exteriorização de um sentido" identificada no direito penal da filosofia da linguagem -, pode-se imputar algum grau de conhecimento ao autor, permitindo sua responsabilização a título de dolo. Veja-se que a identificação do dolo nas situações de cegueira deliberada depende menos da definição de um conceito de cegueira deliberada que do conceito de dolo adotado.[110]

É importante ressaltar que não se pretende, no presente capítulo, adotar qualquer conceito de dolo – menos ainda ampliar o conceito de dolo de tal forma que passe a permitir punições dolosas das situações de cegueira deliberada, em hipóteses notadamente culposas. Contudo, há situações nas quais a cegueira deliberada pode ser reconhecida como dolosa, quando todos os requisitos tiverem sido atendidos para a configuração do dolo, dependendo do que se acata por conhecimento, instituto central à definição do dolo.

É de se dizer, no entanto, que a cegueira deliberada, da forma como aplicada no Brasil, não é equivalente ao dolo eventual, pois possuem premissas distintas. Até porque, se cegueira deliberada fosse análoga ao dolo eventual, não seria necessário construir referida teoria; bastaria aplicar, simplesmente, o dolo eventual.

Por outro lado, se se considerar que o conceito de dolo eventual, da forma como aplicado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é insuficiente, não seria a adoção da cegueira deliberada, equiparada ao dolo eventual, a maneira correta de suprir tais lacunas.

Dever-se-ia propor critérios adicionais à cegueira deliberada, que a distinguiriam do dolo eventual, como forma de verdadeiramente preencher eventuais lacunas de

[110] LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 157.

punibilidade – sobre as quais não se debruçará o presente estudo em razão da extensão da matéria e por não ser este o foco da pesquisa. Nesses casos, contudo, seria preciso propor uma alteração legislativa para se punir como dolo algo que hoje não é dolo.

4. CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO E A FIGURA DA GARANTIA PENAL

Após delineadas algumas definições doutrinárias de dolo, com a consequente associação deste com a teoria da cegueira deliberada – objeto primeiro do presente estudo – e o estudo de sua aplicação ao ordenamento jurídico pátrio, passar-se-á à análise do terceiro objeto desta pesquisa, consistente na imputação dolosa de crime omissivo impróprio no âmbito do Direito Empresarial.

Realizado o cotejo das conclusões obtidas a partir de referida análise, examinar-se-á a viabilidade – ou não – da imputação de dolo em casos como os aqui em análise, principalmente quando presente estado de cegueira deliberada por parte do agente.

Aqui, é importante mencionar que o presente trabalho não possui a pretensão de exaurir a extensa temática atinente ao conceito de crime omissivo impróprio e seus elementos. Pretende-se, antes, realizar um recorte dessa figura no âmbito do Direito Empresarial, com o intuito de situar a discussão dos próximos capítulos sobre a imputação dolosa em tal espécie de delito.

4.1 Crime Omissivo Impróprio

Para melhor aclarar as peculiaridades relacionadas ao instituto do crime omissivo impróprio, é importante diferenciar, em um primeiro momento, os conceitos de crimes comissivos e omissivos para, em seguida, diferenciar o crime omissivo próprio do impróprio e, finalmente, pormenorizar os elementos relativos a essa figura do Direito Penal.

4.1.1 Diferença entre Crime Omissivo e Crime Comissivo

Como é assente, ao se referir à prática de determinada conduta delitiva, faz-se referência, necessariamente, à lesão ou ao perigo de lesão a determinado bem jurídico abarcado pela legislação penal pátria, causados por uma conduta humana – que, por sua vez, pode consistir em comportamento ativo ou passivo.

Desta forma, o comportamento ativo faz referência às hipóteses nas quais há, por parte do agente, desprendimento de energia voltado à lesão de determinado bem jurídico. Tem-se, pois, uma ação que pode originar um *crime comissivo*.[111]

No caso do comportamento passivo, por outro lado, o que se verifica é a ausência de desprendimento de energia factível diante de determinada situação concreta de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico que se apresenta ao indivíduo. Tem-se, nessa segunda hipótese, a prática de um *crime omissivo.*[112]

A capacidade de ação, com efeito, deve ser considerada como ponto comum entre a ação e a omissão, não havendo que se falar na "não realização", em determinado caso concreto, de ação impossível ao indivíduo.[113]

É como afirma a ilustre professora Heloisa Estellita:

> Se no campo fenomenológico ou ôntico, ação e omissão diferem, no campo das valorações político-criminais, ou seja, normativo, é possível encontrar um denominador comum entre as duas formas de realização da conduta típica, ambas são formas de ofender o bem jurídico protegido. Em uma delas, há criação do risco por meio de um movimento corporal; na outra, há um dever de atuar como meio de proteção de bens jurídicos ameaçados e o desatendimento a esse dever por meio da falta de prática da ação legalmente devida.[114]

No mesmo sentido, dispõe Juarez Cirino dos Santos:

> […] o Direito Penal utiliza duas técnicas diferentes para a proteção de bens jurídicos: em regra, a norma penal proíbe a realização de ações lesivas de bens jurídicos; por exceção, a norma penal ordena a realização de ações protetoras de bens jurídicos.[115]

A fixação de fronteiras entre os institutos da ação e omissão é de suma relevância para o presente estudo, já que os critérios de imputação de determinada intervenção (ou da ausência dela) podem incidir de maneira diferente sobre cada forma de

---

[111] Veja-se, nesse ponto, que para que determinada ação efetivamente se enquadre na definição de crime comissivo, a ela devem ser adicionados outros requisitos de tipicidade, ilicitude e culpababilidade.

[112] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 48.

[113] TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos.* São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 351–354.

[114] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 77.

[115] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível.* 3. ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 128.

comportamento. Isso porque, a restrição do conceito de garante (artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro) – que consiste em um dos objetos de análise do presente estudo, conforme se verá melhor adiante –, por exemplo, só é possível quando realizada a devida diferenciação entre ação e omissão.[116]

Em breve síntese do quanto exposto, o que se verifica é que, no campo ontológico, ação e omissão se tratam de conceitos distintos: ação seria um movimento corporal externo e voluntário, que, como não poderia deixar de ser, possui emprego de energia em determinado sentido; enquanto a omissão seria deixar voluntariamente de realizar uma ação possível, uma espécie de modalidade negativa da ação.[117]

Bottini exemplifica, nesse ponto, que, quando alguém corre, está se omitindo em ficar parado – mesmo que ninguém espere essa última conduta.[118]

Em outras palavras, a omissão, no que atine à seara ontológica, prescinde que alguém espere uma conduta positiva para que essa expectativa seja frustrada. Há, com efeito, uma distinção entre ação e omissão no plano ontológico, sem a necessidade de qualquer elemento normativo para a sua caracterização.

No entanto, o substrato ontológico da omissão é insuficiente para qualquer constatação mais apurada no campo das ciências humanas.[119] Isso porque, para encontrar a matéria-prima da construção de um sistema jurídico, não basta definir omissão, também é preciso entender quais são as omissões juridicamente relevantes, ou seja, normatizar a omissão.

Para tanto, é adequado pensar na ideia de expectativa, já que a ausência de atividade só seria importante sob um prisma social, se a ação omitida e possível era esperada, havendo, pois, uma expectativa sobre ela.

---

[116] "Por exemplo, para caracterizar alguém como garante pela criação de um risco de ocorrência de um resultado (CP, art. 13, §2º), é necessária uma ação – um movimento corporal positivo – para que depois se exija a evitação do resultado e se impute a omissão imprópria. Não se cria risco por omissão, embora seja possível transformá-lo em risco não permitido por esta categoria de comportamento (...) Tal interpretação restritiva do §2º, do art. 13 – mais adiante explicitada – só é possível se pudermos diferenciar ação e omissão" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 29).

[117] "Isso não significa que o omitente não possa estar agindo no momento da omissão. A omissão é um conceito relativo porque depende da indicação da ação que foi omitida; no entanto, pode ser construído com independência de qualquer valoração em um primeiro momento" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30). Veja-se, nesse ponto, que, para Welzel, a omissão é independente da espera de qualquer pessoa pela ação (WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 178).

[118] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30.

[119] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 31.

Ou seja, na seara jurídico-penal, a omissão relevante será aquela que frusta expectativas calcadas em normas jurídicas: se alguém espera um comportamento porque sua realização está prevista em norma jurídica, a omissão será juridicamente relevante.

O que se denota, pois, é que a distinção entre as modalidades comportamentais ativas e passivas – respectivamente, ação e omissão – reflete-se diretamente na valoração que possuem no ordenamento jurídico pátrio, o que tem como decorrência uma diferença estrutural entre a norma penal de tipos de delitos comissivos e omissivos.

Isso porque, o tipo penal comissivo possui caráter proibitivo, coibindo, pois, uma ação. O tipo penal omissivo, por outro lado, possui caráter mandamental, de modo que impõe uma ação[120].

Em razão de referida definição, é certo que a tipificação de crimes comissivos é demasiadamente superior à de delitos omissivos. Como aduz Pardini:

> Afinal, relembrando o princípio geral da legalidade no Estado Democrático de Direito, de acordo com o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei (art. 5º, II, da Constituição da República do Brasil de 1988 – CFRB/88), vê-se que, ao proibir determinada conduta, a norma jurídica deixa em aberto ao indivíduo toda a gama de possibilidades fáticas que se lhe apresentam naquele contexto, excluindo, apenas, a proibida. Por outro lado, ao impor determinada conduta, a norma jurídica limita sobremaneira o leque de possibilidades de atuação do indivíduo no contexto em que se encontra, já que este a afrontará caso se comporte de qualquer outra maneira que não a imposta.[121]

Em outras palavras, o que se observa é que uma norma mandamental limita em maior grau a liberdade individual quando comparada a uma norma proibitiva; motivo pelo qual é dever do legislador aplicar um maior grau de racionalidade à tipificação omissiva, com a devida observância do princípio da proporcionalidade quando da criminalização da omissão, tendo em vista que esse procedimento legislativo interfere em muito na liberdade de atuação individual.

Não por outro motivo, Heloisa Estellita, ao citar Stratenwerth, em capítulo que versa sobre a matéria ora em análise, aduz que a excepcionalidade da criminalização do

---

120 GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 50.

121 GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 50.

instituto da omissão deriva do princípio da responsabilidade, segundo o qual o indivíduo deve ser incumbido apenas de seu próprio âmbito de domínio, de modo que o dever de se ocupar com bens jurídicos alheios deve ocorrer apenas excepcionalmente.[122] É dizer, não é missão essencial da sanção incentivar os destinatários da norma a intervir pessoalmente em prol de bens jurídicos periclitados.[123]

Delineadas de maneira deveras breve as questões atinentes à diferenciação entre os crimes omissivos e comissivos, passa-se, no item seguinte, à análise da distinção entre as subcategorias tratadas pelo Código Penal brasileiro na temática da omissão.

4.1.2 Diferença entre Omissão Própria e Omissão Imprópria

Como assinalado acima, a omissão relevante somente adquire contornos de dignidade quando prevista em lei. Desta forma, é de suma importância para o presente estudo proceder à análise das diferentes omissões abarcadas por normas com consequências penais, também denominadas "omissões penalmente relevantes", quais sejam: omissão própria e imprópria.

Isso porque, a diferenciação entre os tipos omissivos acima descritos possui grande relevância para distinguir os critérios específicos de responsabilização e adequação típica em cada modalidade delitiva. Há, com efeito, diferentes critérios elucubrados pela doutrina pátria acerca dessa temática.

Neste capítulo, far-se-á breve análise acerca dos requisitos apresentados por Felino Rodrigues, que são: (i) o normativo, que se relaciona à natureza mandamental ou proibitiva da norma violada; (ii) o tipológico, que trata da existência de tipo próprio ou determinado à margem da lei; e (iii) o tradicional, que afirma serem os crimes omissivos próprios de mera conduta, enquanto os impróprios dependem de um desvalor de resultado.[124]

---

[122] STRATENWERTH, derecho penal, p. 104 *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.

[123] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. 2002 *apud* GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 51.

[124] RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 15–24.

4.1.2.1 Critério Normológico

O presente critério foi historicamente apresentado por Wessels[125] e Maurach[126] e, como já abordado acima, diz respeito à natureza da norma violada. Kauffman, nesse sentido, discorrendo sobre a teoria da norma jurídico-penal de Binding, aduz que a norma penal *lato sensu* consiste em regra jurídica que gera determinado dever – trata-se, pois, de "um mandamento de não agir pela forma ali descrita, ou de praticar o ato exigido no dispositivo".[127]

Desta forma, ao ato ou omissão culpáveis, eis que contrários à norma, dá-se o nome de crime. Ainda de acordo com Kauffman, às proibições, cabe impedir as modificações que ofendam a ordem jurídica, quando resultem de atos humanos; já, aos comandos ou mandamentos, cabe causar as modificações indispensáveis à ordem jurídica, produzidas por ato positivo do sujeito ativo.[128]

Em consonância com o quanto acima exposto, Felino Rodrigues aponta que o primeiro critério apto a distinguir a omissão própria da imprópria seria que a primeira infringe norma preceptiva; enquanto a segunda infringe norma proibitiva.[129]

Nesse mesmo sentido, Heleno Fragoso e Nelson Hungria aduzem que:

> Crimes omissivos próprios ou puros são aqueles que consistem na simples violação de uma ordem. Omissivos impróprios ou comissivos seriam os crimes que se concretizam na violação de uma proibição através da abstenção de uma atividade.[130]

De acordo com Victor Costa, contudo, há graves problemas na diferenciação das duas espécies aduzidas neste critério. Para fundamentar referido posicionamento, o ilustre doutrinador utiliza-se dos seguintes argumentos:

---

[125] WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 157–158.
[126] MAURACH, Reihart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 22.
[127] KAUFFMAN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 22.
[128] KAUFFMAN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, op. cit., p. 23.
[129] RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 16.
[130] FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* v. I, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 413.

> Em primeiro lugar, por desconsiderar que as duas espécies estão contidas no mesmo gênero, isto é, a omissão *lato sensu*, e que o distintivo de tal gênero é justamente o fato de infringirem normas mandamentais. Além disso, também não parece adequado promover a suficiente distinção entre as espécies de omissão como ela vem veiculada. Depende, isto sim, da substância material que constitui a pretensão de proteção do bem jurídico e não de critérios formais elegidos pelo legislador. De outro modo, perder-se-ia o potencial crítico do bem jurídico às decisões legislativas. E, por fim, não é possível deduzir se determinada pessoa estava ou não obrigada a realizar determinada ação da existência isolada e abstrata do mandado. Há que se juntar a esse requisito a possibilidade de levar a cabo a realização da ação exigida pela norma mandamental (*ultra posse nemo obligatur*). Para a concreção do dever de atuar, contudo, faz-se necessário além do mandado, da capacidade de ação (...) é aqui que se diferencia a validade abstrata da norma e a eficácia concreta do dever jurídico.[131]

4.1.2.2 Critério Tipológico

O segundo critério foi apresentado pelos autores Kauffman[132] e Welzel[133] e diz respeito diretamente ao tipo penal. Com base nele, os crimes passivos próprios seriam aqueles previstos em um tipo específico, como, por exemplo, o crime de omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal), de modo que a não realização da ação prevista na norma – como uma mera inobservância do comando – já garantiria a tipicidade da conduta.[134] Os crimes omissivos impróprios, por outro lado, tratar-se-ia de construção da jurisprudência e doutrina, de forma que se faz depender de delimitação dos deveres especiais de garantidor – figura esta que será melhor descrita no item a seguir –, com seu resultado previsto em um tipo omissivo.[135]

No entanto, ainda de acordo com Victor Costa, tal critério também seria insuficiente "[…] vez que meramente formal e estabelecido segundo um critério extrínseco da lei, sem importar a verificação de qualquer conteúdo material nela contido, abstraindo-se qualquer contorno estrutural específico".[136]

---

[131] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 97.
[132] KAUFFMAN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.
[133] WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 239-240.
[134] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 100.
[135] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 100.
[136] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 100.

4.1.2.3 Critério Tradicional

Finalmente, o critério tradicional, precipuamente previsto por Jescheck[137] e Antolisei[138], é considerado por Felino Rodrigues como o mais adequado, desde que interpretado em conjunto com os critérios anteriormente abordados.

Isso porque, de acordo com essa posição, a principal diferença entre os delitos omissivos próprios e impróprios seria o resultado, já que, enquanto o primeiro consistiria em crime de mera conduta – pois a simples inobservância de dever geral já seria capaz de configurá-lo –; o segundo seria crime material – punido em razão do desvalor do resultado.[139]

Em outras palavras, no que atine à omissão imprópria, deve ser comprovada a devida causalidade entre a conduta omitida e o resultado previsto no tipo comissivo.[140]

Ocorre que, assim como acima, o presente aspecto diferenciador, apesar de tratar-se de alternativa ao formalismo por levar em consideração substrato material, não pode ser examinado por si só. É como aduz Victor Costa:

> Para os crimes de omissão próprios, a mera não realização de ação mandada pela norma já importaria em sua consumação. Como já se assinalou acima, a exigência da lesão a um bem jurídico não admitiria delitos de mera desobediência. Isso poderia levar à consequência, como adverte Munhoz Netto, de considerá-los como delitos de perigo.[141]

4.1.2.4 Conclusões Acerca dos Critérios Diferenciadores de Omissão Própria e Imprópria

Como já disposto anteriormente, a configuração de um delito omissivo, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, demanda dois requisitos: (i) a expectativa de ação; e (ii) a capacidade individual de agir. Há, com efeito, casos nos quais o item (ii) apenas se caracteriza diante de dever normativo – a chamada posição de garante –, hipóteses estas nas quais se constata a maioria dos delitos omissivos impróprios.

---

137 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardente. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 833.
138 ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milão, 1969, p. 195.
139 RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 20.
140 COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 103.
141 COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p.

Em outras palavras, a imputação da conduta, a título de omissão, ao sujeito responsável, dá-se pela não realização de uma atuação positiva *ex ante* apta a resguardar o bem jurídico protegido. Assim, o juízo de imputação, nos casos omissivos, deve se sujeitar à conduta efetiva do sujeito ativo (expectativa de ação e capacidade), somada à sua atuação para impedir a ocorrência de lesão a bem jurídico protegido, não só de maneira negativa, mas também positiva.[142]

Com efeito, de acordo com Silva Sánchez, citado por Victor Costa, a pretensão de proteção de determinado bem jurídico, individualizada no dever de agir, pode se manifestar através de norma mandamental ou proibitiva.[143] Na legislação penal pátria, contudo, é usual a utilização de normas mandamentais nessa seara, as quais, no caso de omissão imprópria, precisam ser combinadas com delitos comissivos previstos na parte especial do Código Penal ou na legislação extravagante, pelo fato de se punir o resultado neles previsto. O objetivo da tipificação a título de omissão imprópria é, pois, a consecução de prestações positivas de quem ocupa a posição de garantia do bem jurídico em favor de quem a norma elegeu como destinatário desta atuação.[144]

É exatamente nesse ponto que reside a objeção ao critério normológico: o objetivo político-criminal atinente às normas de omissão pode ser alcançado de duas formas, quais sejam: ou evitando lesões de determinado indivíduos à esfera jurídica de outrem ou obrigando alguém a agir em prol de outro indivíduo.

O critério tipológico, por sua vez, também não é apto, isoladamente, a solucionar de maneira satisfatória a diferenciação ora ventilada. Isso porque, a afirmação de que os delitos omissivos próprios seriam comuns quanto ao sujeito ativo, possuindo tipo penal próprio, enquanto os omissivos impróprios seriam especiais – somente cometidos por determinadas pessoas que estariam em posição de garantidor – também possui suas complicações.

Tem-se como exemplo, nesse sentido, o crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal[145]), o qual, em que pese ter tipo próprio,

---

[142] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 105.

[143] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*: Concepto y Sistema. 2ª ed. Buenos Aires, Montevidéu: B de F, 2003, p.195.

[144] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 106.

[145] "Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa" (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020).

não decorre de um dever geral de solidariedade, pois é um crime próprio quanto ao sujeito ativo. O critério tipológico aqui nada nos indica quanto à natureza classificatória. Decisivo, outrossim, parece ser o fato de não exigir o advento de resultado naturalístico para a sua consumação.[146]

Há, ainda, outros exemplos trazidos na obra de Victor Costa que visam a melhor aclarar a presente questão: "[…] os crimes previstos nos artigos 10[147], 12[148] e 23[149] da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), em que não obstante terem tipo próprio, também são tipos especiais próprios em relação à autoria, quando submetidos à regra do artigo 25[150] de referida lei".[151]

Ou seja, nas hipóteses em que a norma impõe uma necessidade de atuação positiva, estabelecendo um dever especial para evitar determinada lesão, parece estar-se diante de um delito omissivo impróprio, uma vez que, como crimes próprios, estipulam uma posição de garantidor.[152]

O que se verifica, pois, é que o critério tradicional, que versa sobre o resultado da ação do agente, seria o decisivo para a caracterização do crime omissivo impróprio, desde que combinado com o princípio da ofensividade e a necessidade de lesão ao bem jurídico.[153]

---

[146] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 106–107.

[147] "Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa" (BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*).

[148] "Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa" (BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*).

[149] "Art. 23. Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa" (BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*).

[150] "Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado)" (BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*).

[151] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p.

[152] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 106–107.

[153] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 108/109.

Isso porque, embora Munhoz Netto[154] indique que a antijuridicidade dos crimes omissivos impróprios não reside em causar o resultado lesivo, mas em descumprir o dever de garantidor, o que pretende o presente estudo é demonstrar que a mera inobservância do dever, sem que se constate um posterior resultado lesivo, não é passível de consumar um delito omissivo impróprio.

Não há como se afastar a causalidade da discussão aqui ventilada, pois o que o legislador pretende ao versar sobre o instituto dos crimes comissivos por omissão é punir a lesão a determinado bem jurídico, e não somente o descumprimento de um dever.

No entanto, o que se verifica na atualidade – e que se pretende, sem qualquer pretensão de exaurir a discussão, solucionar neste estudo – é que os Tribunais pátrios pouco se dedicam à elucidação teórica dos requisitos trazidos nesse item para a consumação da modalidade omissiva imprópria. Tal praxe temerária se verifica principalmente no âmbito dos delitos econômicos e empresariais, nos quais, muitas vezes, atribui-se posição de garante a dirigentes que sequer tinham o poder de controle (menos ainda o efetivo domínio) sobre a fonte de perigo para a evitação do resultado.[155]

Para melhor aclarar essa temática, passa-se, então, à análise do conceito da posição de garante a partir da legislação penal pátria.

4.2 A Posição de Garante

A principal relevância da diferenciação entre omissão própria e imprópria, como brevemente versado no item anterior, reside no fato de que a posição de garantidor se limita à comissão por omissão.[156] Em outras palavras, denomina-se garante o sujeito ativo de um crime omissivo impróprio, tratando-se, pois, de crime especial quanto ao agente.

Como consequência, uma vez reconhecida a natureza especial do sujeito ativo atinente à mencionada modalidade de delitos omissivos, recorre-se à investigação de quem seria o autor de dado crime para, em um momento posterior, afirmar que se trata de crime omissivo impróprio – e não o contrário.

---

[154] MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 23.

[155] COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes Omissivos Impróprios*: Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017, p. 110–111.

[156] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Tomo II. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2008, p. 763.

Desta forma, passa-se, no presente capítulo, à análise da figura do garante sob dois primas: subjetivo, com a análise de a quem incumbe o dever de garantia, e objetivo, com o exame do conteúdo e da extensão da responsabilidade atribuída a determinado sujeito ativo.

4.2.1 Delimitação subjetiva do garante

A partir da delimitação subjetiva, alcança-se uma melhor definição da figura do garante, qual seja: o sujeito a quem o ordenamento jurídico-penal impõe o dever de agir – ou, ainda, como acima mencionado, o sujeito ativo do crime omissivo impróprio.

O Código Penal pátrio dispõe expressamente sobre a figura do garante no bojo do §2º de seu artigo 13, para além de outros dispositivos dispostos na lei extravagante.[157] Nesse momento, para melhor aclarar a matéria em análise, cumpre transcrever a disposição sobre a figura do garante de maneira geral:

> Art. 13 […] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.[158]

O que se verifica, por meio de uma breve análise do artigo acima transcrito, é que o ordenamento jurídico-penal pátrio proclama a quem assiste o dever de agir em determinadas hipóteses legalmente dispostas – como (i) ter por lei obrigação de cuidado proteção ou vigilância; (ii) assumir a responsabilidade de impedir o resultado; e (iii) criar o risco de ocorrência de resultado –, mas não o faz de maneira precisa, o que, por óbvio, pode vir a justificar violação ao princípio da legalidade.

Veja-se, nesse ponto, que a disposição da Parte Geral do Código Penal aqui em comento sequer faz menção a quais bens jurídicos estariam abarcados pelo dever de garantia *lato sensu* ou, ainda, a quais crimes abarcariam a figura do garante.

---

[157] "O princípio da posição de garantidor não encontra materialização apenas no art. 13, § 2º, do Código Penal. Também estabelecem especial dever de agir o art. 25 da Lei n. 7.492/86; o art. 75 da Lei n. 8.078/90; e o art. 2º da Lei n. 9.605/98. Em todos esses casos, a norma jurídica identifica pessoas que, devido à posição especial que ocupam, têm especial dever de proteger o bem jurídico" (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 374).

[158] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020.

É necessário, com efeito, para evitar ampliação demasiada da criminalização mediante a figura da omissão imprópria, que sejam idealizados critérios adicionais aptos a restringir – ainda que ligeiramente – os crimes de resultado sobre os quais poderia recair o instituto da comissão por omissão.[159]

No âmbito subjetivo, tal delimitação é objeto de extensa discussão no estudo jurídico-penal. Há inúmeras linhas teóricas que versam sobre o estudo do sujeito ativo de delitos omissivos impróprios, com base nas quais é possível verificar algum desenvolvimento progressivo.

Isso porque, no início do século XX, a dogmática penal se fundava em um sistema de causalidade, o qual legitimava a punição de uma conduta com base na relação de causalidade entre o agente e o resultado lesivo. Desta forma, a legitimidade de atuação do direito penal derivava do fato de uma conduta causar o resultado vedado.[160]

Tal entendimento dificultava a total aplicação da omissão, já que esta não causa diretamente um resultado. Ora, à época:

> […] Classificar como homicídio a omissão da mãe em alimentar o bebê coloca em xeque toda uma sistemática fundada na relação de causalidade. Ainda que a mãe tenha o dever de cuidar do filho e evitar seu perecimento, equiparar uma inatividade a um ato positivo de tirar a vida esbarrava na ideia de causalidade. Embora a ação esperada de alimentar o filho pudesse ter evitado o resultado, parece difícil afirmar que ela causou a morte.[161]

Assim, reconhecer que os tipos penais que não preveem expressamente a omissão poderiam ser realizados por inatividade exigiu uma importante construção dogmática – a partir até mesmo da revisitação de conceitos consolidados, como o da causalidade –, a evidenciar uma sofisticação intelectual que, a seu modo, contribuiu com a evolução do pensamento sistemático penal do século XX.

No presente estudo, tendo em vista a extensão da matéria, serão tratadas apenas as teorias que guardam especial relevância para o desenvolvimento da tese, quais sejam: (i) as teorias formais, que têm como base as previsões legais e contratuais expressas como fundadoras do dever de garantir; (ii) as materiais, as quais tem como fundamento a proximidade do sujeito ativo (garante) ao bem jurídico a ser protegido ou à fonte de perigo

---

[159] BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 102–106.
[160] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 64.
[161] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 64.

ameaçadora a tais bens jurídicos[162]; (iii) as teorias do domínio, que entendem o garante como aquele que tem efetivo domínio sobre a causa e o fundamento do resultado; e (iv) por fim, as teorias unificadoras, que equiparam os conceitos de ação e omissão.

Passa-se, assim, à análise de referidas teorias.

4.2.1.1 Teoria do Dever Formal

Para melhor aclarar a linha teórica formal do delito omissivo impróprio, é importante começar por uma indagação trazida por Bottini: "se o omitente não causa a morte, a lesão, como estender o tipo penal de homicídio, de lesões corporais, a esta conduta?".[163]

A resposta a esse questionamento passa, em um primeiro momento, pela substituição da equiparação ontológica a um elemento normativo, à ideia de violação a um dever formal. Em outros termos, àquele que se omite será imputado o resultado não porque o causou, mas porque violou um dever formal, de natureza penal ou extrapenal, de evitá-lo. É como dispõe referido autor:

> A mãe que deixa de alimentar seu filho será responsável pela sua morte não porque a tenha causado, mas porque tem um dever civil de prestar alimentos e o descumpriu. Da mesma forma, o salva-vidas tem o dever contratual de zelar pela segurança dos banhistas e esse dever fundamenta a imputação da morte por afogamento de alguns deles sob seus cuidados. Assim, o omitente não causa o resultado, mas sua inatividade é equiparável à ação – sob uma perspectiva jurídica – pela violação do dever, no plano da antijuridicidade.[164]

Feuerbach foi quem fundou a omissão no descumprimento de um dever jurídico, ao versar que esta surgiria de uma obrigação originária do cidadão, já que o delito omissivo pressuporia um especial fundamento jurídico, decorrente de uma lei ou de um contrato.[165]

---

[162] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 57.

[163] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 71.

[164] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 71.

[165] FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 56.

Por conseguinte, de acordo com a teoria formal, responde por um delito omissivo impróprio o omitente responsável por sua evitação, de modo que a sua responsabilidade se desenrola a partir de um dever formal, que o obriga a agir e evitá-lo quando for capaz.

Desta forma, a tipicidade da omissão imprópria residiria na não evitação do resultado, e a antijuridicidade, por sua vez, residiria na infração de um dever especial previsto em lei ou em um contrato.

Ocorre que a adoção do chamado "dever formal" como um critério apto a justificar a imputação de delitos omissivos impróprios enseja excessiva desmaterialização dos critérios de imputação de determinada modalidade delitiva. Até porque, ao utilizar-se desse critério, parte-se da análise de que a ligação do agente com a lesão decorre unicamente de um dever legal e normativo, sem qualquer aferição de um critério ontológico.

Assim, todo aquele que possui um dever de agir, mesmo civil ou administrativo, é responsabilizado pela ocorrência do resultado, sem que sejam feitas grandes incursões em suas características ou no conteúdo material dessa obrigação.

Nesse ponto, pondera Bottini:

> Assim, responderá por homicídio aquele que se obrigou por contrato a evitar a morte ou que tenha algum dever – mesmo que civil ou administrativo – de proteger a vida de outrem. O salva vidas que tinha o dever contratual de evitar afogamentos seria punido por homicídio se alguém morresse dessa forma na piscina pela qual era responsável. Esta imputação, quando observada da perspectiva de um ordenamento como o brasileiro, que prevê expressamente a consequência penal da violação e um dever legal ou de assunção (Código Penal, art. 13, §2º, a e b), encontra menor resistência, pois não afronta os limites da legalidade. Mas à época em que a teoria do dever formal foi desenvolvida, os ordenamentos dos países nos quais a ideia tomou forma – em especial o alemão – não previam qualquer cláusula de equiparação da ação à omissão, de forma que a imputação de resultados típicos à violação de deveres decorria da interpretação extensiva dos tipos penais de resultado. O salva-vidas seria punido pelo ato de "matar alguém" a autorização legal de equiparar a omissão a este ato. Essa equiparação viria apenas do fato de ele ter assinado um contrato que previa seu dever de vigilância. Em outras palavras, um acordo entre particulares teria o condão de ampliar a abrangência do tipo penal, mesmo sem previsão legal expressa que autorizasse tal operação interpretativa.[166]

Referida exposição progride a partir da constatação de que, com base na teoria formalista ora em análise, não seria possível enquadrar como garante aquele que não

[166] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 72–73.

possui deveres formais de ação fixados pelo ordenamento jurídico ou por um sistema contratual. É como se passa a transcrever:

> Aqui vale o exemplo da babá que tem sob sua proteção uma criança e, por desatenção, a deixa atravessar uma rua movimentada, o que resulta no seu atropelamento e morte. Imaginemos que, pelo contrato de trabalho, essa babá estava de férias naquele momento. Não parece adequado – sob um prisma político criminal – exonerar a cuidadora da omissão imprópria apenas porque tecnicamente o contrato não se aplicava àquele período. Há algo mais que um dever formal que exige atenção daquela babá para além das suas obrigações contratuais, que confere à sua omissão um status mais relevante do que qualquer outro que se encontre no mesmo contexto e não aja para salvar esta criança.[167]

Em breve síntese, a teoria do dever formal não vigorou, não apenas por seu caráter expansivo, mas também por não acolher situações que, do ponto de vista político-criminal, deveriam autorizar a imputação do resultado à omissão, ainda que não guardassem qualquer ilicitude formal.

4.2.1.2 Teoria Material

Diante da dificuldade de imputar resultados à omissão a partir de uma ótica puramente causal ou, ainda, puramente ligada a deveres formais – como demonstrado acima –, a doutrina passou a buscar critérios materiais para construir o dever de garante, que é tido como um dever de proteção/salvamento, capaz de imputar ao omitente o resultado típico de forma equipada à da ação.[168]

Aplicando-se a teoria material ao exemplo da mãe que deixa o filho morrer de fome, o que se verifica é que referida mãe não causa a morte do filho, e sua responsabilidade não decorre de um dever formal, mas da constatação de que a mãe possui um dever de garantia perante o filho, o qual independe da existência ou inexistência de deveres formais, mas decorre da espécie de ligação desse garante com o dever jurídico que deve proteger ou tutelar.[169]

Reconhece-se, assim, o dever de garantia a partir de uma relação de proximidade entre o garante e o bem jurídico protegido, em casos de garantes de proteção; ou entre o

---

[167] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 73.
[168] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 73.
[169] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 73.

garante e a fonte de perigo, em casos de garantes de vigilância[170], para que o dever material do conceito de garante não seja entendido indistintamente.

É importante ressaltar que a fundamentação material da garantia não consiste em substituição das teorias formais, já que a teoria material não afasta as definições jurídico-formais, mas antes as pressupõe.[171] A diferença da teoria material para a formal se dá no sentido de que esta primeira acrescenta um outro requisito ao reconhecimento da posição de garantia: a assunção do dever de poder ou vigilância.

Para fins de categorização, as propostas ora ventiladas como dever de garante se afastam da ideia de dever formal e têm em comum a busca por parâmetros materiais para reconhecer o dever de agir cujo descumprimento levará à imputação do resultado típico. O dever de garante, desta forma, não estaria atrelado à ideia de ilícito formal, sendo, pois, transladado da tipicidade para a antijuridicidade.[172]

A busca pela materialização do dever de garante, contudo, não significou uma limitação à imputação da omissão. *A contrario sensu*, as propostas iniciais de rechaço aos deveres formais tinham como finalidade ampliar o âmbito de abrangência da equiparação da ação à omissão. Nesse ponto, Gimbernat Ordeig, ao referir Shaffstein e Sauser, trazidos por Bottini, cita que, no século XX, um grupo de autores passou a defender a libertação do conceito de garante das amarras do dever jurídico, com o intuito de defender que obrigações morais e sociais não abarcadas pelo direito positivo, poderiam sustentar a omissão imprópria.[173]

Bottini, em complementação à citação supra, exemplifica:

> Assim, a mãe que deixa o filho morrer de fome responderá pela morte ainda que não exista um dever legal que determine a prestação de alimentos. Isso porque incidiria nesse caso uma obrigação moral de assistência e cuidado que independe do direito.[174]

---

[170] Kauffmann classifica os deveres de garantia de duas formas: (i) garantes de proteção, que protegem bens jurídicos predeterminados contra determinados perigos; e (ii) garantes de vigilância, que se responsabilizam por vigiar potenciais fontes de perigos a bens jurídicos. (KAUFFMAN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289–290).

[171] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras *et al*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 969.

[172] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 76.

[173] SCHAFFSTEIN e SAUSER, citados por GIMBERNAT ORDEIG, Estudios, p. 135 *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 76.

[174] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 76.

Cumpre esclarecer que referida tentativa de fundar o dever de agir na moral, culminou em excessiva imprecisão e, consequentemente, notável insegurança jurídica, de modo que, após a Segunda Guerra Mundial, a dogmática das omissões passou a ancorar os injustos omissivos em outros preceitos, seja no retorno à concepção do dever jurídico, seja em uma suposta estrutura ontológica do comportamento omissivo derivada da natureza das coisas.[175]

Assim, foram criadas diversas teorias no âmago da teoria material do dever de garante. Os seus contornos, com efeito, variam em cada autor e em cada teoria, de modo que se tornam praticamente inabarcáveis.

Desta forma, uma vez consignado que a teoria material, em breve síntese, afasta a ideia de dever formal e tem em comum a busca por parâmetros materiais para reconhecer o dever de agir cujo descumprimento levará à imputação do resultado típico, passa-se à análise de outras teorias que serão mais relevantes para o desenvolvimento desta tese.

4.2.1.3. Teorias do Domínio ou Controle sobre o Fundamento do Resultado

No presente item, abordar-se-á a teoria do domínio na perspectiva de Schünemann, um dos precursores de dada linha doutrinária, o qual, ante as dificuldades observadas nas demais teorias para trabalhar elementos normativos a fim de materializar o dever de garante, propôs o que se denomina retorno à natureza das coisas.

Com essa concepção, o autor busca o elemento de aproximação entre os diversos tipos de conduta, a partir da premissa de que conceitos jurídicos (normativos) devem estar em consonância com a realidade, já que o direito precisa apresentar resultados práticos.

Desta forma, para Schünemann, a omissão tem uma existência real, derivada do mundo do ser – já que participa da realidade do omitente –, sobre a qual deverá ser realizado um juízo de valor para a definição da omissão relevante para a formulação de um conceito jurídico do que seria a omissão imprópria.[176]

Assim, Schünemann, nos dizeres de Botini, defende que certas omissões, mesmo em uma esfera pré-jurídica, podem ser equiparadas a uma ação, desde que reconhecida uma estrutura semelhante à das condutas comissivas, a qual pode ser traduzida como o

[175] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 76.
[176] SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Limites de Los Delitos de Omisión Impropria*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 45.

domínio sobre a causa ou fundamento do resultado, presente tanto na ação quanto na omissão à qual se imputa o resultado.[177]

Entende-se, desta forma, que, na ação, o controle do agente sobre o seu corpo (seja de seus movimentos, instrumentos ou mecanismos) possui como consequência lógica o curso causal. Na omissão, por sua vez, o domínio se dá sobre a causa essencial do resultado ou sobre a vulnerabilidade ou o desamparo da vítima.[178]

Referido domínio pode ser dividido em dois grandes grupos de casos: (i) aqueles em que o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, nos quais a posição de garantidor gera deveres de salvação; e (ii) aqueles em que o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, nos quais o agente garantidor tem deveres de asseguramento. Desta forma, a equiparação se baseia ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo.[179]

O segundo critério, consistente no domínio sobre a fonte de perigo, seria o poder de controle sobre o elemento que coloca em risco o bem jurídico, como, por exemplo, no caso do dono de um cachorro que se omite em segurá-lo quando o animal ataca uma criança, sendo que tal ato faria cessar o perigo. O primeiro, relativo ao domínio sobre o desamparo pode ser observado em uma situação de desvalia conatural (seja pela idade, seja por uma doença) daquele que necessita da ação de proteção ou salvamento. Nesses casos, o fundamento não reside no dever formal de agir, mas na efetiva relação de domínio entre o omitente e o desamparado.[180]

Deste modo, ainda que exista um dever formal de assistência mútua entre parentes, segundo previsão do Direito de Família, a efetiva responsabilidade penal por omissão apenas existiria nos casos de domínio fático sobre o desamparo. Em situações nas quais os parentes próximos residem em cidades distantes, a omissão não será equivalente à ação, dada a ausência de domínio sobre o desamparo.[181]

---

[177] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 86.
[178] SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Limites de Los Delitos de Omisión Impropria*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 383.
[179] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 89.
[180] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 86.
[181] SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Limites de Los Delitos de Omisión Impropria*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 407.

Para Schünemann, o efetivo domínio seria o elo de equiparação entre ação e omissão, de modo que o cometimento do delito de homicídio, ou seja, matar alguém, abarcaria tanto as condutas positivas quanto a omissão daquele que tem o domínio sobre a causa essencial do resultado ou sobre o desamparo da vítima.[182]

Assim, matar alguém é uma conduta que poderia ser praticada por ação ou omissão. Isso porque, basta que o agente tenha domínio sobre o foco de perigo ou sobre o desamparo da vítima e não aja para impedir o resultado.

A partir do critério do domínio, é possível denotar que a mera fonte formal ou o dever extrapenal não podem fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de ação ou omissão do garantidor, sendo necessária uma equivalência também sob o ponto de vista do desvalor da conduta, a qual, para esse entendimento, reside no domínio sobre o fundamento do resultado.[183]

Estellita ressalta que Roxin acolhe referido critério reputando-o como o mais plausível, não só por dar um fundamento efetivo para a equivalência entre ação e omissão a partir de uma resposta penal equivalente para as duas condutas, como por oferecer clareza para a concretização ulterior nos diversos tipos de casos, oferecendo um critério empírico passível de prova.[184]

No entanto, Roxin, em sua teoria, ante a verificação de certa dificuldade para fixar o desvalor da omissão imprópria no elemento naturalístico representado pelo domínio, aduz que a omissão seria a ausência de uma ação esperada ou devida, de modo que os delitos omissivos são sempre, na visão do autor, crimes de infração de dever.

A categoria das infrações de dever se contraporia aos delitos de domínio, nos quais a autoria é decorrente de uma relação de controle entre o agente e o curso causal. Nos delitos de infração de dever, a violação de um dever extrapenal[185] é um elemento necessário para a realização do tipo. Em outras palavras, ainda que exista uma relação de domínio ou de proximidade entre o omitente e o perigo ou o bem a ser tutelado, a omissão

---

[182] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 86.

[183] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 90.

[184] ROXIN, Claus.. *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 90.

[185] Como, por exemplo, os deveres jurídico-públicos dos funcionários, os mandatos de sigilo vigentes em algumas profissões, as obrigações jurídico-civis de alimentos, entre outras.

somente será relevante quando a conduta for esperada – e tal expectativa estiver fundada em um dever preexistente.[186]

Para Roxin, os delitos omissivos são delitos de infração de dever, uma vez que a imputação do resultado ao omitente não estaria fundada no domínio sobre os fatos, mas na violação de um dever de evitar um resultado, um dever de garantia. O parâmetro não seria a relação de domínio entre o omitente e o resultado, derivada da natureza das coisas – como propõe Schünemann –, mas a existência de um dever violado que, de certa forma, legitima normativamente a imputação desse resultado a uma omissão.[187]

O que se verifica, pois, é que o dever trazido por Roxin deriva, em um primeiro lugar, do domínio do omitente sobre um resultado; o que se assemelha ao quanto proposto por Schünemann, à exceção de que não se trata de um domínio ontológico, mas de uma valoração desse domínio como elemento necessário à concepção de um parâmetro jurídico.[188]

A ideia de domínio desenvolvida por Roxin não se confunde com o domínio dos fatos (já que não se debruça sobre o controle do curso causal criado pelo agente), mas incorpora a ideia de ingerência. Ou seja, de acordo com Roxin, o dever de domínio sobre os focos de perigo tem como pressuposto a vigilância de coisas perigosas no próprio âmbito do domínio – o dever de assegurar a comunidade diante de certos atos antijurídicos de terceiros – e a ingerência – nos casos criados pelo próprio omitente.[189]

Com base no quanto exposto, o autor defende uma concepção normativa da omissão imprópria, baseando-se em deveres que guardam um substrato material na relação especial entre o omitente e o bem jurídico violado (ou o perigo de sua violação). Referida teoria se aproxima daquela externada por Schünemann, com um adendo: deve-se levar em consideração um filtro jurídico que caracterizará a omissão como um delito decorrente de uma infração de dever.

4.2.1.4. Teorias Unificadoras e Competências Organizativas e Institucionais

Ao final do século XX, alguns autores passaram a defender a ideia de que os conceitos de ação e omissão fossem unidos em um conceito uno, de modo que qualquer

[186] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 94.
[187] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Direito Penal*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 501.
[188] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 95.
[189] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 95.

distinção relacionada aos mencionados institutos seria irrelevante sob o prisma normativo. Desta forma, o delito de homicídio não seria praticado por ação ou omissão como sustenta Schünemann, uma vez que "matar alguém" seria o resultado imputado a um comportamento desvalorado, sem adentrar o mérito de que se trata de ação ou omissão, já que a distinção passaria a ser tida como relativa.

De acordo com Jakobs, não haveria distinção relevante entre os casos em que o agente atropela alguém porque acelerou um veículo automotor ou porque não freou, já que, segundo o autor, na maioria das hipóteses, as condutas positivas e negativas se misturam, ensejando um contexto no qual há o resultado morte. Foca-se, assim, no desvalor normativo da conduta e não no seu contorno real.[190]

Jakobs, deste modo, dispõe que a imputação do resultado independe da caracterização ativa ou omissiva da conduta. Referido autor reconhece que ação e omissão são institutos diversos, mas aduz que a diferenciação seria irrelevante sob uma perspectiva jurídica. De acordo com essa teoria, todos os crimes têm como base a violação de um dever de garantia, de modo que alguns seriam decorrentes de deveres em virtude de responsabilidade por uma organização própria do agente, enquanto outros seriam derivados de deveres em virtude de uma responsabilidade institucional.[191]

Em resumo, para Jakobs, o delito não seria definido por controles externos da conduta, mas pela lesão de uma expectativa, cujo fundamento, por sua vez, seria o responsável por materializar a distinção entre as modalidades delitivas. Referidos fundamentos seriam: (i) expectativa de não lesar os demais membros da sociedade; e (ii) expectativa do cumprimento de certos deveres de solidariedade (sobre os quais se sustentariam as normas de conduta dirigidas aos atores da sociedade).[192]

A primeira categoria acima delineada versa sobre as relações sociais, ao revelar que todos têm o dever de controlar seu âmbito de organização para evitar lesões a bens jurídicos alheios – os quais podem ser violados por ação ou omissão.

É como exemplifica Bottini:

> Esse dever pode ser violado por uma ação (acelerar um carro em direção ao pedestre) ou por omissão (não frear o mesmo carro). Em ambos, caso exista o resultado morte, o agente mata alguém porque viola um dever negativo, uma obrigação de não lesionar, que torna o resultado imputável à conduta, seja ela ativa ou omissiva. Assim, os dois comportamentos estão subsumidos no tipo

[190] JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 7.
[191] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo.* 2 ed. Madrid: Civitas, 2014, p. 971.
[192] JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 7.

> penal de homicídio descrito na Parte Especial do Código Penal, sem que seja necessário recorrer a uma cláusula geral de adequação.[193]

Segundo Jakobs, os deveres negativos (consistentes na expectativa dos demais cidadãos de não terem seu bem jurídico violado) poderiam ser divididos entre deveres de asseguramento e de salvamento. Nos primeiros, o cidadão deve manter os riscos derivados de sua esfera de organização dentro dos parâmetros permitidos, para, assim, evitar perigos além do tolerável. Os segundos, por sua vez, dispõem que aquele que cria um perigo prévio ao bem jurídico teria o dever de salvá-lo.

Aquele que anda em uma velocidade acima da permitida com seu veículo (ação) ou que não verifica os seus freios (omissão) e acaba por causar um acidente, viola um dever de asseguramento. Por sua vez, o motorista que causa um acidente deve chamar socorro ou levar a vítima ao hospital e, se não o fizer, violará um dever de salvamento, de modo que a inércia tornará eventual resultado morte imputável ao agente.

Nesse segundo caso, a ingerência – criação do risco anterior – gera o dever de salvamento da vítima, porque usurpa a autonomia alheia de autoproteção e coloca o criador do risco precedente em posição de garante.[194]

É de se ressaltar, ainda no campo dos deveres negativos, aqueles deveres decorrentes da assunção do domínio do risco, os quais surgem nas hipóteses em que alguém se compromete a tutelar determinado bem jurídico, o que faz com que os titulares deste – ou os responsáveis primeiros por sua tutela – diminuam seus esforços para protegê-lo.[195] Aqui reside o exemplo da babá que se compromete a cuidar de um bebê no lugar dos pais e, assim, insere a segurança ao bem jurídico (ou seja, a vida do bebê) na sua esfera de organização, o que faz com que o fundamento de eventual responsabilidade seja idêntico àquele no qual o risco é derivado da própria esfera.

Os deveres positivos, por sua vez, são aqueles que derivam de uma competência institucional assinalada pelo cidadão. O cumprimento de referido dever, desta forma, nada tem a ver com a esfera organizacional do agente, mas com a preservação das instituições[196] que este representa. Assim, a mãe que deixa seu filho morrer de fome

---

[193] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018. p. 99–100.

[194] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria.* 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 100.

[195] JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 14.

[196] Importante ressaltar que referidas "instituições" não são bem definidas por Jakobs, já que o autor aponta apenas alguns exemplos das relações que as sustentam, como a relação de pais e filhos ou do funcionário público com a Administração Pública.

sofrerá a imputação do delito de homicídio não porque geriu mal sua esfera de organização, mas porque possuía um dever decorrente do papel de mãe. O funcionário público que deixa de revogar licença ambiental ao perceber que determinada obra coloca em risco o meio ambiente também responderá pela lesão, por omissão imprópria, na qualidade de representante da Administração Pública.[197]

Para Jakobs, os deveres positivos não podem ser estendidos a qualquer pessoa, de modo que se limitam àqueles que representam certas instituições através de seu papel social.[198] A infração de dever, também nesse ponto, pode se dar por ação ou omissão – a evidenciar, uma vez mais, a relativização feita pelo autor entre essas categorias de conduta.

Em suma, para esse autor, a fonte jurídica formal de deveres de garantia é secundária, de modo que a lei não cria posições de garante por meio de cláusulas gerais, mas esclarece os limites da responsabilidade pela organização ou pela instituição.[199]

Ainda no que se refere às teorias unificadoras, Silva Sánchez desenvolve teoria similar, em princípio, à de Jakobs – pois também não faz distinção entre ação e omissão no plano normativo –, mas apresenta consequências distintas, já que não admite certas formas de dever de agir, como, por exemplo, a competência institucional.[200]

Para Silva Sánchez, assim, a omissão seria extraída de um juízo normativo típico, a partir do qual se imputa uma conduta com base na ausência de prestação de serviço indicado *ex ante* como fundamental para a proteção de um bem jurídico. Assim, a omissão seria formada a partir de: (i) uma situação de perigo para o bem jurídico e (ii) a ausência de realização de uma conduta positiva indicada em determinado tipo penal.[201]

Uma vez caracterizadas as omissões penalmente relevantes, Silva Sánchez as divide em três partes, quais sejam (i) omissões idênticas à comissão (comissão por omissão); (ii) omissões puras gerais; e (iii) omissões puras do garante.

Especificamente com relação ao dever de garante – que consiste no objeto do presente estudo –, Silva Sánchez aduz que este tem como fundamento a posição do omitente em relação à proteção de bens jurídicos ou ao controle de perigo. Importante ressaltar que, ao contrário das propostas formalistas nas quais as obrigações decorrem de

---

[197] JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 26.
[198] JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000, p. 21.
[199] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo.* 2 ed. Madrid: Civitas, 2014, p. 971.
[200] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria.* 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 106.
[201] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*: Concepto y Sistema. 2ª ed. Buenos Aires, Montevidéu: B de F, 2003, p. 353.

dever legal, Silva Sánchez trabalha com um elemento material que corresponde à assunção de compromisso voluntário pelo omitente que assume posição de proteção ou controle ao se dispor a conter riscos concretos que ameaçariam determinados bem jurídicos.[202]

Referida assunção de responsabilidade geraria um efeito de confiança e abandono pelo titular do bem jurídico – ou de terceiros responsáveis por referido bem –, a partir do que o omitente passa a ser a extensão do âmbito de organização dessa esfera alheia.[203] Silva Sánchez atribui ao omitente uma posição de controle sobre o resultado: a omissão somente seria equiparada ao efetivo cometimento do tipo penal (por exemplo, matar alguém) quando o omitente assumiu por vontade própria o dever de evitar determinada lesão a um bem jurídico.

Ao colocar o omitente na posição de controle sobre o resultado, Silva Sánchez reconhece uma semelhança entre esse controle e a causação na esfera comissiva. Assim, a omissão somente será equiparada ao ato de matar alguém quando o omitente tiver assumido, por vontade própria, o dever de evitar o resultado em determinada situação.[204]

4.2.1.5. Balanço das Teorias e Posicionamento

Aqui deve-se pontuar que o presente estudo faz um balanceamento acerca das teorias do domínio e unificadora – as quais tem maior relevância para o presente estudo.

Nesse sentido, de acordo com Heloisa Estellita, é possível afirmar que há certa semelhança entre as posições de garantidor em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo e aquelas oriundas de competências organizativas (que geram deveres negativos e têm sua origem na autonomia individual) e entre as posições de garantidor em virtude de deveres de proteção de determinados bens jurídicos e aquelas oriundas de competências institucionais (que geram deveres positivos e têm sua origem na solidariedade).

É como dispõe referida autora:

> As primeiras seriam uma decorrência do princípio da autonomia, cujo reverso é o dever de organizar a própria esfera jurídica de forma a não ofender bens jurídicos alheios (*neminem laedere*) ou de reconduzir os riscos criados a um

[202] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria.* 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 107.
[203] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*: Concepto y Sistema. 2ª ed. Buenos Aires, Montevidéu: B de F, 2003, p. 192.
[204] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria.* 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 108.

> patamar tolerável, deveres, pois, de vigilância e de salvamento atrelados à criação e controle sobre a fonte de perigo. As segundas seriam uma decorrência de espaços institucionais ou de solidariedade, implicando deveres assumidos pelo agente em função o desempenho de um papel social ao qual estão atribuídos deveres especiais de solidariedade, geralmente ligados a algum aspecto de desamparo da vítima.[205]

O que se observa é que apesar de referida aproximação, a base puramente normativa do critério das competências, em especial no que se refere à responsabilidade institucional, não só padece de falta de clareza, como pode conduzir a uma descontrolada amplitude de posição de garantidores em uma sociedade cada vez mais regulada.[206]

Veja-se que o caráter acentuadamente normativo dificulta o apoio empírico, passível de prova, o qual, por sua vez, seria capaz de conectar a ação do agente ao resultado típico para, assim, legitimar a igualdade na severidade da resposta penal dada à omissão de garantidor e à comissão.[207]

O que se denota aqui, ainda de acordo com Estellita, é que o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, temperado normativamente, não padeceria de tais efeitos estruturais, mostrando-se apto a oferecer respostas mais claras tanto para a pergunta sobre legitimidade na igualdade da resposta penal, como para aquela relativa à necessária conexão entre desvalor da ação e desvalor do resultado.[208]

No âmbito dos dirigentes de empresa, é de rigor pontuar que se, de um lado, o fundamento normativo das posições de garantidores de vigilância se assenta no binômio liberdade-responsabilidade e das posições de garantidores de proteção, em especiais deveres de solidariedade ligados ao desamparo da vítima; de outro lado, em quaisquer desses casos, é imprescindível uma assunção fática, pelo garantidor, do compromisso de

---

[205] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.p. 94.

[206] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 94.

[207] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 94.

[208] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 94.

conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico – a qual se dá pelo critério do domínio.[209]

4.3 Delimitação Objetiva da Posição de Garante

Enquanto o primeiro item versou sobre o caráter subjetivo da posição de garante – ou seja, a quem incumbe referido dever legal –, esta segunda parte pretende versar, ainda que brevemente, sobre o aspecto objetivo do garante, relacionado ao conteúdo do dever a ele atribuído.

Parece mais simples, no entanto, definir qual seria o campo de proteção do garante na esfera objetiva:

> […] é dever do garante fazer o que lhe for possível para impedir o resultado lesivo, desde que este se dê sobre bens jurídicos que deve ele proteger (na modalidade de garantia de proteção) ou decorra da fonte de perigo que lhe incumbe vigiar (na modalidade de garantia de vigilância), configurando, nessa última hipótese, perigo oriundo de descontrole quanto à manutenção dos riscos produzidos pela fonte vigiada dentro dos níveis permitidos.[210]

A partir da análise acima disposta de Pardini, é possível afirmar que o requisito da possibilidade de ação, disposto no artigo 13, §2º, do Código Penal, é o mais elementar, de modo que se trata de uma espécie de pré-requisito para a exigibilidade do "agir" do indivíduo, "pois o Direito não pode exigir do indivíduo o impossível, conforme brocardo *ultra posse nemo obligatur*".[211]

Referido autor continua trazendo importante observação acerca do dispositivo em análise no Código Penal:

> Assim é que o referido dispositivo da Parte Geral comete um ligeiro deslize ao estatuir que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia

---

[209] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 95.

[210] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 63.

[211] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 63.

> agir para evitar o resultado, afinal, correto seria o contrário da ordem dos verbos, somente cabendo falar-se em dever de agir quando se pode agir.[212]

O dever de ação, por sua vez, reflete a relação de proximidade entre o sujeito e o bem jurídico protegido – no caso do garante de proteção – ou, de forma análoga, entre o sujeito e a fonte de perigo – no caso do garante de vigilância –, o que justificaria, assim, o estabelecimento da posição de garantidor por abarcar: (i) bens do interesse daquele que se encontra na posição de garante; e (ii) riscos específicos sobre os quais o garante exerce o seu poder de domínio.

Como exemplo, é possível observar o caso – estritamente relacionado com a temática do presente estudo – do dirigente empresarial, conforme abaixo:

> […] no caso do dirigente empresarial - garante de vigilância sobre a fonte de riscos empresa, o dever de garantia se restringe aos riscos típicos da atividade empresarial (sobre a qual ele exerce poderes de domínio e organização), no que se inclui, como se verá, perigos advindos de determinadas condutas de seus subordinados. Excluem-se, contudo, resultados lesivos decorrentes de condutas de subordinados no contexto da empresa, se estas não se referirem à atividade empresarial em si, fugindo, portanto, à zona de vigilância do garante. Assim é que, por um lado, o dirigente pode ser responsabilizado, em comissão por omissão, por um ato de corrupção ativa (art. 333 do CPB) cometido por um subordinado no exercício da atividade empresarial, conduta esta que lhe competia impedir. Por outro lado, não há que se falar em responsabilidade do superior se este mesmo subordinado, valendo-se do momento em que um cliente se ausenta, deixando em sua mesa uma carteira, subtrai para si os valores ali existentes, conduta praticada à margem da atividade empresarial, não se tratando se risco abarcado pelo dever de garantia, ainda que, de forma remota, possa se sustentar advir, também, do estabelecimento da fonte de perigo empresa.[213]

É de se dizer, portanto, que a delimitação objetiva da figura do garante se dá de acordo com dois requisitos: (i) a possibilidade de ação do indivíduo para impedir a ocorrência de determinado resultado típico – ao que se deve somar a qualidade do bem jurídico protegido ou do bem tutelado –; e (ii) a configuração de situações fáticas sobre as quais o sujeito possua um domínio que lhe possibilite (ou lhe imponha) intervir para evitar o

---

[212] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 63.

[213] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 64.

resultado típico, o que dependerá de sua relação com o bem jurídico protegido ou com a fonte de perigo vigiada.[214]

[214] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 64.

5. A POSIÇÃO DE GARANTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DO DIRIGENTE DE EMPRESA POR CRIMES RELATIVOS À ATIVIDADE ECONÔMICA

Após delineada a temática da omissão, à luz da diferenciação entre delitos próprios e impróprios e do breve exame acerca do dever de agir lançado ao sujeito ativo nos casos destes últimos, passa-se, neste momento, à análise da aplicação do instituto do crime omissivo impróprio no âmbito do Direito Penal Econômico, no qual o garante – figura acima disposta – seria o dirigente da empresa ou superior hierárquico na estrutura da sociedade empresária.

Parte-se, portanto, de raciocínio dedutivo para, a partir dos conceitos acima dispostos, propor delimitação subjetiva e objetiva da posição de garantia no Direito Penal e, então, aplicá-la ao Direito Penal Empresarial com a profundidade necessária para o desenvolvimento deste projeto.

5.1. Empresa como Fonte de Perigo Permitida

No âmbito da sociedade pós-moderna, principalmente após o advento do capitalismo, é possível afirmar que a empresa ocupa posição de destaque na organização social, desempenhando relevantes funções na sociedade.

O fato de referida forma de organização possuir grande valor, contudo, não impede que a empresa seja corretamente apontada por parte dos doutrinadores pátrios como fonte de perigo permitida. Isso porque, uma vez fundada a sociedade empresária, cria-se um centro autônomo de decisões e interesses que coordenam relações jurídicas e permeiam interações entre indivíduos – do que, inevitavelmente, podem suceder riscos, muitos dos quais com repercussão penal.[215]

Nesse sentido, afirma Heloisa Estellita:

> O fundamento que melhor parece se ajustar à estrutura de gestão de pessoas e objetos nas empresas nos tempos atuais parece ser o de considerá-la como fonte de perigo permitida, criada no âmbito da liberdade de empreender. E que atrai para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados, do que decorre que a posição de garantidor e seus dirigentes

[215] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 65.

> individualmente considerados se funda no controle – ainda que fragmentado, como veremos adiante – sobre essa fonte de perigo.[216]

Importante mencionar, ademais, que a expressão "fonte de perigo permitida" é utilizada pois a ordem jurídica brasileira permite expressamente o direito à associação de pessoas para o exercício de atividade empresarial (nos termos dos artigos 5º, incisos XIII e XVII, e 170, ambos da Constituição Federal), o qual é legalmente regulado por diversos dispositivos de lei infraconstitucional, principalmente o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976).[217]

Com o direito à associação para o exercício de atividade empresarial – com o consequente poder de gestão atribuído aos dirigentes para o desempenho dessas atividades –, surge, também, o direito de excluir terceiros desse âmbito. Como contrapeso desse poder, tem-se o dever de cuidado para que, do exercício das atividades empresariais, não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros e da coletividade. Cria-se, pois, um equilíbrio entre o âmbito de autonomia exclusivo do titular da empresa e a proteção ao bem jurídico daqueles que foram excluídos da estrutura organizacional desta, mas que podem ser negativamente afetados por ela[218].

É como exemplifica Heloisa Estellita:

> A construção de uma barragem em terreno de propriedade ou posse de uma sociedade empresária exclui quaisquer outras pessoas do acesso a essa barragem, mesmo que essas outras pessoas estejam dentro da área que possa ser eventualmente atingida em caso de rompimento da parede de contenção. À liberdade de construir a barragem, corresponde, então, o dever de mantê-la em condições tais que não ultrapassem o risco permitido, e, se tal acontecer – seja por fato ligado ao objeto em si, seja por força da atuação de pessoas –, tomar as medidas para que o perigo retorne aos níveis permitidos, evitando o resultado permitido.[219]

---

[216] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 128–129.
[217] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 128–129.
[218] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 129.
[219] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 129.

Continua a doutrinadora, ao citar Bottini, afirmando que as atividades empresariais podem se dividir, ainda, entre as intrinsecamente perigosas e as que se tornam perigosas em função de atos de organização dos administradores. Nesse sentido:

> A empresa pode ter a titularidade e posse de objetos em si perigosos, como itens para a proteção de bens que podem causar danos a terceiros (agrotóxicos), produção de bens em si perigosos (armas); pode prestar serviços passíveis de serem utilizados para fins criminosos (certas operações financeiras em determinados contextos, por exemplo, no caso de lavagem de capitais; e pode, ainda, prestar serviços perigosos com objetos, como ocorre com o passaporte público de passageiros. Nestes casos de periculosidade intrínseca de produtos e serviços, normalmente será a própria lei que estabelecerá deveres de cuidado no uso e manejo de objetos ou na prestação de serviços, como ocorre, justamente, nos âmbitos acima mencionados. Há, assim, um dever legal de vigiar esses objetos e as pessoas encarregadas de manejá-los ou de prestar os serviços, cujo encargo originário pesa sobre os dirigentes que assumem de fato a vigilância dessas fontes de perigo ou o exercício de atividades perigosas (artigo 13, §2º, a, CPB). Esse dever incumbe aos garantidores originários, administradores da empresa, mas pode ser objeto de delegação, assumindo o delegado, com isso, as tarefas, mas também os deveres de garantidor (posição de garantidor derivada, deveres de garantidor derivados), agora com fundamento legal no artigo 13, §2º, b, CPB.[220]

Estellita prossegue, aduzindo que:

> Há outras atividades, porém, que não são intrinsecamente perigosas, como, por exemplo, atividades comerciais, execução de contabilidade e do cumprimento das obrigações tributárias. Nesses âmbitos, nos quais (também) é imprescindível a já tão mencionada divisão e de tarefas na organização das atividades da empresa, **será** justamente a organização e gestão de funções e de tarefas que criará o risco que fundamenta a posição de garantidor dos dirigentes. Como pessoas não podem ser controladas como objetos, há um âmbito de atuação dos encarregados impassível de ser controlado pelo superior, como pode suceder, parafraseando Roxin, quando o dirigente determina a seus subordinados que não vertam resíduos tóxicos no leito de um rio e eles mesmo assim o fazem. A coordenação das tarefas da empresa é, em si, um fator de risco, pois as pessoas delas encarregadas podem agir de forma imprudente, negligente, enfim, descumprindo as normas de cuidado que regem a sua atividade, seja de forma dolosa, seja de forma culposa. Esta é uma das razões para afirmar que quem organiza as funções e delega tarefas tem o dever de supervisionar a sua execução: à liberdade de organizar e delegar, corresponde o dever de supervisionar.[221]

Em breve resumo, a empresa é fonte de perigo, e aquele que sobre ela mantém relação de controle juridicamente fundada e faticamente assumida exerce posição de garante penal. Isso porque, entende-se que o dirigente de uma empresa possui o "dever

[220] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 129–130.
[221] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 130.

de garante" de impedir que aconteçam quaisquer espécies de ilicitude no interior da estrutura societária que está supostamente sob a sua responsabilidade.

Tavares, com efeito, explica de maneira bastante didática a questão do dever de garante atribuído aos dirigentes, fundamentando-o como um dever especial que pese sobre o sujeito. Transcre-ve:

> a doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios têm como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pese sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal. Com base nesses deveres especiais, cria-se uma situação, na qual o sujeito está obrigado a prestar um conduta positiva no sentido de evitar a lesão ao bem jurídico.[222]

Com efeito, no prisma material, é possível fundamentar o dever de garantia do empresário principalmente sob o aspecto de garante de vigilância, atribuindo-lhe o dever de vigiar a empresa, enquanto fonte de perigo, para que não ocorram quaisquer violações aos bens jurídicos de terceiros. Referido dever de garantia deve abarcar os riscos não permitidos atinentes à atividade empresarial, uma vez que os riscos que não possuem relação com a empresa, apesar de se verificar no seio dela, não configuram responsabilidade do garante.[223]

O empresário deve, portanto, impedir a ocorrência de resultado típico decorrente da atividade empresarial, de modo que a limitação do dever de garantia encontra-se diretamente relacionada à função da natureza do risco de que se cuida.[224]

5.2 A Possibilidade de Delegação de Tarefas pelos Garantidores e seus Reflexos no Âmbito da Vigilância dos Garantidores

---

[222] TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 314.

[223] "(…) o empregado é um sujeito *auto-responsável*, de forma que ele deverá responder exclusivamente pela comissão de fatos puníveis quando atua inteiramente como particular, mesmo no contexto fático da empresa. Diferente é que o empregado cometa o delito utilizando o *específico potencial de atuação* – material ou jurídico – que lhe é conferido enquanto membro da empresa. Em tais casos, de serem conhecidas as intenções delitivas do subordinado, a cúpula da empresa não pode apelar àquela auto-responsabilidade nem ao âmbito do penalmente permitido" (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudos de dogmática jurídico-penal*: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 250).

[224] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 67.

Nas atividades econômicas desenvolvidas pelas sociedades empresárias, o risco da atividade, conforme acima elucidado, é assumido, em um primeiro momento, pela própria pessoa jurídica e pelos denominados titulares da empresa. Incumbe ao garante, com efeito, a adoção de medidas de vigilância, prevenção e contenção de riscos. Em outras palavras:

> Nas atividades econômicas desenvolvidas no contexto de sociedades empresárias, constituídas, pois, na forma de pessoas jurídicas, o risco de atividade empresarial é assumido primeiramente pela pessoa jurídica, titular da empresa, e com personalidade jurídica separada da de seus sócios (pessoas naturais ou jurídicas) e administradores. O feixe de deveres ligados ao exercício da concreta atividade econômica é, assim, primeiramente a ela destinado: os deveres tributários, financeiros, ambientais, relativos à segurança de trabalhadores, cuidados na produção, guarda e transporte de produtos perigosos etc. têm como destinatária a pessoa jurídica. Todavia, independentemente de se reconhecer ou não uma capacidade de ser destinatária de normas penais, a pessoa jurídica depende de pessoas naturais para atuar, circunstância inclusive expressamente contemplada nas normas societárias que estabelecem que as sociedades assumem direitos e obrigações e são representadas por seus administradores. Assim, ao fim e ao cabo, são pessoas naturais que gerirão seu patrimônio e representarão seus interesses nas atividades econômicas e representarão seus interesses nas atividades econômicas e praticarão os atos de organização, gestão de funções e tarefas (departamentalização e delegação) para o atingimento de seu objetivo social. Sobre essas pessoas naturais recairão os encargos da vigilância relativos às atividades intrinsecamente perigosas da empresa e, ainda, aqueles oriundos da prática de atos de organização, gestão de funções e tarefas (departamentalização e delegação). A indagação é, então, *quais pessoas naturais estão (primeiramente) incumbidas do atendimento a esses deveres de vigilância e organização?*[225]

A indagação atinente ao que a doutrina denomina “garantidores originários” é a seguinte: qual indivíduo atuante no interior da empresa teria capacidade de atuar em nome da pessoa jurídica perante terceiros e exercitar os atos de organização e gestão necessários ao desenvolvimento de seu objeto social?[226]

5.3 Dirigentes como Garantidores Originários

Aqui é importante mencionar que, ainda de acordo com Estellita, em uma primeira análise, as capacidades acima descritas recairão, necessariamente, sobre os

[225] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 131.
[226] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 131.

administradores das empresas[227] nas duas hipóteses relacionadas aos "perigos permitidos" da atividade empresarial, quais sejam: (i) criação do risco em função da organização das atividades da empresa; e (ii) atribuição por lei dos deveres de vigilância sobre atividades intrinsecamente perigosas.[228]

Serão garantidores originários, pois, "aqueles que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo da empresa, que tem de ser confirmada pela assunção fática dessas duas tarefas. Essa relação dá origem ao dever especial de vigiar pessoas, ou seja, um dever de garantidor".[229]

No entanto, apesar de este estudo entender, assim como Heloisa Estellita, que o garantidor originário seria o administrador da empresa, é importante ressaltar que tal consideração é apenas inicial e, pois, precária em última análise.

Isso porque, com base na responsabilização penal subjetiva adotada pelo ordenamento jurídico pátrio – como também já abordado em item anterior –, a mera composição do administrador no organograma societário da empresa não tem qualquer relevância se não tiver relação com a efetiva administração diária da atividade empresarial. Em outros termos, para fins de responsabilidade penal, mais valerá o exercício de fato do que a designação em documentos societários ou em contrato de trabalho.[230] Não por outro motivo, "existindo discrepância entre atribuições formais e reais (ou de fato), prevalecem sempre estas".[231]

Veja-se, nesse ponto, que a importância de determinar quem são os dirigentes de uma empresa é justamente para precisar a origem dos poderes e deveres que serão objeto da divisão de funções. A partir da figura dos garantidores originários é que se passa a estruturar referidas delegações – necessárias em razão da complexidade e do volume de tarefas relacionado ao desempenho de atividades empresariais, os quais, na maioria das

---

[227] O conceito de administradores, com efeito, deve se dar, inicialmente ou a título indiciário, com base na legislação pátria, mais especificamente nas normas societárias aplicadas ao caso concreto.

[228] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 131–132.

[229] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 132.

[230] Feijoo Sanchéz, , p. 187 *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 132.

[231] SILVA SANCHÉZ, Jésus de. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 102–104.

vezes, tornam impraticável o desempenho das mencionadas atividades a cargo de uma só pessoa.[232]

A repartição de funções dentro de uma empresa se torna não só recomendável[233], mas, muitas vezes, é imposta pela ordem jurídica brasileira. Como exemplo, é importante destacar o caso do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), no âmbito da Lei de Lavagem de Capitais e Prevenção ao Terrorismo (Lei n. 9.613/98), que tem como exigência a indicação de um responsável dentro da empresa para manter funções de vigilância e comunicações destinadas ao mencionado órgão regulador[234].

Uma vez assimilado que a delegação de funções constitui papel praticamente integrante da função do garantidor, é possível afirmar que a repartição da figura do garante representa, automaticamente, uma multiplicação no número de garantidores, cada um respondendo pela parcela de responsabilidade que lhe foi confiada.[235]

A partir de referida dinâmica, o que fica claro é que, não raras vezes, a complexidade da estrutura de determinada sociedade acaba por distanciar sobremaneira o garante originário das atividades desenvolvidas na base da empresa, ficando estas a cargo de agentes intermediários no organograma empresarial. Mesmo que inexistente a figura do aqui denominado "garante por delegação" em algumas empresas – em razão de seu menor porte ou de deficiência na estrutura de vigilância da companhia –, é possível observar certo distanciamento entre o titular da empresa e algumas das tarefas do seu

---

[232] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 133–134.

[233] Rodríguez Mesa, nesse sentido, aduz que a delegação de tarefas consiste em meio para que se cumpra, de maneira mais efetiva, as obrigações de tutela dos bens jurídicos e de controle das fontes de perigo intrínsecas à atividade empresarial (RODRÍGUEZ MESA, Maria José. *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 130).

[234] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 68.

[235] "A delegação constitui novo garantidor. É caso clássico de posição de garantidor por assunção, prevista expressamente no art. 13, §2º, *b*, do CPB. E como em toda assunção, ela só se conforma quando o delegado passa a exercer a atividade assumida, com o que deixa o delegante de praticar pessoalmente as funções e tarefas que delegou. (...) é essa ideia de assumir o feixe de atividades e deveres com o correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades delegadas, que fundamenta a constituição da posição de garantidor no delegado, que recebe, assim, os deveres de proteção e/ou vigilância e controle inerentes às atividades e funções assumidas. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário). No âmbito das estruturas verticais, pois, o fundamento da constituição de garantidores por excelência é a *assunção*" (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, p. 148).

cotidiano, que ficam a cargo de funcionários de diversas posições na cadeia hierárquica empresarial.[236]

No entanto, como já mencionado ao longo da exposição sobre delitos omissivos impróprios, tem-se que, no caso dos representantes das empresas, a atuação típica que culmina no dever de intervenção para evitar um resultado penalmente relevante, muitas vezes está atrelada aos funcionários, seus subordinados, que possuem poder de atuação nas esferas cotidianas. Isso porque, é natural que – ao contrário dos casos de delitos comissivos – haja certo distanciamento entre o garante e a situação típica, mas, para que se verifique a efetiva configuração de omissão imprópria, a mencionada distância não pode impedir o garante originário de agir no sentido da evitação do resultado, pois, caso isso ocorra, inexistiria um dos elementos essenciais da omissão penal relevante: a capacidade de agir ou, como defendido alhures, o domínio sobre a situação.[237]

Desta maneira, o que justificaria a aplicação da omissão imprópria aos dirigentes de empresa, na condição de garantes, mesmo em situações nas quais se verifica certa distância entre estes e a situação típica, é a circunstância de, apesar do distanciamento físico, o responsável pela empresa possuir efetivo domínio sobre a fonte de perigo em razão dos fluxos decisórios no seio da companhia.

Veja-se que o enfoque do presente estudo, neste momento, é demonstrar que a possibilidade de agir não é afastada única e exclusivamente por conta da distância física, vez que há situações, por exemplo, em que o representante de uma empresa pode impedir a ocorrência de situação típica por meio de um comando. Contudo, deve-se levar em consideração que a aplicação da omissão imprópria aos dirigentes de empresa deve averiguar: (i) a possibilidade de agir para impedir o resultado; e (ii) o dever de fazê-lo.

É como aduz Pardini:

> Portanto, necessário que se fixe como premissa que a distância entre o dirigente empresarial (garante) e a situação típica de perigo, tanto objetiva (física), quanto subjetiva (existência de interpostas pessoas na estrutura empresarial), para que caiba falar-se em crime omissivo impróprio, deve ser tal que, diante dos poderes diretivos do sujeito, não lhe torne impossível, do

[236] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 69–70.

[237] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 70.

> ponto de vista objetivo, a atuação no sentido de evitar o resultado advindo da situação fática de perigo[238].

Em síntese: "garantidores originários de vigilância na empresa serão os integrantes dos órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa, e que tenham assumido faticamente esse controle".[239]

[238] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 71.

[239] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 134.

6. IMPUTAÇÃO DOLOSA NO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO

Como exposto no item acima, em inúmeras oportunidades há responsabilização penal do responsável pela empresa por omissão imprópria mesmo quando se verifica considerável distanciamento entre a sua posição e o fato sobre o qual deve agir, ou seja, a situação típica. Com efeito, nessas situações, apesar de a distância não representar, por si só, óbice objetivo à configuração de omissão penalmente relevante, há aspectos importantes relacionados à imputação dolosa do crime omissivo impróprio.

O presente capítulo pretende, desta forma, realizar uma breve análise do conteúdo do dolo na omissão imprópria para, posteriormente, relacioná-lo à cegueira deliberada do garante.

6.1 O Dolo e a Omissão Imprópria

Tradicionalmente, como já abordado em item anterior, o ordenamento penal pátrio abarca três diferentes formas de dolo: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual.

Nesse ponto, no que se refere aos delitos omissivos, ainda à luz de uma perspectiva mais tradicional – que leva em consideração a teoria volitiva do dolo, não adotada *in casu* –, referidas configurações de dolo são observadas da seguinte forma: (i) atua com dolo direto de primeiro grau o omitente que possui consciência das circunstâncias de fato do tipo e age com intuito de atingir o resultado típico a partir de sua inatividade; (ii) atua com dolo direto de segundo grau o agente que não intenta alcançar o resultado típico, mas reconhece que sua inatividade resultará, necessariamente, na produção de consequências colaterais; e, por fim, (iii) atua com dolo eventual aquele que reconhece como possível determinado resultado como ocorrência de sua não intervenção e, ainda que não almeje diretamente a prática desse resultado, assume o risco de atingi-lo.

No entanto, como disposto em itens anteriores – e será tratado novamente adiante –, os debates contemporâneos voltados ao instituto do dolo fazem alusão ao conhecimento como um critério normativo-atributivo, afastando, pois, qualquer evidência psicológico-descritiva.

Assim, em que pese o conhecimento da ação se trate de fator fundamental para estabelecer a atuação pelo autor como domínio ou controle da conduta, a vontade do

agente não se mostra como necessária para questionamento: quando se realiza uma ação com consciência de seu significado típico, pode-se dizer que tal pessoa quis expressar referido resultado típico.[240]

O fato é que o conhecimento se mostra como um elemento essencial para que se proceda à imputação do garante por dolo – ou até mesmo por culpa –, de modo que se deve exigir do garante o reconhecimento dos dados fáticos da situação de perigo que aciona o dever de agir. Heloisa Estellita, nesse sentido, aduz que:

> Objeto do conhecimento do omitente garantidor são todas as circunstâncias do tipo omissivo impróprio: a) os pressupostos de fato da posição de garantidor (cf. adiante); b) a situação típica de perigo; c) a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; d) o nexo de causalidade e a imputação objetiva do resultado.[241]

Aqui é importante ressaltar que, principalmente em casos nos quais o garante se trata de dirigente de empresa dentro da qual há fragmentação de informações, o contato com referida situação de perigo adquire contornos próprios.

É como se passa a discorrer nos itens a seguir.

6.1.1. Fragmentação da Informação no Âmbito da Empresa

Como já disposto, tanto a chamada autoria direta individual como os pressupostos subjetivos da responsabilidade penal omissiva imprópria encontram certas dificuldades no contexto de descentralização e divisão de trabalho no âmbito de uma empresa.[242]

Isso porque, no âmbito de uma empresa, descentralizar a obtenção de informações a partir da composição interna de canais permite aos dirigentes a tomada de decisões necessárias à atividade econômica da empresa, apesar de impossibilitá-los de

[240] A vontade, assim, nada mais seria do que um mecanismo de inferir situações internas (que seriam anteriormente caracterizadas pelo elemento psicológico-descritivo) a partir de circunstâncias externas objetivas – tratando-se, pois, da objetivização do dolo.

[241] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 286.

[242] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 287.

lidar com grande parte das informações colhidas por funcionários de níveis hierárquicos inferiores.[243]

Ou seja, ao mesmo tempo em que a fragmentação da informação eleva a qualidade da obtenção de dados, há um inevitável processo de filtragem destes até chegar ao conhecimento dos dirigentes.

De acordo com Ragués I Vallès, em obra citada por Estellita, "nem todos na empresa devem se ocupar de tudo"[244], mas a divisão de funções e a filtragem de informações deve se dar de acordo com o cumprimento dos deveres de cuidado objetivo do dirigente de empresa.

A grande problemática atinente a esta temática, então, se dá no seguinte sentido: tendo em vista que a conduta dolosa exige, como condição *sine qua non*, o conhecimento das elementares do tipo penal – sob pena de se incorrer em erro de tipo –, é evidente que o fenômeno da fragmentação afetará a formação do componente cognitivo nos sujeitos que ocupam camadas superiores na hierarquia societária.

Como afirma Heloisa Estellita:

> Como a informação está, normalmente, nas mãos dos agentes que operam na base da empresa, será mais comum que os dirigentes recebam informação de segunda ou terceira mão, e que, além disso, já sejam de antemão filtradas, seja no sentido de chegarem apenas parcialmente às camadas superiores, seja por terem de passar por filtros analíticos especialistas. Pense-se nas análises de demonstrativos contábeis das instituições financeiras que têm de ser submetidos ao conselho de administração, decisões estratégicas sobre prioridade de medidas de segurança em plantas industriais, avaliação de viabilidade de aquisição de empresas de grande porte etc. Especialmente no caso de avaliações e pareceres emitidos por experts ou por grupos de experts (comitês, auditoria externa etc.), não resta outra alternativa se não a de confiar em seu conteúdo, pena de se inviabilizar determinado processos decisórios.[245]

É exatamente em razão desse cenário que a fragmentação de informação – com a consequente possibilidade de falta de acesso a determinadas informações – pode impedir a formação do dolo, criando, assim, possíveis zonas de irresponsabilidade em

---

[243] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 288.

[244] RAGUÉS I VALLÈS, Rámon. Atribuición de responsabilidade, p. 203 *apud* ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 288.

[245] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 288–289.

virtude da dissociação entre a conduta objetivamente típica de um e a conduta subjetivamente típica de outro.[246]

Na tentativa de driblar referidas zonas de irresponsabilidade, foram criados programas de *compliance* de diversas formas, os quais estabelecem canais de comunicação (ou denúncia) com a finalidade de melhorar o fluxo de informações dentro das empresas. No entanto, o que se verifica é que tal alcance é limitado, pois não abarcam os casos em que há falta de informação técnica, por exemplo, em virtude da já debatida fragmentação – o que inviabilizaria a tomada de decisões técnicas pelos dirigentes de empresa e, pois, dificultaria de maneira decisiva a prática empresarial.

6.1.2 Consequências da Divisão de Tarefas no Conhecimento da Situação de Perigo

Como disposto antes, os garantes, em especial no âmbito empresarial, possuem dever de vigilância das fontes de perigo (nesses casos, em sua maioria, traduzidas por funcionários da referida estrutura) e, como consequência, a incumbência de selecionar adequadamente os prestadores de serviço, instruí-los, organizar as áreas da empresa e suas respectivas atividades, supervisioná-las e nelas intervir quando necessário.

Tais deveres, na prática, podem corresponder aos deveres objetivos de cuidado que compõem o centro da reprovação culposa, bem como um dos aspectos dos componentes do tipo objetivo, no que se refere ao desvalor da conduta, ou seja, do caráter desaprovado da não diminuição do risco.[247]

O presente estudo, é importante mencionar, não se debruçará sobre a identificação entre deveres de cuidado e deveres de vigilância societários, endossando a assertiva de que sua total identidade seria ao menos duvidosa sob o prisma da *ultima ratio* e, pois, da tutela penal apenas para violações mais graves.

No entanto, o fato é que, muitas vezes, a violação dos deveres garantidores de vigilância será culposa, de modo que, tendo em vista a previsão escassa de delitos culposos no direito penal empresarial, pode-se gerar o que é considerado pela sociedade

[246] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 288–289.
[247] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 291.

como "impunidade" dos referidos dirigentes frente a determinadas práticas delitivas por seus subordinados.

Há, com efeito, situações de homogeneidade que não apresentam maiores problemas quanto à configuração da tipicidade, já que existem casos nos quais todos os envolvidos – desde o mais alto escalão societário até o mais baixo – têm conhecimento de todas as elementares do tipo penal. Os casos sobre os quais se debruça este estudo, contudo, são aqueles tidos como mais "problemáticos": as situações nas quais não é possível se verificar dada homogeneidade, uma vez que alguns atuam ou omitem com conhecimento e outros, sem ele.[248]

Quanto maior a estratificação no interior de uma empresa, mais camadas são interpostas no fluxo de informação da base à cúpula, o que culmina no relatado perigo de filtragem das informações ou, ainda, na verificação de defeitos no próprio fluxo de informação. Por esse motivo, não raras vezes, os dirigentes, ainda que na posição de garantidores, não têm conhecimento da situação de perigo e, como consequência lógica, podem ser responsabilizados, quando muito, pela prática de uma conduta culposa.

De acordo com Heloisa Estellita, para preencher eventuais lacunas de punibilidade atinentes às condutas do garante aqui especificadas – principalmente nos casos de sujeitos que, em estruturas com divisão de tarefas e poderes, não buscam estabelecer mecanismos para que tais conhecimentos lhe sejam fornecidos –, podem ser adotadas duas vias: (i) o incremento da punibilidade na prática culposa de diversas condutas criminosas centrais no âmbito do direito penal econômico; e (ii) a criação de figuras omissivas próprias ligadas às possíveis infrações a deveres de vigilância. Tais vias, contudo, também podem trazer problemas.[249]

É como explica Estellita:

> Quanto à primeira via, observe-se que, para os crimes mais graves, que também podem ser aplicados a partir da empresa, como o homicídio, as lesões corporais etc., já prevê o ordenamento jurídico a forma culposa. Há que se ter extremo cuidado na ampliação da punibilidade culposa nos crimes característicos do direito penal econômico, especialmente tendo em vista a acentuada acessoriedade dessas normas incriminadoras com relação a âmbitos de regulamentação extrapenal (bancário, financeiro, tributário etc.), que atinge não só o conteúdo das elementares objetivas dos tipos penais desse setor, mas que pode chegar – e frequentemente chegará – a impossibilitar a própria

[248] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 291.
[249] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 294.

> compreensão do conteúdo da proibição, perdendo-se, com isso, a potencialidade preventivo-geral da ameaça de sanção penal. Ademais, há que se ter em conta o risco de uma indesejada paralisação ou redução da atividade econômica em setores nos quais há particular interesse ou mesmo necessidade social, como o de grandes plantas industriais ou o de produtos e serviços aos quais é intrínseco o elemento risco, por temos de punibilidade exacerbada. Quanto à criação de figuras omissivas próprias, parece-nos que somente se poderia cogitar em figuras típicas autônomas quando esses deveres de vigilância estiverem suficientemente definidos em nosso ordenamento jurídico e para cada setor que venha a ser sujeito à ameaça de pena, do contrário, criar-se-ia uma figura "culposa-geral", que violaria o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIC, CFB), funcionando como subterfúgio para contornar a necessária fragmentariedade do direito penal que decorre desse princípio.[250]

Tratou-se aqui apenas brevemente de algumas propostas e ponderações trazidas por Heloisa Estellita em seu estudo, no entanto, não se pretende analisar hipóteses que sejam aptas a preencher as lacunas legislativas de punibilidade do garante, mas apenas relacionar referida dificuldade em fundamentar o conhecimento da situação de perigo pelo dirigente de empresa à aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil.

Isso porque, pode-se dizer que a dificuldade de imputar delitos omissivos impróprios na modalidade dolosa aos dirigentes na posição de garantidores culminou em uma tentativa de transplante da teoria da cegueira deliberada à esfera jurídica brasileira, como forma de, com a sua utilização, "saltar" o óbice evidente que é a exigência do elemento cognitivo ou intelectual do dolo, disposta de forma expressa do artigo 20 do Código Penal.[251]

Passa-se, pois, no próximo item, a analisar criticamente a relação entre a teoria da cegueira deliberada e a figura da garantia penal à luz dos moldes do nosso ordenamento jurídico.

6.2 A Cegueira Deliberada e a Figura de Garantia Penal

Como já disposto nos itens anteriores, entre os elementos típico-objetivos atinentes aos delitos omissivos impróprios, no âmbito empresarial, aos quais deve se referir o dolo, a situação típica de perigo é a mais passível de questionamentos.

---

[250] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 294–295.
[251] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão:* estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 292.

Isso porque, os pressupostos fáticos da posição de garantia, normalmente, são facilmente reconhecidos naquele que ocupa a figura de garante; a menos que, em situações peculiares, cogite-se de erro quanto à circunstância de se ocupar uma posição de responsabilidade sobre aquela empresa ou aquele setor, ou quanto ao fato de o empregado cuja conduta comissiva está a gerar o risco de produção do resultado lesivo pertencer a determinada área de vigilância dentro da estrutura organizacional da sociedade. Excetuadas essas exceções, a referência do dolo estará atendida.[252] Por outro lado, as hipóteses de situação de perigo apresentam, muitas vezes, uma maior dificuldade na sua identificação.

O fato é que, em razão da criação de estruturas e da consequente divisão de tarefas intrínseca à atividade empresarial, o conhecimento da situação típica de perigo não chega de forma natural ao sujeito que possui a incumbência de tutelar determinado bem jurídico, de modo que, na maioria das vezes, a dinâmica fática não ocorre fisicamente próxima ao garante.

Ou seja, o conhecimento de fatos fisicamente distantes do sujeito deve ser por este buscado – exercendo atividades de vigilância e controle próximo, com inspeções pessoais, por exemplo –, ou a este levado – por meio do estabelecimento de canais de denúncia de irregularidades, cobrança de relatórios dos empregados, contratação de agentes intermediários com a específica função de controlar as atividades e reportar os problemas etc. –; o que, a toda evidência, não se dá de forma natural e espontânea.[253]

A problemática, com efeito, se dá no seguinte sentido: o garante não tomará, naturalmente, conhecimento da situação típica sobre a qual possui tutela, o que prejudica a configuração de elemento subjetivo (mais especificamente, o dolo) apta a configurar crime omissivo impróprio nas modalidades em que não há previsão expressa de penalização a título de culpa na legislação. O conhecimento, ainda que possível, depende da vontade do garante em obtê-lo.

---

[252] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 80.

[253] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 83.

É exatamente nesse ponto que reside a já explanada cegueira deliberada em casos da esfera empresarial: o agente garantidor pode, se entender conveniente, optar por não tomar conhecimento de determinado fato capaz de configurar um tipo penal.

A resposta jurídico-penal para situações como as aqui analisadas demanda, impreterivelmente, uma avaliação do grau de conhecimento que requer o dolo na legislação pátria e das consequências de diferentes níveis de déficit cognitivo, com a respectiva diferenciação daqueles sobres os quais o agente detém e não detém controle.

A *willful blindness*, como já disposto anteriormente, compreende situações nas quais podem ser constatados diferentes níveis de conhecimento, desde a suspeita – hipótese na qual o agente simplesmente não busca o conhecimento – até a completa ignorância – fruto da decisão consciente de não se informar e, pois, de não conhecer determinada situação.

Quando configurada a primeira hipótese (suspeita), nossa legislação não apresenta dificuldades em solucioná-la, uma vez que a dúvida se insere no âmbito do dolo eventual, abarcado pelo Direito Penal pátrio. O que se busca, de certa forma, resolver aqui é a segunda hipótese (ignorância completa), na qual é possível encontrar certa obscuridade, quando considerada a legislação expressa. Nesses casos, como acima disposto, não há qualquer suspeita de configuração de crime, pois o garante, propositadamente, não permite que os indícios que a formariam cheguem até si.

Tais situações ocorrem, a título de exemplos práticos, nas hipóteses em que os garantes não utilizam o sistema de comunicação interno das empresas (como o c*ompliance*, os e-mails e as demais comunicações internas); ou, ainda, naquelas em que, embora os acessem, preferem – ou não conseguem, em razão da distância hierárquica e da demanda de trabalho – não os ler, e, pois, verdadeiramente não possuem conhecimento ou suspeita da possibilidade de configuração de eventual prática delitiva no âmbito de sua empresa.[254] Aqui estar-se-ia diante de uma hipótese de cegueira deliberada por parte do agente garantidor.

Ou seja, ao se tratar de cegueira deliberada do dirigente de uma empresa, o qual possui dever de vigilância e garantia, há referência, tão somente, às hipóteses de

[254] Importante mencionar, nesse ponto, que não se consideram aqui os casos nos quais o conhecimento não chega ao garante em razão de falha de comunicação no sistema interno da empresa, pois, nesses casos, uma vez comprovada a efetiva falta de informação do agente em função de terceiros, não se configuraria hipótese de aplicação de cegueira deliberada – muito menos de dolo eventual.

desconhecimento provocado, consciente, produto de uma decisão do agente no sentido de não obter a informação que lhe é acessível.

Delimita-se, pois, o que se chama de cegueira deliberada do garante. Nos termos de Pardini:

> […] situações em que o agente garantidor (na hipótese de estudo, o garantidor por vigilância no contexto empresarial) não possui conhecimento da situação típica de perigo apenas porque decide, consciente e livremente, não permitir que ele chegue a si, conhecimento este que lhe é acessível e que, não fosse essa barreira deliberadamente oposta, chegaria regularmente.[255]

[255] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 85

7. FUNDAMENTAÇÃO DE PROPOSTA DE IMPUTAÇÃO DOLOSA NA CEGUEIRA DELIBERADA DO AGENTE GARANTIDOR

Após delineadas as principais questões relacionadas à temática deste estudo – sem a menor pretensão de esgotá-la, em razão da complexidade da matéria –, cumpre, nesse momento, proceder ao desfecho da presente análise, de modo a propor uma sugestão de imputação dolosa na cegueira deliberada do garante.

Aqui é importante mencionar que Lucas Pardini Gonçalves, em sua obra denominada *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*, faz, principalmente com base nos estudos de Gabriel Peréz Barberá, uma interessante e inovadora proposta para referida imputação, a qual se pretende analisar criticamente nesse tópico.

7.1 Normativização do Dolo à Luz da Teoria da Culpabilidade: Fundamentação da Imputação Dolosa em Cegueira Deliberada

A responsabilidade penal, como é assente, demanda a verificação de seu aspecto subjetivo, a partir do princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*). Referido princípio, por conseguinte, consiste no cerne do Direito Penal, pois é ele que irá relacionar o injusto (fato típico e antijurídico) à sua consequência jurídica, que é a pena.[256]

Luigi Ferrajoli, ao versar sobre o princípio da culpabilidade, pontua que:

> Nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e querer.[257]

Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, nesse sentido, apresentam importante distinção entre a culpa em sentido estrito e a culpabilidade:

> a) Culpa (em sentido estrito): trata-se de elemento normativo do tipo, consistente na inobservância de um dever de cuidado objetivo e que se concretiza nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia. Aliás, na literatura é comum o emprego dos termos "negligente" ou "imprudente" como sinônimo de "culposo".

[256] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 184.
[257] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 447.

> b) Culpabilidade: trata-se da reprovabilidade do injusto, portanto do juízo de valor que incide sobre determinado objeto, qual seja, um fato típico (doloso ou culposo) e antijurídico. É perfeitamente possível que determinado fato seja culposo (praticado com imprudência, por exemplo), mas não culpável (porque praticado por menor ou por doente mental).[258]

O que se verifica, por conseguinte, é que referido princípio atribui caráter subjetivo à responsabilidade penal. É importante ressaltar que a definição de responsabilidade penal subjetiva tem como finalidade assegurar que, nos casos práticos, não seja reconhecido o caráter criminoso de determinada conduta com base unicamente no bem jurídico violado, independente da correlação subjetiva entre o agente e o fato apurado.

Ainda de acordo com Junqueira e Vanzolini, ao realizarem, em sua obra, análise acerca das diversas correntes doutrinárias que dispõem sobre a teoria da culpabilidade, a teoria que ainda hoje prevalece seria a da normalidade das circunstâncias e, como sua consequência lógica, o poder de agir diferente. O que se observa, pois, é que:

> Em suma, a base da reprovação é a possibilidade de agir de forma diversa daquela que se agiu, de atuar conforme deseja o direito. Reprova-se o homem, em primeiro lugar, porque lhe é dado conhecer o justo e o injusto, e distingui-los. E, em segundo lugar, porque lhe é dado escolher entre um ou outro. É a má escolha que se lhe reprova. Sem escolha, não pode ser censurado.[259]

Ao realizar-se um paralelo entre a prévia citação de Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini e a ora colacionada, depreende-se que, não havendo efetivo domínio do agente acerca de determinada conduta delitiva – ou da possível prática dela –, não restaria caracterizado o elemento subjetivo da responsabilidade penal. Em razão disso, dispõem referidos doutrinadores que, em casos de crimes praticados por menor ou por doente mental, inexiste a culpabilidade.

O Direito Penal, é de se dizer, não tem o condão de punir aquele que não evita o inevitável ou que não faz o impossível. O dever jurídico de agir, desta forma, deve se circunscrever ao domínio pessoal do agente, de modo que o indivíduo só responde por aquilo que, de fato, domina.[260]

---

[258] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 184.

[259] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 187.

[260] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade

No entanto, o domínio, por si só, não acarreta a resposabilidade jurídico-penal sobre determinada situação. É como assevera Pardini Gonçalves:

> Por óbvio, o domínio sobre algo não acarreta, necessariamente, o dever jurídico-penal sobre a situação: ainda que um agente, diante de um ferido que necessita de socorro imediato, tenha, dentro de sua esfera de domínio, a possibilidade de evitar o resultado morte, seja lá por que meio for, não tem, pelo Direito Penal, o dever de assim agir, se não for garante de proteção dessa pessoa ou garante de vigilância da fonte de perigo que a atingiu – tem o dever geral de assistência e solidariedade de, em um caso tal, prestar socorro, mas não de evitar o resultado, ainda que este lhe seja dominável.
> Assim, necessário esclarecer: o domínio do sujeito sobre o fato é condição necessária, mas não suficiente, ao estabelecimento de um dever jurídico (ao menos na seara penal) relativo a este. Ao domínio, devem se somar outros elementos que conformem o dever, tais como a relação de proximidade e de proteção entre o sujeito e o titular do bem jurídico periclitado ou a relação de vigilância entre aquele e uma fonte determinada de perigo, que justificam o estabelecimento de um dever jurídico a esse sujeito diferente do imposto à coletividade em geral.[261]

Referido autor, ainda, ao fazer menção a Gabriel Peréz Barberá, aduz que o domínio subjaz ao princípio da culpabilidade, ao qual ainda se somaria o estabelecimento desse dever jurídico, notadamente previsto em lei. Tem-se, assim, que o indominável foge ao controle do agente, de modo que, a situação típica, se voltasse a ocorrer no futuro, dar-se-ia de qualquer forma, por independer da postura do sujeito.

É exatamente no domínio que reside a responsabilidade subjetiva, e não meramente no conhecimento ou na vontade[262]. Até porque, se assim não fosse, o inimputável, o menor, aquele acometido por embriaguez completa ou por coação moral irresistível poderiam responder por dolo em suas condutas – o que não é possível nos termos da legislação penal pátria.

Trazendo o princípio da culpabilidade para a temática do presente estudo, é possível observar que a utilização do critério do domínio possui especial relevância no que atine aos delitos omissivos impróprios: a evitabilidade do resultado, levando em consideração as circunstâncias pessoais do agente, é elemento da tipicidade objetiva da

---

Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 132.

[261] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 132.

[262]GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 132.

conduta, de modo que o garante não pode ser responsabilizado por uma situação que ele não poderia, no caso concreto, impedir.[263]

Desta forma, compreende-se que o princípio da culpabilidade, ao estabelecer a necessidade de responsabilização subjetiva do agente com relação à conduta delitiva praticada, faz referência ao domínio do agente sobre um fato, a evidenciar que um indivíduo só pode ser responsabilizado, no âmbito do Direito Penal, por aquilo que ele, de fato, domina. Mais do que isso, no que atine aos crimes omissivos impróprios, a responsabilização penal do agente deve incidir apenas naquelas situações em que a pessoa poderia impedir o resultado e a violação ao bem jurídico, por ter domínio sobre eles.

Essa análise está em completa consonância com o quanto disposto outrora, quando da análise das teorias sobre a figura do garante: Schünemann, por exemplo, ao fundamentar a sua teoria do domínio ou do controle sobre o fundamento do resultado, assevera a imprescindibilidade da assunção fática pelo garantidor do compromisso de conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico, a qual se dá pelo domínio.

É nesse ponto que reside a análise do dolo nos casos de cegueira deliberada do dirigente de empresa no que atine à situação típica de perigo reclamadora de sua intervenção, enquanto munido de poder de garante.

O dolo, como é assente, consiste em um instituto muito discutido na seara penal como um todo – internacional e nacionalmente. Há, com efeito, inúmeros debates relacionados às teorias volitivas e cognitivas de referido elemento subjetivo, além de, nos últimos tempos, ter-se observado um movimento de objetivização do dolo, como já tratado em capítulos anteriores.

Nesse esteio, Porciúncula, autor muito utilizado nesse estudo quando da análise do dolo relacionado à cegueira deliberada, é um dos adeptos à tendência de objetivização do dolo. Dispõe o autor que o "dolo é o conhecimento por parte do autor do significado típico de sua ação" (tradução livre).[264]

Ao versar sobre o dolo, Porciúncula aduz que o conhecimento seria verificado com base no comportamento do agente e nas suas circunstâncias – e não como um estado mental interno de cada indivíduo. Com a objetivização, o dolo seria, pois, não mais uma

---

[263] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 132.

[264] "Dolo es conocimiento por parte del autor del significado típico de su acción". PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 301–302.

entidade psicologicamente real, situada na consciência do sujeito – sobre a qual não pode se debruçar o direito –, mas uma noção componente de um sentido exteriorizado.

O dolo, deste modo, seria inerente à ação, um conceito que deve ser entendido dentro de um contexto social constitutivo de seu significado, utilizado como um critério para a atribuição do conhecimento, o que o autor denomina *dolus in actio ipsa.*[265]

Em outras palavras, o dolo, na visão das teorias modernas, deve ser entendido como um conceito jurídico que "não corresponde por si só a qualquer estado mental ou emocional previamente dado ao legislador ou ao operador do direito. Por outras palavras, inexiste no mundo empírico algum fato, ainda que mental, designado como dolo".[266]

É de se dizer, assim, fazendo alusão ao quanto dispõe Eduardo Viana, que o dolo consiste em conceito pertencente ao campo da ciência jurídica e, como tal, deve ser determinado pela dogmática ou pela jurisprudência. Assim, o injusto não pode ser orientado pela postura mental do indíviduo, senão por um terceiro julgador que, à luz dos critérios sugeridos pelos encarregados de determinar os conceitos jurídicos, a ciência e a jurisprudência, seja capaz de valorar, objetivamente, e desde uma perspectiva *ex ante*, qual o nível de reprovabilidade que deve ser atribuído à conduta realizada[267].

Pardini Gonçalves, ao analisar a tese trazida por Gabriel Peréz Barberá, também adepto das teorias mais recentes de objetivização do dolo, aduz que:

> […] há muito, a culpa *stricto sensu* já é tida como conceito normativo sem maiores dificuldades, referindo-se, tradicionalmente, à violação de um dever de cuidado e importando um reproche objetivo à conduta do agente, não se compreendendo (conforme perplexidade externada pelo autor e aqui compartilhada) a relutância da doutrina em fazer o mesmo quanto ao dolo, o qual, majoritariamente, permanece sendo tratado como um conceito empírico, a saber, um estado mental. Barberá vê aí um erro categorial, na medida em que, dado que uma ação só é típica se for dolosa ou culposa, dolo e culpa devem, portanto, pertencer ao mesmo âmbito – o normativo.[268]

Referido autor aborda interessante exemplo no âmbito prático do sistema jurídico-penal pátrio: o artigo 121, *caput*, do Código Penal tipifica a conduta de "matar

---

[265] PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal:* hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014, p. 308.

[266] COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

[267] Eduardo Viana, 252.

[268] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 136.

alguém".[269] Pela teoria de Barberá apontada por Gonçalves, estaria tipificada nesse dispositivo a conduta de matar alguém dolosamente. Deste modo, assim como "matar" e "alguém" constituem elementos abstratos do dispositivo incriminador, "dolosamente" também o é, de modo que consistiria em elemento normativo. Todos os elementos acima delineados devem, pois, encontrar correspondentes empíricos no caso concreto submetido à atividade de subsunção, sem, contudo, a estes se resumir[270].

A análise, portanto, dar-se-ia da seguinte forma: a pessoa A, com conhecimento de sua ação, efetua disparos contra o peito da pessoa B, levando-a a óbito. Neste caso, o elemento do tipo "matar" estaria preenchido na ação de disparos de arma de fogo contra o peito, com decorrente óbito como causa imediata; o elemento "alguém", por sua vez, estaria preenchido com a pessoa B; o "dolosamente", por conseguinte, decorreria do conhecimento de sua ação, aliado às circunstâncias objetivas do fato.[271]

O ponto sobre o qual Barberá, nos termos de Gonçalves, debruça-se é, justamente, o fato de que, assim como "matar" não é efetuar disparos contra o peito e "alguém" não é a pessoa B, "dolosamente" não se resume ao conhecimento de sua ação. Isso porque, os disparos contra a pessoa B e o conhecimento são dados empíricos que amoldam o caso concreto ao tipo penal e não os elementos do caso genérico. É como referido autor dispõe:

> Sintetizando esse ponto da teoria em exame, o que o autor propugna é que, no exemplo dado, da mesma forma que o elemento do caso genérico matar poderia ser atendido por outro elemento empírico que não os disparos de arma de fogo (golpes de arma branca, por exemplo) e o elemento alguém poderia ser atendido por outro ser, que não a pessoa B, também o elemento dolosamente poderia se configurar mediante outras circunstâncias concretas, que não, necessariamente, o conhecimento do que se faz.[272]

---

[269] BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2020.

[270] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 138.

[271] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 138.

[272] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 138.

O que se denota, a partir do quanto acima delineado, é que cabe ao direito e não ao indivíduo analisar se a conduta praticada se encaixa no tipo penal doloso, tratando-se, assim, de juízo objetivo trazido pelo direito e não subjetivo trazido pelo sujeito.

Segundo essa moderna teoria, e ao contrário do que há muito dispõem as doutrinas penais, o objeto do dolo não é aquilo que pode ser tido como conhecimento ou vontade, mas o conjunto de circunstâncias empíricas que correspondem à ação.

Eduardo Viana, ao tecer críticas sobre algumas teorias cognitivas do dolo, ao seu ver, incompletas, dispõe que:

> As teorias cognitivas acertaram em sua premissa central, isto é, apostaram no dolo como categoria meramente cognitiva, mas se equivocaram ao insistir no nível de intensidade da representação do autor em relação à ocorrência do resultado como objeto de precisão do dolo. Frisch, por exemplo, acertou ao pontuar que o objeto do dolo deve ser o risco, mas errou ao contaminar tal objeto com a postura volitiva do agente. Herzberg e Puppe acertaram ao pontuar que a chave para fronteira entre o dolo e a culpa estava na qualidade objetiva do perigo criado, mas a ambos é possível dirigir a censura de não prosseguirem no desenvolvimento de critérios adicionais. Essa omissão custou muito caro a ambas as teorias, afinal, simplificou soluções em casos mais complexos.[273]

Apresenta-se, assim, a seguinte indagação: "quais são essas circunstâncias empíricas que constituem objeto do dolo? Seriam todos os elementos fáticos do caso concreto, desde o conhecimento, a vontade, a intenção, a indiferença, até o nome do agente e a temperatura do ambiente em que ocorrido o fato, por exemplo?".[274]

Com vistas a restringir o conceito e evitar uma possível imputação objetiva, Barberá faz menção a duas regras de relevância que constituem uma espécie de filtro para saber quais correspondentes empíricos devem passar.[275]

A primeira regra define que o elemento empírico, para que possa embasar o juízo objetivo de reprovação, deve estar apto a influir no grau de previsibilidade do afastamento da norma penal. Ou seja, elementos como a qualidade do perigo criado e os estados mentais do agente (como o conhecimento e a vontade, por exemplo) podem se mostrar

---

[273] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255.

[274] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 140.

[275] BARBERÁ, Gabriel Péréz. 2011, p. 752–755 *apud* GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 140.

relevantes para a configuração do dolo, mas apenas na medida em que influírem no grau de possibilidade de previsão da ação[276].

A segunda regra, por sua vez, prevê que os estados mentais do indivíduo apenas servirão de embasamento para a configuração do dolo se forem racionais. Entende referido autor que, se o dolo é um juízo de reproche objetivo e, pois, racional, referido instituto deve se basear em critérios também racionais, sob pena de algumas premissas para a sua aplicação restarem viciadas por irracionalidade[277].

Ou seja, se um determinado estado mental formulado pelo agente de forma irracional for apto a influir no juízo de reprovação, a irracionalidade também contaminará este juízo, que perderá seu caráter objetivo e passará a representar uma reprovação pessoal, dosada por uma pessoa específica, que, conforme acima delineado, deve se ater ao juízo de culpabilidade e não à tipicidade – no qual se encontra o dolo.

Aqui se abre um parêntese na análise da exposição de Gonçalves sobre a teoria de Barberá, para versar brevemente sobre a teoria de dolo trazida por Puppe, que se assemelha, de algum modo, ao quanto por ele proposto.

Isso porque, como disposto no capítulo que trata especificamente do dolo e do conhecimento, Puppe, ao qualificar o critério do perigo representado pelo autor como doloso ou culposo, realiza-o de maneira objetiva, já que considera a aptidão objetiva do agente à produção do resultado típico:

> O perigo deve ser tão grande e aparente que uma pessoa racional no lugar do agente não poderia ter prosseguido sem resignar-se com o resultado, sem pôr-se de acordo com ele e decidir-se por ele. Nisso consiste, portanto, a normativização do conceito de vontade, em que não se questiona acerca da real situação psíquica do agente, antes se mede o seu comportamento segundo o parâmetro de uma pessoa racional.[278]

Referida autora aduz, portanto, que o agente produz um risco que fundamenta o dolo quando faz algo que seria um método idôneo para produzir o resultado, se alguém quisesse produzi-lo. Puppe exemplifica sua assertiva da seguinte forma:

---

[276] PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El concepto de dolo en el dereho penal. Hacia un abandono definitivo de la ideia de solo como estado mental.* En cuarderno de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011, p. 39.
[277] PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El concepto de dolo en el dereho penal. Hacia un abandono definitivo de la ideia de solo como estado mental.* En cuarderno de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, noviembre de 2011, p. 39.
[278] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa.* Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 75.

> Golpes com um objeto pesado na cabeça; pontapés contra a cabeça; estrangulamento ou sufocação por vários minutos; golpe de faca na garganta ou nas costelas; são todos métodos adequados a matar. Quem os emprega, fundamenta um perigo doloso independentemente de se quer a morte, ou se resigna com ela, ou também independentemente de se possuía um método de matar ainda mais eficiente, se tivesse efetivamente pretendido o resultado[279].

Gonçalves, ao analisar Puppe, reconhece que, apesar de, ao final, Puppe chegar a conclusão diversa da de Barberá – a qual o mencionado autor defende –, referida autora desconsidera a valoração subjetiva irracional que o agente formula de sua própria conduta, de modo que, com base no seu conhecimento sobre os fatos, este seria capaz de reconhecer a criação consciente de um perigo objetivamente doloso:

> Afinal, por essa lógica, eventual representação irracional do indivíduo é desconsiderada e não afeta a imputação: é o caso, por exemplo, do agente que, ciente do que faz, esconde uma bomba de alto poder de destruição em baixo da cama do melhor amigo e a detona quando este se deita, representando subjetivamente, como resultado dessa conduta, nada mais do que uma brincadeira, tendo a intenção de, apenas, dar um susto no amigo, o qual, de forma objetivamente óbvia e previsível, morre com a explosão. Em um exemplo tal, parece que o que a teoria de Puppe faria, *mutatis mutandis*, ainda que não se valendo desses específicos termos, é desconsiderar essa valoração subjetiva irracional que o indivíduo formulou de sua própria conduta e, com base no seu conhecimento sobre os fatos, reconhecer, ali, a criação consciente de um perigo objetivamente doloso.[280]

Para além de Barberá e Puppe, mostra-se de rigor a análise da obra de Eduardo Viana, predominantemente baseada em Puppe, que também trata da objetivização do dolo e, assim, propõe o que denomina Teoria da Inferencialidade do Dolo.

Referida tese consiste em um "método utilizado para isolar as circunstâncias penalmente relevantes as quais, por meio de sua articulação, permitam, ou não, a atribuição de responsabilidade penal. Com isso, a determinação da atribuição do dolo não decorrerá de dado único – seja esse numérico ou não – senão da valoração de um complexo de dados".[281]

O autor traz consigo a ideia *puppeana* de dolo como a criação de um perigo adequado para a realização do tipo[282], mas incrementa a concepção de Puppe com

---

[279] PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 75/76.

[280] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 142.

[281] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 259.

[282] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255.

algumas exigências: (i) o perigo doloso somente pode ser imputado àquele indivíduo que cria um perigo adequado à realização de um tipo penal correspondente; (ii) entre a consequência e a conduta deve haver um vínculo relacional; e (iii) a relação vinculacional é animada pela periculosidade objetiva de perigo.[283]

Fazendo uma correlação à questão da irracionalidade acima disposta e ao quanto disposto por Viana, tem-se que o perigo doloso seria aquele sobre o qual, havendo questionamento, poder-se-ia responder, seguramente, não haver razão alguma para duvidar da realização do tipo penal[284].

Em breve síntese, para Viana, "(i) o dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo e a razão para isso reside no fato de que a representação do perigo permite ao autor exercer o controle do próprio corpo e que, portanto, domine o que está sendo ou será realizado; e (ii) as marcas da dominabilidade da conduta, a decisão pelo incremento do risco e os objetivos de prevenção da pena são justificáveis independentemente do sentimento do autor em relação à realização do tipo[285].

Assim, para evitar que todo o conteúdo do conhecimento seja remetido ao campo do dolo, a reprogramação da teoria de Puppe deveria realizar-se pela identificação da qualidade do perigo criado pelo agente, a qual deveria ser apontada a partir da inferencialidade capaz de expressar o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado. A essência da imputação com base no dolo como inferência estaria assentada em um propriedade derivada a partir de um complexo de circunstâncias[286]. Dispõe Eduardo Viana que

> Todas essas conclusões correspondem sinteticamente ao três pilares da tese: primeiro, o dolo é a representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de um tipo penal; segundo, a substância dessa representação é determinada recorrendo-se à natureza mesma do perigo e à sua intensidade; terceiro, a partir da valoração de uma série de critérios objetivos será possível atribuir ao indivíduo a realização dolosa[287].

Puppe e Viana tratam, pois, da normativização da vontade a partir do que é conhecido subjetiva e empiricamente pelo sujeito, ao passo que, para Barberá, a

[283] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 262.
[284] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 263.
[285] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 294.
[286] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 294.
[287] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 295.

normativização já engloba esse prévio estágio, ao desconsiderar um desconhecimento ou uma falta de representação de fato, se acometidos por irracionalidade.[288]

Apesar de a objetivização do dolo se tratar de tese, em partes, inovadora, é importante ressaltar que os tribunais pátrios, quando da prolação de acórdãos e decisões, há muito se utilizam de fundamentações que deveras se assemelham às ora tratadas nesse capítulo. A título de exemplo, abrindo-se aqui, um breve parêntese às discussões dogmáticas, cumpre abordar interessante análise aduzida por Gonçalves acerca da imputação do crime de receptação, mormente observada nos Tribunais brasileiros:

> Pense-se no caso, por exemplo, de uma pessoa que é abordada na rua, no centro de uma grande cidade brasileira, por um transeunte que aparenta nervosismo e pressa e não traz qualquer identificação comercial ou algo que o valha, e adquire deste, após segundos de conversa superficial, o produto que ele lhe oferece de forma absolutamente furtiva, retirando-o sorrateiramente de dentro de sua calça, onde o trazia escondido, junto à cintura (após tê-lo furtado de outro pedestre, minutos antes): um smartphone de última geração, desacompanhado de qualquer acessório (carregador, fones de ouvido etc.), caixa ou nota fiscal, pagando pelo bem o que tinha em sua carteira naquele momento (R$ 80,00, R$ 100,00, que seja), quando, em verdade, o valor de mercado do aparelho gira em torno de R$ 4.000,00. Pode-se afirmar, com segurança, que, em um caso tal, a jurisprudência brasileira, em regra, não hesitaria em placitar uma condenação nos termos do *caput* do art. 180 do CPB, e não no §3º do dispositivo, ainda que, genuinamente, o agente não tivesse representado a origem criminosa do bem, por se tratar, por exemplo, de pessoa com pouca experiência de vida e nenhuma malícia, que, sinceramente, acreditou ter sido sortudo o bastante para encontrar tamanha barganha.[289]

O que orienta, em sua maioria, as decisões condenatórias por crime doloso de receptação não é um dado psicológico subjetivo de um acusado em específico, mas alguns padrões normativos socialmente estabelecidos, de acordo com os quais é possível deduzir que, em dado cenário fático – e aí observa-se a relevância de se observar atentamente um caso concreto –, a possibilidade objetiva de previsão do afastamento da norma penal era plenamente possível.

Apenas para melhor demonstrar o porquê da assertiva de referidos casos não configurar responsabilidade penal objetiva, cumpre, uma vez mais, fazer alusão considerações realizadas por Gonçalves sobre esse ponto:

---

[288] BARBERÁ, Gabriel Péréz. 2011, p. 495–496 *apud* GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 140.

[289] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 143/144.

> Responsabilidade penal objetiva haveria no caso de se condenar por receptação dolosa aquele que se dirige a uma loja regularmente constituída e instalada em um shopping center e lá adquire um celular seminovo, em bom estado de conservação, acompanhado de documentação fiscal sem vícios formais ou materiais aparentes, estojo e acessórios, pagando o equivalente a cerca de 50% (cinquenta por cento) do que custaria o mesmo bem novo, sendo tal aparelho, contudo, produto de crime, vez que, posteriormente, veio à tona a descoberta de o proprietário do estabelecimento integrar organização criminosa cuja atividade consistia na comercialização, sob fachadas de legalidade, de produtos eletrônicos furtados/roubados, tendo aquele específico celular sido roubado de um pedestre, poucos dias antes.
> Nesse caso, o estado mental em questão (ausência de representação da circunstância fática – origem criminosa) é absolutamente racional e objetivamente justificável, pelo que a segunda regra de relevância de Barberá impõe sua consideração para fins de imputação penal, sendo certo que, nesse exemplo, a teoria de dolo do autor conduziria, como qualquer outra, à impossibilidade de imputação da conduta, tanto por dolo, quanto por culpa, diante do inegável erro de tipo invencível, não havendo, na situação fática, qualquer grau considerável de previsibilidade objetiva do afastamento da norma penal.[290]

Uma vez delineadas algumas questões referentes à possibilidade de aplicação prática das teorias de objetivização do dolo, volta-se à análise dogmática relacionada à mencionada tese e à consequente normativização da vontade.

Ainda nos termos de Gonçalves, ao citar estudo de Barberá, verifica-se uma afirmação no sentido de que a hipótese de estado mental irracional se configuraria nos casos em que se mostra "objetivamente incompatible con las normas de conducta elementales características de la generalidad o de la actividad específica de que se trate, que garanticen un desarrollo de esa actividad acorde a estándares mínimos".[291]

Tal constatação, com efeito, é de grande relevância para a presente análise, pois intrinsecamente relacionada àqueles que ocupam posições de garante e, pois, podem responder por dolo na modalidade omissiva imprópria.

Isso porque, os agentes que ocupam posição de garantia penal encontram-se sujeitos a um complexo de deveres próprios dessa posição específica[292]. No caso dos

---

[290] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

[291] "Objetivamente incompatível com as normas de conduta elementares da atividade desempenhada, que assegurem o desenvolvimento da atividade de acordo com padrões mínimos" (tradução livre). BARBERÁ, Gabriel Péréz. 2011, p. 495–496 *apud* GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 147.

[292] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

garantes de vigilância, mais especificamente, incumbe-lhes o dever de fiscalizar a fonte de perigo no seu âmbito de ação, com a finalidade de manter a atividade (empresarial) nos seus padrões mínimos de segurança.

Para o autor, o estado mental de ignorância dominado pelo autor seria, pois, incompatível com tais normas, uma vez que referidos dispositivos normativos determinam o contrário ao agente: que vigie a fonte de perigo, sendo, pois, impossível vigiar algo sem saber como este algo está.

Assim, os casos de cegueira deliberada em situação típica de perigo por parte do garante, de acordo com Gonçalves ao versar sobre Barberá,[293] encontrariam a seguinte resposta: por se tratar de estado mental irracional, vez que objetivamente incompatível com as normas elementares da atividade específica, deve ele ser desconsiderado para fins de formação do juízo de reproche objetivo[294].

Com efeito, após referida desconsideração, o juízo se formaria a partir de elementos do caso concreto, a fim de que seja identificado se se trata de hipótese dolosa, culposa ou, ainda, atípica. O reproche objetivo, desta forma, dar-se-ia na eventualidade de se verificar uma possibilidade, também objetiva, de o autor prever o afastamento da norma penal[295]. Em seguida, passar-se-ia a avaliar se a mencionada possibilidade seria substancial (dolo) ou atenuada (culpa).

Assim, de acordo com essa teoria, não serão todos os casos de cegueira deliberada do garante que culminarão no reconhecimento do dolo, de modo que este elemento subjetivo restaria configurado apenas quando, "em que pese a ausência de conhecimento e, portanto, de possibilidade subjetiva de previsão do ilícito, se constate uma possibilidade objetivamente privilegiada de tal previsão".[296] Não se trata, pois, do que o agente poderia vir a conhecer, mas do que ele, de fato, decidiu não conhecer.

---

[293] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

[294] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

[295] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

[296] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade

Ao se adotarem os parâmetros da objetivação do dolo trazidos por Porciúncula, e Barberá, o que se denota é que a imputação dolosa de crime omissivo impróprio ao garante em cegueira deliberada não seria irrestrita, uma vez que: (i) se em uma análise do caso concreto a possibilidade de previsão, pelo garante, do afastamento da norma penal é inexistente, a conduta será atípica; (ii) se a possibilidade de previsão pelo garante for atenuada, a conduta será culposa; e (iii) se a possibilidade for deveras acentuada, caberá o reproche doloso. Nesse último ponto, contudo, se a ausência da formulação a nível subjetivo for irracional (como no caso da cegueira deliberada), o reproche doloso deve ser desconsiderado.

De acordo com a teoria de Barberá, a ausência de conhecimento psicológico do agente não impediria, isoladamente, a conformação de um caso concreto a um tipo penal doloso, já que, como disposto, o dolo consiste em um juízo objetivo, de modo que deve se pautar pela racionalidade, sob pena de, ao se admitir premissas irracionais no raciocínio da imputação penal, chegar-se-ia a uma conclusão também irracional.[297]

Gonçalves, com efeito, aduz que seria uma "conclusão irracional negar-se o dolo diante do desconhecimento fático, de forma peremptória e açodada, entregando-se, assim, na mão do indivíduo decidir se sua conduta, objetivamente típica, será ou não criminosa".[298]

Para ele, há hipóteses nas quais o agente, de fato, possui o conhecimento e a vontade para afastar a norma penal, como, por exemplo, nos casos dos delitos omissivos impróprios nos quais o resultado pode se materializar em lugar distante – e, por vezes, inacessível – ao omitente, o que demanda, impreterivelmente, uma conduta positiva destes no sentido de tomar contato com a possível prática delitiva.

Gonçalves assevera que a necessidade de adoção de conduta positiva do autor para obter conhecimento de uma situação típica pode o levar a porpositalmente se furtar de obter informações relacionadas à atividade empresarial da qual figura como vigilante:

Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 146.

[297] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 149/150.

[298] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 150.

> Sustentar que, na omissão do diretor de segurança ambiental que está em cegueira deliberada em sua sala, enquanto as máquinas da fábrica (configuradas e dispostas pelos empregados da empresa, tudo sob sua supervisão) vertem ininterruptamente grande fluxo de material tóxico altamente poluidor em um curso natural d'água, há tipicidade objetiva, porém não dolo, é deixar nas mãos desse diretor decidir livremente, como se fosse um verdadeiro direito potestativo seu, o que é dolo; decidir quando ele agirá dolosamente ou não; decidir, em última análise, se o Direito Penal pode alcançá-lo ou não. É tornar o Direito refém do indivíduo.[299]

Conclui, pois, que o que o Direito Penal busca fazer por meio da tipicidade objetiva de delito comissivo impróprio praticado por um garante de vigilância se esmoreceria pela tipicidade subjetiva costumeiramente exigida para a configuração da prática delitiva, já que o garante – que é o único onerado por deveres de vigilância, por exemplo – estaria apto, nesses termos, a decidir se tais ônus poderão ou não lhe ser exigidos ou, ainda, se será possível ou não a imputação de sua inobservância frente ao afastamento da norma penal. Como aduz Gonçalves:

> A prevalecer isso, ingênuo é o empresário que sabe, que fiscaliza sua empresa, que estabelece canais efetivos de denúncia interna de irregularidades, que faz tudo de natureza preventiva que lhe cabe, na qualidade de garante. Esse empresário, se, em meio às suas atividades de vigilância, tomar conhecimento de uma situação típica de perigo, deverá agir para evitar o resultado, sob pena de ser penalmente responsabilizado.
> Já o empresário esperto cuidará, sem dúvida alguma, de se pôr em estado de ignorância e, assim, poder permanecer inerte e, maravilhosamente, intocável pelo Direito Penal, ainda que não tenha cumprido qualquer parcela de seus deveres, enquanto agente garantidor.[300]

Ou seja, se fosse considerada a teoria de dolo majoritária, um dirigente de empresa "esperto" não adotaria as necessárias políticas de *compliance* e *due dilligence*, pois, desta forma, estaria – em tese, diga-se – mais próximo do fato típico.

O autor ressalta que, quando se fala em agir para evitar o resultado, não se está diante de algo simples ou economicamente indiferente, mas sim de, sobretudo no contexto de grandes empresas, algo trabalhoso e economicamente desinteressante – como já disposto alhures. Assim, o cumprimento de dever de garante penal se mostra de todo oneroso, de modo que qualquer alternativa apta a tirar os dirigentes de empresa desse

---

[299] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 151/152.

[300] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 152.

papel se mostra muito atraente para estes, tanto do ponto de vista pessoal, quanto institucional e econômico.

Ainda de acordo com Gonçalves, "a exigência de conhecimento subjetivo, sob pena de atipicidade penal, é um verdadeiro oásis para o garante que, após se assustar (com razão) ao se dar conta do que o Direito lhe cobra, encontra uma luz salvadora no fim do túnel: basta *não saber*, e tudo estará resolvido".[301]

Gonçalves defende, desta forma, que a admissão da cegueira deliberada como alternativa à responsabilização penal do agente geraria um sistema penal irracional.

Pois bem.

Como exposto acima, o presente capítulo pretende analisar criticamente a tese outrora defendida por Gonçalves, à luz da teoria de dolo trazida por Barberá. Parece, pois, de rigor seja colocado o seguinte questionamento: no sistema jurídico-penal brasileiro, há como se afastar o conhecimento (ou a asuência dele), nos casos de cegueira deliberada, por considerá-lo irracional?

Aqui, cumpre rememorar o quanto disposto no segundo capítulo do presente estudo: nas teorias cognitivas do dolo, ora analisadas, o conhecimento é compreendido como elemento principal do dolo. Adiante, o domínio – estritamente ligado ao conhecimento – consiste no elemento ao qual encontra-se circunscrito o dever de agir.

O que se pretendeu defender até aqui é que não há como se definir o conhecimento como um processo mental que ocorre dentro do intelecto do agente, acessível a ele por meio de introspecção, de modo que se mostra necessário se proceder à normativização do conhecimento, a partir da qual chegar-se-á ao domínio.

Assim, a proposta de fundamentação de imputação dolosa do agente garantidor com base na teoria da cegueira deliberada não pode desconsiderar o conhecimento do agente garantidor, acerca das condutas delitivas praticadas no âmbito da sociedade empresária, por entendê-lo irracional – como dispôs Gonçalves.

A contrario sensu, o conhecimento e, mais adiante, o domínio sobre a realização típica devem ser valorados à luz de critérios notadamente objetivos, de modo que a vontade seja normativizada com base no que é conhecido empiricamente pelo sujeito. E uma vez constatado que os retromencionados requisitos – conhecimento e domínio –

[301] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 153.

estavam presentes na conduta do agente, não há como desconsiderá-los, sob pena de se incorrer em normativização exacerbada do dolo.

Tem-se, pois, que o dolo deva ser avaliado a partir da qualidade do perigo doloso identificada, reconhecendo-se a inferencialidade capaz de expressar o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.[302]

Assim, o perigo doloso deve ser objetivamente valorado por um sensato observador externo, o qual, à luz de determinados critérios, esteja em condições de inferir o dolo e afirmar que o agente firmou um compromisso cognitivo com o perigo[303].

Até porque, fazendo alusão a Jorge de la Rúa, também disposto por Gonçalves, a previsibilidade objetiva de afastamento da norma penal traria uma exigibilidade de saber, um dever de conhecimento, de modo que a intensidade desse dever é que definiria o cabimento do juízo de reproche doloso ou culposo.[304]

No exemplo do diretor de segurança ambiental, acima transcrito, tem-se que o seu estado de cegueira deliberada quanto ao depósito de material poluidor no curso d'água não é irracional, mas pode ser valorado, objetivamente, a partir de um complexo de circunstâncias. Somente após a análise dessa informação empírica será possível atribuir ao perigo a etiqueta de perigo com qualidade dolosa ou o seu afastamento.[305]

Não se ignora, é de se dizer, a assertiva de Gonçalves no sentido de que a conduta de agir para evitar o resultado típico em grandes empresas pode ser, muitas vezes, economicamente desinteressante.

Outrossim, entende-se, no presente estudo, ser possível avaliar as hipóteses em que o agente garantidor não possuia conhecimento do cometimento de prática delitiva na estrutura organizacional da qual tem deveres de vigilância – já que, por vezes, em razão de extensa cadeia hierárquica vertical das estruturas empresariais, o agente não tem domínio sobre a situação – daquelas em que ele propostitadamente se furtou de obter conhecimento, por ser este trabalhoso ou economicamente desinteressante.

---

[302] Aqui faz-se menção à teoria da inferencialidade do dolo, proposta por Eduardo Viana. VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017.

[303] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 256.

[304] GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada.* 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023, p. 139.

[305] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 256.

E uma vez verificada que essa última hipótese se amolda ao caso concreto, não seria possível considerá-la irracional, sob pena de violação ao princípio da culpabilidade, a demonstrar, uma vez mais, possível normativização exacerbada do conceito de dolo.

Deste modo, adota-se no presente estudo a perspectiva *puppeana* da teoria do perigo doloso com os adendos propostos por Eduardo Viana, uma vez que estes desconsideram a vontade e o conhecimento, no sentido psicológico-descritivo, pois o faz à luz do que é conhecido subjetiva e empiricamente pelo sujeito, com base em critérios objetivos e, pois, normativos.

Defende-se que a teorida da cegueira deliberada poderia ser aplicada no Brasil – à despeito das diferenças desenvolvidas alhures entre *knowledge* e conhecimento – se constatada (i) efetiva representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de determinado tipo penal; e (ii) verdadeira valoração de critérios objetivos aptos a atribuir ao indivíduo a realização dolosa.[306]

Assim, à luz do quanto acima exposto, cabe defender: (i) que o dolo não pode ser definido como conhecimento na sua concepção psicológica-descritiva, nem como vontade, mas como um instituto normativo e embasado em fatos objetivos de cada caso concreto; (ii) que o conhecimento não pode ser desconsiderado para fins de análise da conduta do agente garantidor, pois intrínseco ao sistema jurídico-penal brasileiro; (iii) que o conhecimento deve ser valorado, objetivamente, a partir de um plexo de cirscuntâncias objetivas e empíricas; (iv) que, para além do conhecimento, o agente garantidor deve ter domínio factível sobre as condutas praticadas no âmbito da atividade empresarial; e (v) por fim, há de se exercer o juízo objetivo de reproche doloso sobre a conduta omissiva do garante no contexto empresarial que nada faz para impedir um resultado típico, quando lhe era possível ter previsto referido perigo em momento anterior.

[306] VIANA, Eduardo. *Dolo Como Processo Cognitivo.* São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 294/295.

CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do desenvolvimento do presente estudo, a estruturação da teoria da cegueira deliberada nos países do *common law* não comporta importação, nos mesmos termos, para o contexto do *civil law*, uma vez que este sistema apresenta o instituto do dolo eventual como ferramenta para resolver os casos solucionados naquele sistema a partir da aplicação da chamada *willful blindness.*

Apesar da ausência de necessidade de importação de dada teoria – considerando-se a possibilidade de aplicação do dolo eventual –, os tribunais brasileiros o fazem, ainda que, na visão deste estudo, de maneira indevida. Isso porque, tendo em vista que a legislação brasileira não define o dolo, este constitui tema de muitos debates jurisprudenciais, os quais recaem, inclusive, na possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil.

Pretendeu-se, na presente dissertação, com efeito, delimitar o conceito doutrinário de dolo através de sua análise a partir do conhecimento como um de seus elementos para, assim, propor uma formulação de teoria do dolo que possa, a seu modo, estar relacionada com a teoria da cegueira deliberada.

Apresentou-se, assim, a partir de análise doutrinária, a importância da objetivização do dolo na interpretação de uma situação típica, com vistas a defender que o conhecimento do agente deve ser avaliado a partir de parâmetros normativos. Assim, parte-se de uma premissa de concepção cognitiva do dolo, na qual ele é entendido como o conhecimento do significado típico da ação.

Não se ignora que, embora teorias apresentadas ao longo desta dissertação tenham contribuído para a formulação de um conceito objetivo de dolo, não há um consenso relativo à adoção de critérios seguros para atribuir conhecimento ou vontade com base em parâmetros puramente normativos.

Voltando à temática da ignorância deliberada, mostra-se de rigor a diferenciação entre o conceito de *knowledge* no direito penal estadunidense e o de conhecimento no direito penal brasileiro, a qual, em breve síntese, se dá da seguinte forma: (i) no sistema dos Estados Unidos, o *knowledge* faz referência ao conhecimento efetivo do agente relacionado à prática delitiva, o qual deve englobar a natureza da conduta, as suas circunstância e uma "quase-certeza" da concretização de um resultado criminoso; (ii) no Brasil, por outro lado, o conhecimento pode levar à responsabilização tanto por dolo quanto por culpa, dependendo das circunstâncias.

Isso significa que, no Brasil, se o autor tem pleno conhecimento sobre a conduta e demonstra compromisso em produzir um resultado lesivo, há dolo. De outra forma, se o autor apresenta conhecimento do risco de sua conduta, mas não tem pleno domínio sobre seus desdobramentos e se verifica uma capacidade do agente de evitar o resultado, pode haver responsabilização por culpa, desde que haja previsão legal.

A jurisprudência estadunidense introduziu em seu sistema a teoria da cegueira deliberada para lidar com casos em que os acusados alegam desconhecimento intencional dos fatos. Essa teoria estabelece que a ignorância deliberada do agente teria as mesmas consequências jurídicas do conhecimento efetivo. No entanto, no Brasil, não é possível equiparar situações de desconhecimento àquelas em que há conhecimento real, já que a vedação à analogia in *malam partem* impede que situações de desconhecimento sejam tratadas como de conhecimento.

É nesse ponto que reside a necessidade de definir parâmetros normativos e, de certa forma, objetivos para que se proceda à aferição do conhecimento do agente acerca de determinada prática delitiva. Inexistindo efetivo conhecimento, não há que se falar na configuração de hipótese dolosa.

Ao realizar o recorte metodológico para, ao final, proceder-se à análise da imputação dolosa aos dirigentes de empresa em crimes omissivos impróprios a partir da teoria da cegueira deliberada, passou-se a dispor sobre os delitos omissivos, com especial relevância do exame dos crimes omissivos impróprios e da posição de garantidor a eles atrelada, com a devida delimitação objetiva e subjetiva de tal figura.

Isso porque, a responsabilização de agentes nos crimes omissivos impróprios constitui um tema que abarca diversas nuances e possui notável relevância para o direito penal. A identificação do agente garantidor deve, pois, observar justificação material relacionada ao efetivo dever de garantia: é necessário considerar uma verdadeira proximidade entre o garante e o bem jurídico protegido (garantes de proteção) ou a fonte de perigo (garantes de vigilância).

Desta forma, incumbe ao garante tomar todas as providências cabíveis para impedir a concretização de um resultado típico, desde que este esteja relacionado aos bens jurídicos que ele deve proteger (garantes de proteção) ou que decorra de uma fonte de perigo que cabe a ele vigiar (garantes de vigilância).

Aqui é importante mencionar, uma vez mais, que o conhecimento consiste em elemento essencial para tornar dolosa – ou até mesmo culposa – a conduta praticada por um garante, exigindo-se que este reconheça os dados factuais da situação de perigo que

aciona o seu dever de agir. Como disposto alhures, o garante deve ter conhecimento efetivo de todas as circunstâncias do tipo omissivo impróprio, tais como os pressupostos de fato da posição de garantidor, a situação típica de perigo, a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de fazê-lo, o nexo de causalidade e a imputação objetiva do resultado.[307]

No contexto empresarial, tem-se a própria empresa como uma fonte de perigo, de modo que o seu representante (leia-se, o responsável pela empresa, que mantém com referida estrutura uma relação de controle efetivamente exercido) é o seu garante de vigilância, o que fundamenta o dever de vigiar a empresa para que dela não decorram situações típicas.

Ocorre que a fragmentação da informação – usualmente observada no âmbito empresarial e corporativo – cria desafios adicionais para a responsabilização do garante. Isso porque, a delegação de trabalho resulta em um fluxo fragmentado de informações, de modo que, apesar de os dirigentes empresariais tomarem as necessárias decisões para a atividade econômica da empresa, estes possuem limitado acesso às informações coletadas por funcionários de níveis hierárquicos inferiores.

Assim, os delitos omissivos impróprios, no âmbito empresarial, apresentam desafios significativos no que diz respeito à configuração do dolo, já que a estrutura organizacional das empresas, que, muitas vezes, contam com divisão de tarefas e distância física entre o garante e os fatos típicos, dificulta o conhecimento da situação de perigo pelo agente responsável pela tutela do bem jurídico, qual seja, o garante.

A resposta jurídico-penal a essa problemática exige uma avaliação cuidadosa do grau de conhecimento necessário para configurar conduta dolosa, bem como das consequências jurídicas relacionadas aos diferentes graus de "desconhecimento".

É fundamental, pois, distinguir as situações nas quais o garante possui controle sobre os fatos daquelas em que ele não o possui. Até porque, a teoria da cegueira deliberada poderia ser aplicada somente nas hipóteses em que o agente, de forma nitidamente consciente, adota medidas voltadas a evitar que os indícios de uma possível conduta criminosa que possua relação com a atividade econômica da empresa sobre a qual possui dever de vigilância cheguem até ele, principalmente nos casos em que

[307] ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 286.

referidos indícios seriam plenamente acessíveis caso o agente não criasse uma barreira para inibir o seu conhecimento sobre os fatos.

Portanto, diante da complexidade para reconhecer práticas dolosas nos delitos omissivos impróprios praticados em um contexto empresarial, é necessário repensar as abordagens legais e promover ações que incentivem a transparência e a busca ativa de informações por parte dos garantes. A conscientização sobre a cegueira deliberada e seus efeitos na responsabilização penal dos agentes garantidores torna-se crucial para garantir a efetividade da justiça nos casos de crimes omissivos impróprios no âmbito empresarial.

Pois bem.

Ao associar todos os segmentos temáticos abordados neste estudo, na tentativa – ainda que sem a menor pretensão de esgotar a matéria – de apresentar uma proposta de imputação dolosa da cegueira deliberada do garantidor, é possível fundamentar que a noção de domínio pessoal do agente sobre um fato está diretamente relacionada à responsabilidade subjetiva, à qual ainda se somaria o estabelecimento legal desse dever.

Defende-se, pois, no que atine ao tema ventilado, que o agente garantidor só pode ser responsabilizado por aquilo sobre o que ele, de fato, possui domínio, não se verificando responsabilização deste por uma situação que ele não poderia impedir.

O objeto do dolo não se limita ao conhecimento ou à vontade do agente, mas engloba também o conjunto de circunstâncias fáticas que correspondem à ação, refutando-se, pois, qualquer teoria psicológico-descritiva para fins de imputação por dolo.

Cabe ao Direito e não ao indivíduo analisar se a conduta praticada se encaixa no tipo penal doloso, já que constitui juízo objetivo trazido pelo Direito, e não subjetivo trazido pelo sujeito.

Aduziu-se, pois, os conceitos trazidos por Barberá, os quais funcionariam como uma espécie de filtro para os elementos empíricos, quais sejam: (i) o elemento empírico deve estar apto a influir no grau de previsibilidade do afastamento da norma penal; e (ii) os estados mentais do indivíduo apenas servirão de embasamento para a configuração do dolo se forem racionais.

O mencionado autor assevera que, se o estado mental formulado pelo agente de forma irracional for apto a influir no juízo de reprovação, a irracionalidade também contaminará esse juízo, que perderá seu caráter objetivo e passará a representar uma reprovação pessoal, dosada por uma pessoa específica, que deve se ater ao juízo de culpabilidade e não à tipicidade – no qual se encontra o dolo.

Aqui, apesar de não se ignorar a relevância do estudo de Barberá (até porque o presente estudo valida grande parte de suas conclusões), conclui-se que, no sistema jurídico-penal pátrio, não é possível aplicar o segundo "filtro" por ele apresentado e, pois, afastar o conhecimento da análise da conduta do agente, por entendê-lo irracional, ainda que seja para defini-la como atípica.

Isso porque, o conhecimento e o domínio da situação típica, por parte do agente garantidor, são elementos essenciais à análise da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. Uma vez constatado o conhecimento do garante sobre o fato típico e seu domínio sobre a situação, não há como se desconsiderar referidos institutos para tornar a conduta atípica, sob pena de exacerbada normativização do dolo.

Como se viu, a posição de garantia vincula-se aos deveres específicos atribuídos aos agentes que ocupam essa função. Assim, a ignorância (proposital ou não) do garante quanto à situação típica relacionada à atividade de sua empresa deve ser devidamente demonstrada, com base em elementos objetivos e empíricos, a fim de se aferir se houve compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.

O que se conclui, pois, é que a admissão da cegueira deliberada como forma de fundamentar a responsabilidade penal, deve se ater a parâmetros objetivos – inclusive de domínio e conhecimento –, de modo que o juízo objetivo de reproche doloso sobre o garante que, no contexto empresarial, deixa de impedir um resultado típico, verificar-se-ia apenas nas hipóteses em que for possível se depreender que havia uma possibilidade objetiva de previsão *ex ante* pelo garante do resultado típico.

Como disposto alhures, o perigo doloso deve ser objetivamente valorado por um sensato observador externo, o qual, à luz de determinados critérios, esteja em condições de inferir o dolo e afirmar que o agente firmou um compromisso cognitivo com o perigo.

Defende-se, à luz da tese de Eduardo Viana, que a teorida da cegueira deliberada poderia ser aplicada no Brasil se constatada (i) efetiva representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de determinado tipo penal; e (ii) verdadeira valoração de critérios objetivos aptos a atribuir ao indivíduo a realização dolosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAL, Bruno Fontenele. Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3193, 29 mar. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21395>. Acesso em 30 de abril de 2020.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Trad. José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico penal supraindividual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARBERÁ, Gabriel Péréz. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo à Lei 9.613/1998. In: MOSER, Manoela Pereira. *The willful blindness doctrine in the economic law*. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/94.> Acesso em 20 de maio de 2023.

BECK, Francis Rafael. *A doutrina da cegueira deliberada e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 41, p 45-68, set. 2011.

BECK, Rafael Francis. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral 1. 23ª edição revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de setembro de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro. Acesso: 09 jun. 2023.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APN 470/MG*. Revista dos Tribunais, v. 933, p. 383–400, 2013.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Tomo 2 - fato punível. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BURGEL, Letícia. *A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 129, p. 479–505, 2017.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. Vol 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf*. Disponível em: http://www.coaf.fazenda.gov.br. Acesso: 28 de maio de 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 07 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 03 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso: 08 jun. 2023.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 5ª Região. 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. *Ação Penal* nº 2005.81.00.014586-0. Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio. Data de Julgamento: 28 de junho de 2007. Disponível em: http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598. Acesso: 10 mar. 2020.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau da 4ª Região. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Ação Penal* nº 501340559.2016.4.04.7000/PR. Juiz Federal Sérgio Fernando Mouro. Data do Julgamento: 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf. Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470/MG* – Plenário. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ato Informativo nº 684*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm. Acesso: 28 abril 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 73338*, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996 PP-51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00270. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur30524/false. Acesso: 09 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal 5520-CE. *Ementa*: Furto Qualificado à Caixa-Forte do Banco Central em Fortaleza. Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso: 10 mar. 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada (willful blindness)*. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21395/breves-comentarios-sobre-a-teoria-da-cegueira-deliberada-willful-blindness-doctrine. Acesso em 20 de abril de 2020.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo Judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais:* RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 17-35, jul. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111475. Acesso: 09 jun. 2023.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CEREZO MIR, José. Derecho penal: parte general. São Paulo: RT, 2007.

CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. *Texas Law Review*, v. 70, n. 6, p. 1351–1429, 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754. Acesso: 9 jun. 2023.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível.* 3. ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direto penal:* parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA PARA O CONTROLE DE ABUSO DE DROGAS. *Regulamento Modelo Sobre Delitos de Lavagem de Ativos Relacionados ao Tráfico de Drogas e Outros Delitos Graves.* Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/ag03/agres1949.htm. Acesso: 09 jun. 2023.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da Cegueira Deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 11, n. 122, ago. 2016.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Crimes omissivos impróprios*: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades

anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica*: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Lucas Pardini. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/DIRS-BCA267. Acesso: 09 jun 2023.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. IX–XIX.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António. Líber amicorum *de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Comentario al artículo de Ramón Ragués. Trad. María Valentina Risso. *Discusiones XIII*, Buenos Aires, EdiUNS, v. 13, n. 2, p. 67–78, 2013.

_____. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS *et al*. (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885–903.

HAMDANI, Assaf. Mens Rea and the Cost of Ignorance. *Virginia Law Review*, v. 93, 2007. p. 425-6. Disponível em: https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/415.pdf. Acesso: 09 jun. 2023.

HEFFERNAN, Margaret. *Willful blindness*: why we ignore the obvious at our peril. Nova York: Bloomsbury, 2012.

HERNANDES, Camila Ribeiro; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada*: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Compendi Law Review*, Braga, v. 3, n. 2 (2017), p. 441-461. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/0. Acesso: 9 jun. 2023.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JAKOBS, Günter. *Acción e omissón em Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras et al. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardente. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume I: parte geral*. São Paulo. Saraiva, 2011.

JUNIOR, Miguel Reale. *Instituições de Direito Penal:* parte geral. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal:* parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KAUFFMAN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

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

KLEIN, Ana Luiza. *A doutrina da Cegueira Deliberada aplicada ao crime de Lavagem de Capitais no Direito Penal Brasileiro.* Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais III. Dezembro, 2012.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, v. 204, p. 10–11, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Comentada*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 294-295.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTINS, Luiza Faria. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 55, p. 135-162. Disponível em: https://www.itecrs.org/en/edicoes/ano:2014/titulo:v12n55p135-162. Acesso: 09 jun. 2023.

MAURACH, Reihart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral. Art. 1º ao 120 do CP*. 21ª edição, São Paulo. Editora Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo do crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal* / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal*: hacia la "exteriorización de lo interno". Barcelona: Atelier, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Argumento analógico em matéria penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 1, p. 185–94, 2011.

_____. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. *Comentários ao Código Penal:* jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa.* Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el processo penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Rámon. *La ignorância deliberada em Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber*, Sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Estudos de dogmática jurídico-penal*: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 245–59.

RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRÍGUEZ MESA, Maria José. *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

ROXIN, Claus. Strafrecht: *Allgemeneir Teil*. v. 1. 4.ed. München: C.H. Beck, 2006. *apud* LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 140.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em Direito Penal*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general. Tomo II. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2008.

_____. Prólogo. Trad. José Milton Peralta e Gabriel Pérez Barberá. In: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 31–3.

SANTOS, Ana Cláudia Ribeiro. *A Cegueira Deliberada no Delito de Lavagem de Capitais*, 2018. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj591483.pdf/consult/cj591483.pdf. Acesso em 15 de março de 2020.

SARAIVA, Ingrid Belian. *A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens.* 2016. Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2159. Acesso: 09 jun. 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Limites de Los Delitos de Omisión Impropria*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*: Concepto y Sistema. 2ª ed. Buenos Aires, Montevidéu: B de F, 2003.

SILVA SANCHÉZ, Jésus de. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 122, p. 255–80, 2016.

_____. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, v. 246, p. 3–4, 2013.

_____. *Direito penal empresarial*: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRECK, Lênio Luís. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. *Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná*. Dez./2015. p. 201/2019. Disponível em http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf. Acesso: 20 abril 2020.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. 3.ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v.2. t.I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015.