

PREFÁCIO

O livro de Pierpaolo Bottini é um dos raros exemplos em que me convenço por prefaciá-lo um trabalho que não orientei nem ao menos informalmente. Isso tem razões bastante concretas, que dizem respeito não apenas à obra, como também à pessoa de Bottini.

O tema do livro é a omissão, que começa a ser verdadeiramente descoberta pelo direito penal brasileiro (cf. apenas duas outras monografias da presente coleção, uma de Heloísa Estellita, outra de minha autoria). Enquanto a doutrina das gerações anteriores se ocupava primariamente da estéril pergunta sobre se a omissão poderia ser causa, o presente trabalho tem por objeto o mais urgente problema que a omissão coloca para quem se veja na posição de aplicar o Código Penal brasileiro: a do conteúdo das posições de garantidor, isto é, do “dever de agir” nos termos do art. 13, § 2.º, desse diploma legal.

O leitor talvez pergunte: não basta abrir a lei? Ela mesma especifica, em três alíneas, quando surge esse dever! – Bom seria que tudo fosse tão fácil. A alínea *a* do citado artigo dispõe, por exemplo, que esse dever incumbe a quem “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”. A lei das leis, a Constituição Federal, afirma que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229). Será que isso significa que o filho, que há anos mudou-se para outra cidade, e que, diante da notícia de súbita enfermidade do pai, não se mova à busca de um médico, responderá por lesões corporais ou por homicídio, como se tivesse provocado esses resultados com os próprios punhos, isto é, comissivamente? Tal parece francamente contraintuitivo.

Bottini passa em revista as várias respostas construídas pela doutrina, em especial alemã e espanhola, para em seguida propor um modelo original e merecedor de uma reflexão crítica mais detida. Esse modelo, que não posso aqui expor, baseia-se na distinção entre duas classes de riscos, os próprios e os alheios. Bottini

crê possível formular condições diferenciadas de responsabilização do omissor, a depender de se o risco que a ele incumbia neutralizar havia sido criado por ele mesmo ou por outro.

Passo, agora, à pessoa do autor, a quem conheço desde a época em que ele escrevia seu trabalho sobre os crimes de perigo abstrato. Impressiona-me, sobretudo, a sua capacidade de produzir um livro do presente quilate, ao mesmo tempo em que é professor, pai de uma linda família e advogado do mais alto cabedal. Oxalá possa o presente trabalho obter a atenção que merece e que estimule Bottini a seguir enriquecendo, com ulteriores artigos e monografias, a ciência do direito penal brasileira!

Berlim, setembro de 2018.

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt, de Berlim.

APRESENTAÇÃO

Coube a mim a lisonja especial de apresentar ao leitor esta obra e, assim, servir-lhe de intermediária entre as palavras de meu professor e amigo, *Luís Greco*, e a tese de livre docência, em forma de livro, de meu importante interlocutor e, igualmente, amigo, *Pierpaolo Cruz Bottini*.

Desde sua primeira obra, *Pierpaolo* vem endereçando seus trabalhos monográficos a temas essencialmente associados a problemas próprios da criminalidade econômica e de empresa. A estrutura dos crimes de perigo abstrato é talvez uma das mais utilizadas para a construção dos tipos do direito penal econômico e foi objeto de seu primeiro livro, *Crimes de perigo abstrato*. A lavagem de capitais – hoje, mais do que nunca, figura típica central associada a tal criminalidade – agiganta-se na mesma velocidade com a qual cresce a obra *Lavagem de dinheiro*, já em sua 3ª edição, e que *Pierpaolo* assina em coautoria com *Gustavo Badaró*. Agora tem em mãos o leitor uma obra que olha para a Parte Geral do Direito Penal com os olhos de quem evidentemente a observa pela lente da criminalidade de empresa. Os dois trabalhos citados por *Luís Greco* no prefácio -- um dele, outro meu --, são o testemunho de como o tema da omissão imprópria assume significado especial no âmbito fragmentado da criminalidade de empresa. Embora *Pierpaolo* insista que este seu trabalho não tem por objeto problemas dessa seara, verdade é que pavimentava o caminho para a oferta de respostas a questões que são centrais a esse tipo de criminalidade, como deixa claro o derradeiro capítulo, no qual discute a responsabilidade pelo produto e a responsabilidade pela conduta de terceiros, temas que têm seu habitat natural justamente na interface entre categorias da dogmática da Parte Geral e a criminalidade econômica.

Para que possa oferecer essas respostas, o leitor será conduzido pela dogmática da omissão penalmente relevante, desde seus lineamentos gerais, nos Capítulos I e II, até a discussão das principais propostas de fundamentação da omissão imprópria, no Capítulo III. E, então, fará um mergulho no tema da ingerência, tema

do Capítulo IV e ponto central da construção do autor, cujo tratamento detido e extenso é inédito entre nós, como também é inédita a proposta de dividir o fundamento da posição de garante a partir da fonte de criação dos riscos: riscos criados pelo próprio garante (ingerência) ou riscos naturais ou criados por terceiros. É verdade que a divisão do fundamento da posição de garante em função do próprio âmbito de organização ou em função da integração a uma instituição social fundamental recebeu desenvolvimento especialmente pelas mãos de *Jakobs* e é inegável que o *Pierpaolo* se inspirou nesse modelo para a proposta aqui apresentada. Mas seu entendimento se aparta daquele do autor alemão em pontos importantes, como, por exemplo, no da fundamentação da posição de garante por riscos alheios, que o professor alemão vê na proteção de instituições e *Pierpaolo* na proteção de bens jurídicos. A posição de garante por ingerência, por sua vez, está assentada no dever de não lesar e também na confiança criada na comunidade de que o responsável pela desestabilização do foco de perigo o restituirá aos patamares tolerados, esses os fundamentos para a equiparação da omissão à ação.

Assim, a criação de riscos próprios dá origem a um dever de agir fundado na ideia de não lesão. Nesse âmbito, ação e omissão são equiparáveis sob o ponto de vista normativo, embora não, evidentemente, sob o ponto de vista ontológico. Essa equivalência leva *Pierpaolo* a afirmar que, nesses casos, ambas as formas de comportamento já estão compreendidas no tipo penal, sendo desnecessária uma cláusula expressa. Já na seara dos riscos alheios, nos quais a ordem jurídica convoca o garante com base em um dever de solidariedade, é necessária ou a criação de um tipo omissivo próprio ou, então, o recurso a uma cláusula geral. Isso o leva a apoiar a posição de garante por riscos alheios nas alíneas *a* e *b* do § 2º do art. 13 do CP e a posição de garante por riscos próprios na alínea *c* do mesmo dispositivo.

No derradeiro Capítulo V, *Pierpaolo* trata de aplicar o modelo proposto a questões concretas, no melhor estilo de uma dogmática consequente, que se propõe a resolver problemas concretos sacados da realidade dos jurisdicionados. Aqui são tratados temas que afetam o dia-a-dia de qualquer atividade econômica minimamente estruturada na forma de empresa, como a responsabilidade pelo produto – com destaque para a discussão do famoso caso do spray de couro (BGHSt 37, 106) –, e a delegação, exoneração e transferência de risco em estruturas horizontais e/ou verticais. Por fim, enfrenta o tema polêmico da interrupção de cursos causais salvadores, como sucederia caso o diretor de uma empresa interrompesse o processo de *recall* de um produto defeituoso, âmbito no qual se discute se se está diante de uma ação ou de uma omissão e, neste segundo caso, se se trata de omissão própria (de socorro) ou imprópria.

Com isso, termino esta apresentação e deixo que o leitor siga com *Pierpaolo* pelos passos que levam à solução proposta pelo autor para esses relevantes problemas.

HELOISA ESTELLITA

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e coordenadora do Grupo de Ensino e Pesquisa em Direito Penal Econômico na mesma instituição.

SUMÁRIO

PREFÁCIO – LUÍS GRECO.....	11
INTRODUÇÃO	19

CAPÍTULO I

Premissas conceituais

1. Introdução	21
2. Da omissão como categoria do comportamento humano	22
2.1 Breve exposição das posições doutrinárias	22
2.1.1. Precursores	22
2.1.2. A omissão ontológica.....	24
2.1.3. Retorno ao normativismo.....	25
2.1.4. A unidade conceitual e propostas similares	26
2.2 Posicionamento	27
3. Da omissão juridicamente relevante	31
3.1 Da expectativa jurídica.....	31
3.2 Da legalidade e outros princípios	35
3.3 Do bem jurídico como elemento teleológico	37
3.4 Da capacidade de ação	40
3.4.1 Da capacidade física.....	41
3.4.2 Da cognoscibilidade do contexto fático.....	44

CAPÍTULO II

Crimes omissivos próprios e impróprios

1. Introdução	49
2. Propostas de classificação	50
2.1 Resultado e mera conduta.....	50
2.2 Previsão legal expressa.....	52
2.3 Norma proibitiva / mandamental.....	52
2.4 Distinção ontológica.....	53
2.5 Critério normativo de Roxin.....	54
2.6 Distinção pelo dever de garante	55
2.7 Concepções tripartites	57
3. Posicionamento	58

CAPÍTULO III

**Crimes omissivos impróprios:
fundamento da imputação do resultado típico**

1. Introdução	61
2. Propostas de fundamentação da omissão imprópria	62
2.1 Causalismo	62
2.1.1 Considerações gerais.....	62
2.1.2 Teoria da conduta precedente	63
2.1.3 Teoria da causalidade própria da omissão	65
2.2 Teoria do dever formal	69
2.3 Teorias do dever de garante.....	73
2.3.1 Considerações gerais.....	73
2.3.2 Teoria da normalidade e dependência.....	74
2.3.3 Teoria das funções (Armin Kaufmann)	75
2.3.4 Teorias sociológicas.....	80
2.3.5 Teoria das instâncias de proteção	82
2.3.6 Teoria da confiança	83
2.4 Teorias do domínio.....	83

2.4.1 Schünemann	83
2.4.2 Gimbernat Ordeig	89
2.4.3 Gracia Martín	91
2.5 Roxin e os delitos de infração de dever.....	92
2.6 Teorias unificadoras	94
2.6.1 Linhas gerais	94
2.6.2 Herzberg	95
2.6.3 Jakobs.....	97
2.7 Proposta de Silva Sánchez.....	104
3. Posicionamento	109
3.1 Omissão imprópria e tipicidade.....	109
3.2 Omissão e riscos próprios	115
3.3 Omissão e riscos alheios.....	117
4. Técnicas legislativas	119
5. Da utilidade da classificação da omissão imprópria proposta e sua aplicação na seara empresarial	128
6. Imputação do resultado	134
6.1 A teoria da imputação objetiva	134
6.2 Criação de um risco não permitido	136
6.3 Desdobramento do risco não permitido no resultado	137
6.4 Do âmbito de abrangência da norma de cuidado	137
6.5 Da capacidade de agir	138
7. Adequação típica	139
7.1 Da omissão nos crimes de perigo abstrato ou de ação determinada	139
7.2 Da omissão nos tipos penais mistos	140
8. Conclusão parcial.....	141

CAPÍTULO IV

Da ingerência

1. Introdução	143
2. Propostas dogmáticas.....	144

2.1	Introdução.....	144
2.2	Ingerência e causalismo.....	145
2.3	Ingerência e a teoria dos deveres formais	146
2.4	Ingerência e teorias do dever de garante	147
2.5	A negação da ingerência.....	148
2.6	Ingerência como comissão	152
2.7	Roxin e a ingerência	153
2.8	Ingerência e as teorias unificadoras.....	153
2.9	Silva Sánchez e a ingerência	155
2.10	Dopico Gómez-Aller e a ingerência.....	157
3.	Posicionamento	160
3.1	Introdução.....	160
3.2	Do risco na ingerência: caráter e natureza.....	163
3.2.1	Da conduta inicial	163
3.2.1	Da natureza do risco na ingerência	168
3.3	Do risco na ingerência: o dever de controle	174
3.3.1	Aspectos gerais	174
3.3.2	Riscos permitidos e não permitidos	178
3.3.3	Dever de controle na seara empresarial	186
3.3.4	Conclusão parcial.....	190
3.4	Do risco na ingerência: o dever de salvamento.....	191
3.4.1	Do caráter <i>não permitido</i> do risco inicial.....	191
3.4.2	Do dever de salvamento na seara empresarial	198
3.4.3	Da equivalência entre <i>dever de controle</i> e <i>dever de salvamento</i>	200
3.4.4	Do problema do <i>dolo subsequente</i>	207
3.4.5	Da compatibilidade legislativa.....	209
3.4.6	Conclusão parcial.....	212
3.5	Da capacidade de agir conforme a norma	213
3.6	Da omissão como condição negativa do resultado.....	215
3.6.1	Propostas dogmáticas.....	215

3.6.2 Posicionamento	228
3.7 Do âmbito de abrangência da norma violada	238
3.8 Do elemento subjetivo na ingerência	243
4. Ingerência e causas de justificação	248
4. Conclusão.....	253

CAPÍTULO V

Aplicação do modelo proposto

1. Introdução	255
2. Da responsabilidade pelo produto.....	255
3. Da responsabilidade pela conduta de terceiros (condutas complementares, delegação e transferência).....	262
3.1 Das condutas complementares	262
3.2 Da ingerência e das atividades delegadas.....	270
3.2.1 Aspectos gerais	270
3.2.2 Da delegação do dever de controle	272
i) Delegação do controle de riscos permitidos e não permitidos	272
ii) Dos deveres residuais do delegante	274
3.2.3 Da delegação do dever de salvamento	279
3.2.4 Constelação de casos.....	280
3.2.5 Conclusão parcial.....	283
3.3 Dos atos de transferência de risco	284
4. Da interrupção de cursos causais salvadores	288
CONCLUSÕES	297
BIBLIOGRAFIA	301