

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

ANNA JULIA MENEZES RODRIGUES

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO CHEFE DO EXECUTIVO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA**

São Paulo

2023

ANNA JULIA MENEZES RODRIGUES

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO CHEFE DO EXECUTIVO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Lima Scalcon

São Paulo

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Rodrigues, Anna Julia Menezes.

A posição de garantidor do chefe do executivo na administração pública direta / Anna Julia Menezes Rodrigues. - 2023.

94 f.

Orientador: Raquel Lima Scalcon.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Direito penal - Brasil. 2. Poder executivo. 3. Responsabilidade penal. 4. Crime por omissão. I. Scalcon, Raquel Lima. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 343(81)

ANNA JULIA MENEZES RODRIGUES

**A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO CHEFE DO EXECUTIVO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da Professora Dra. Raquel Lima Scalcon.

Área de concentração: Direito Penal

Data de aprovação: 01/02/2023

Banca examinadora:

Profa. Dra. Raquel Lima Scalcon (Orientadora)
FGV DIREITO-SP

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali
FGV DIREITO-SP

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
UFRGS

Aos meus pais, Arlene e Arleto, pelos exemplos, esforços e ensinamentos de vida.

À minha irmã Arucha, pela amizade e companheirismo, em tudo, para sempre.

Ao meu namorado Luciano, pelo amor, apoio, companheirismo, compreensão e por estar sempre ao meu lado.

Ao Lebron, pela lealdade e companhia, a qualquer hora.

À minha avó Maria Adelaide (em memória), que é o meu maior exemplo de força e dedicação, e quem me mostrou ser possível tornar um sonho em realidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha orientadora, Raquel Lima Scalcon, pelos ensinamentos, apoio, confiança e parceira.

Agradeço à professora Heloisa Estellita, pela disponibilidade e cuidado com seus alunos.

Agradeço especialmente aos professores Marcelo Costenaro Cavali e Rafael Da Cás Maffini, componentes da banca examinadora, pelas valiosas recomendações e minuciosa análise.

Agradeço a todos os professores e colegas – que se tornaram verdadeiros amigos e amigas –, essenciais nessa trajetória e que sempre terão um espaço reservado no meu coração.

Por fim, agradeço aos meus pais, à minha irmã, ao meu namorado e à minha sogra, pelo apoio incondicional, paciência e carinho, durante todo o tempo dedicado a este estudo.

RESUMO

O trabalho encontra reduto dogmático e interesse prático nos episódios em que chefes do poder executivo são denunciados em ações penais, sem a observância de premissas essenciais do direito penal. Partindo desse pano de fundo, o recorte do trabalho se dedica a analisar se é possível atribuir a condição de garantidor ao chefe do poder executivo, *in casu* municipal, e, se positivo, qual seria o fundamento material penal que sustentaria essa atribuição. Em síntese, a relevância dogmática deste trabalho, assim como o seu potencial de contribuição na prática do direito penal, é fruto da concepção irrefletida que o chefe do executivo, por ser a autoridade máxima da administração pública direta, possui o dever de vigilância, com relevantes consequências penais, sobre as condutas criminosas praticadas pelos membros de seu governo, sobretudo em se tratando de indivíduos por ele nomeados para o exercício de cargos de confiança, devendo, por esta razão, igualmente ser responsabilizado criminalmente por tais atos. Com isso, o enfoque deste trabalho investiga se essa conclusão irrefletida está correta e por quê. Isso dado que a mera atribuição da condição de garantidor a alguém, por uma posição formal que lhe é atribuída, como é o caso da posição de chefe do poder executivo, não é, aos olhos do direito penal, motivo suficiente para fundamentar a sua posição de garante e, principalmente, dar ensejo à sua responsabilização penal por omissão. É sobre essa inquietude, gerada diante de acusações decorrentes do automatismo de que o Prefeito *deve* responder por tais atos, e pela forma equivocada como vem sendo atribuída essa responsabilidade penal, que se dedica este estudo. Assim, como fruto do contexto exposto, é que surgem as questões que norteiam o trabalho, sendo elas: o chefe do poder executivo municipal ocupa a posição de garantidor em face das condutas criminosas praticadas por seus Secretários nomeados, durante a sua administração? Se positivo, sob quais fundamentos?

Palavras-chave: Direito Penal. Dever de garantidor. Responsabilidade penal por omissão imprópria. Chefe do Poder Executivo.

ABSTRACT

This paper finds dogmatic redoubt and practical interest in episodes in which we are faced with heads of the executive power being denounced in criminal actions, without the observance of essential premises of criminal law. Based on this background, this paper is dedicated to analyzing whether it is possible to attribute the condition of guarantor – how we call in Brazilian criminal law – to the head of the executive power, *in casu* the mayor, and, if so, what would be the criminal material basis that would support this grant. The dogmatic relevance of this paper, as well as its potential contribution to the practice of criminal law, is the result of the unreflected conception that the chief executive, as the highest authority in the direct public administration, has the duty of vigilance, with relevant criminal consequences, on the criminal conduct practiced by his members of his government, especially in the case of individuals appointed by him to exercise positions of trust, who must, for this reason, also be held criminally responsible for such acts. Thus, the focus of this paper investigates whether this ill-considered conclusion is correct and why. This is given that the mere attribution of the condition of guarantor to someone, due to a formal position that is attributed to him, as is the case of the position of head of the executive branch, is not, in the eyes of criminal law, sufficient reason to base his position of guarantor and, mainly, give rise to its criminal responsibility for omission. This study is dedicated to this concern, generated in the face of accusations arising from the automatism that the mayor must answer for such acts, and the wrong way in which this criminal responsibility has been attributed. Thus, because of the above context, the questions that guide the work arise, namely: Will the head of the municipal executive power occupy the position of guarantor in the face of criminal conduct practiced by his appointed Secretaries, during his administration? If so, on what grounds?

Keywords: Criminal Law. Guarantor Duty. Criminal liability for improper omission. Head of the Executive Power.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O CASO PARADIGMA	11
2.1. A descrição dos fatos.....	14
2.2. A identificação do problema no caso. Análise dogmática e concreta de pontos controversos.....	15
3. O PROBLEMA REFLETIDO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	19
3.1. Exposição dos casos confeccionados a partir de precedentes reais.....	22
3.2. Diagnóstico e conclusão parcial.....	24
4. UM PANORAMA GERAL DOS FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA	30
4.1. Breves considerações sobre os fundamentos para a imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria	30
4.2. Omissão imprópria <i>versus</i> Omissão própria	31
4.2.1. Resultado parcial: A responsabilidade penal por omissão imprópria e a necessária presença de um sujeito garantidor	34
4.3. A cláusula de equiparação prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro	36
5. O EXAME DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL	40
5.1. Breves considerações sobre a posição de garantidor	41
5.2. O critério material penal como fundamento para a igualdade da resposta penal	43
5.3. A posição de garantidor e suas espécies	47
5.4. Elementos que fundamentam a fixação do critério material da posição de garantidor do chefe do Poder Executivo municipal	48
5.4.1. Noções básicas de Administração pública sob a ótica de proteção do bem jurídico probidade da administração e da vigilância sobre a fonte de perigo	50
5.4.2. A lei orgânica municipal como balizadora dos deveres e obrigações do chefe do Poder Executivo municipal.....	53
5.4.3. A estrutura verticalizada da administração pública direta	56
5.4.4. A desconcentração administrativa e o seu impacto no contexto do caso paradigma.....	59

5.4.5. Os reflexos dos poderes do chefe do Executivo perante seus subordinados diretos, sob o ponto de vista da posição de autoridade delegante.....	62
5.4.5.1. A Secretaria Municipal como fonte de perigo	62
5.5. A espécie de garantidor adequada ao chefe do Poder Executivo municipal e seu fundamento material.....	68
5.6. Conclusões parciais	74
6. PROPOSTA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA	77
6.1. Critérios para determinar a posição de garantidor do chefe do poder executivo, à luz do caso paradigma	77
6.1.1. A materialização do controle do chefe do Executivo, à luz do caso concreto ...	78
6.1.2. O Prefeito Municipal como garantidor originário	82
6.1.3. Verificação da solução proposta no caso paradigma.....	85
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS.....	91

1. INTRODUÇÃO

Cada vez se torna mais comum chefes do poder executivo denunciados em ações penais, sem a observância de premissas essenciais do direito penal. Partindo desse pano de fundo, o recorte do trabalho se dedica a analisar se é possível atribuir a condição de garantidor ao chefe do poder executivo, e, se positivo, qual o fundamento material penal que justifica essa atribuição.

Isso dado que a presença do agente garantidor representa uma das elementares do tipo objetivo na omissão imprópria. Logo, considerando que nos precedentes reais que inspiraram os casos abordados neste trabalho a imputação deve ocorrer através dessa espécie de responsabilização penal, a verificação da possibilidade de atribuir ao agente a posição de garante é condição indispensável para a continuidade da análise acerca da sua responsabilidade penal.

O nosso estudo analisará se há pressupostos materiais capazes de fundamentar a posição de garantidor do chefe do poder executivo municipal em nosso direito positivo, para fins penais, e, subsequentemente, se haveria um dever concreto de agir para evitar o resultado típico.

Este trabalho possui relevância dogmática, e sobretudo prática, visto que suas conclusões têm o potencial de contribuir para o tema nas três camadas do Poder Executivo (Municipal, Estadual e Federal); salvas as distinções da legislação aplicável ao caso concreto.

Isso dado que a ideia automática de que o chefe do Executivo, por ser a autoridade máxima da administração pública direta, possui o dever de vigilância, com relevantes consequências penais, sobre *todos os atos* criminosos praticados pelos membros de seu governo, sobretudo em se tratando de indivíduos por ele nomeados para o exercício de cargos de confiança, devendo, por esta razão, ser igualmente responsabilizado criminalmente, de forma solidária, é algo que se verifica em todas as camadas Poder Executivo.

Assim, analisaremos se essa concepção coletiva está correta e por quê, haja vista que a mera atribuição da condição de garantidor a alguém, pela ocupação de uma posição formal (cargo ou função), não é, aos olhos do direito penal, fundamento apto a justificar a atribuição da posição de garante e, principalmente, dar ensejo à sua responsabilização penal por omissão imprópria.

É sobre essa concepção equivocada, capaz de gerar a errônea imputação jurídico-penal, exclusivamente baseada na violação de um dever jurídico extrapenal, que se dedica esse estudo.

Ao longo do trabalho, ficará claro ao leitor que o tema deste estudo representa uma problemática verificável no judiciário brasileiro, sendo fruto de concepções heterogêneas, especificamente no que diz respeito aos critérios de acusação na estrutura da administração pública direta, em que há um *superior* e seus *subordinados*.

Assim, como resultado desse contexto que surgem as questões que norteiam o trabalho, sendo elas: o chefe do poder executivo municipal ocupa a posição de garantidor em face das condutas criminosas praticadas por seus Secretários nomeados, durante a sua administração? Se positivo, sob quais fundamentos penais?

2. O CASO PARADIGMA

Para o desenvolvimento deste estudo partiremos da análise de um caso concreto construído à luz de situações reais. Para isso, o caso a seguir apresenta uma estrutura simples e com poucos personagens, possuindo somente uma *camada* de distância entre o gestor da administração pública direta¹⁻², que no caso hipotético será o Prefeito do município de Santos/SP³, e o outro indivíduo, que será um secretário que compõe a sua administração.

Isso porque o poder executivo municipal é representado e chefiado pelo prefeito, auxiliado por seus secretários nomeados⁴. Considerando isso, neste trabalho nos utilizaremos também da lei orgânica do município de Santos/SP⁵, tendo em vista que a sua administração é regida pelo referido texto legal⁶.

¹A expressão administração pública é geralmente utilizada para fazer referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa. Para o nosso trabalho adotamos tanto a sua acepção objetiva, que representa o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa, como a subjetiva, face a presença de sujeitos de direito e órgãos que desempenham a função administrativa. Além disso, há o seu enfoque funcional, que define a administração pública como uma espécie de atividade caracterizada pela adoção de providências de diversas naturezas, visando a satisfação de direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 265-266). Nesse ponto, é importante mencionar que o conceito de administração pública ainda é tema de discussão dogmática no âmbito do Direito Administrativo, desde o significado do seu vocábulo até as possíveis distinções analisadas sob o prisma estritamente jurídico e com base nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Em síntese, é importante ao leitor saber que o conceito de administração pública pode variar de acordo com o autor.

²Utilizaremos o termo Administração Pública Direta para indicar o ente político que, por determinação constitucional, é o titular da função administrativa. A Administração direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Já a Administração Pública Indireta, por sua vez, está relacionada à atribuição pelo ente político de uma parcela de suas competências administrativas a outros sujeitos de direito, criados diretamente por lei ou mediante autorização legal. São essas pessoas jurídicas privadas, que não se confundem com entes políticos, que constituem essa chamada administração indireta. (*Id. Ibid.*, p. 273-274).

³Optamos pelo município de Santos/SP por se tratar de um município menor do que, por exemplo, a cidade de São Paulo/SP, mas que possui uma estrutura administrativa devidamente organizada e regulada por lei orgânica municipal, sem, contudo, trazer a mesma complexidade que uma grande metrópole. Tal complexidade ensejaria camadas de análise desnecessárias ao objetivo que se pretende nesse estudo. Além disso, em que pese ser menor, Santos é a maior cidade do litoral do Estado de São Paulo, tendo em sua relevância comercial e nacional o fato de possuir alocado em seu território o maior complexo portuário da América Latina (Fonte: COMPLEXO Portuário de Santos. Disponível em: <https://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/o-porto-de-santos/>. Acesso em: 15 ago. 2022).

⁴Lei Orgânica do Município de Santos/SP, Artigo 50 – “O Poder Executivo é exercido pelo Prefeito Municipal, auxiliado por Secretários Municipais.”

⁵Lei Orgânica do Município de Santos/SP, Art. 1º - “O Município de Santos, em união indissolúvel ao Estado de São Paulo e à República Federativa do Brasil, constituído, dentro do Estado Democrático de Direito em esfera de governo local, no pleno uso de sua autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por esta Lei Orgânica, votada e aprovada pela Câmara Municipal, nos termos assegurados pelas Constituições Federal e Estadual. [...]

§3º - São princípios administrativos do Município, presentes em todos os seus atos: [...] IV. descentralização administrativa.”

⁶Constituição Federal de 1988, Art. 29 – “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a

O intuito é apresentar ao leitor um caso concreto que permita, em um momento posterior, o aprofundamento nos pressupostos penais materiais aptos a fundamentar a posição de garantidor do chefe do poder executivo municipal, caso essa condição seja ao final confirmada. A exposição da situação fática permitirá trazer para a realidade cotidiana o problema prático a que se dedica o estudo, tendo em vista que será com auxílio do caso concreto que o estudo desenvolvido será exposto ao leitor.

De modo preambular, este estudo se dedica a analisar se é possível atribuir a condição de garantidor ao chefe do poder executivo municipal, e, caso positivo, qual é o fundamento dogmático-penal que sustenta essa atribuição.

Isso porque tal condição representa pressuposto primário e essencial para que, posteriormente, possa ser avaliada a possibilidade de lhe atribuir, ou não, a responsabilidade penal por omissão imprópria em situações em que o Prefeito deixa de atuar para evitar a prática de crimes cometidos por membros da administração pública direta da qual está à frente, sendo, *in casu*, por um de seus secretários municipais nomeados.

Em uma análise preliminar é possível que o leitor conclua de imediato que o chefe do poder executivo, por ser a autoridade máxima municipal, tem o dever de vigilância, com relevantes consequências penais, sobre as condutas praticadas pelos seus membros de governo, sobretudo em se tratando de indivíduos por ele nomeados para o exercício de cargos de confiança. Contudo, este estudo investiga se essa conclusão apressada está correta e por quê.

A mera atribuição da condição de garantidor a alguém, por uma posição formal que lhe é atribuída, como é o caso da posição de chefe do poder executivo municipal, não é, aos olhos do direito penal, motivo suficiente para fundamentar a sua posição de garante e, principalmente, dar ensejo à sua responsabilidade penal por omissão. É sobre essa inquietude gerada diante de possíveis acusações fruto do automatismo de que o Prefeito *deve* responder por tais atos e pela forma equivocada como vem sendo atribuída essa responsabilidade penal em situações concretas análogas ao caso concreto, que se dedica esse estudo.

Especificamente sobre esse possível equívoco de imputação, e cuja exposição e análise aprofundadas serão feitas através de casos inspirados por meio de uma espécie de

promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:" [...]

pesquisa empírica⁷ – objeto de tópico próprio –, podemos exemplificá-lo através de uma situação real, em que, por exemplo, a atribuição da responsabilidade penal ao Prefeito municipal, por atos criminosos praticados pela secretária de licitação por ele nomeada, é feita de forma comissiva⁸, mas que, em verdade, da leitura da inicial acusatória, se verifica como motivação o fato de que *o mínimo que se esperava de um agente público (no caso o prefeito municipal) é que realizasse um controle mínimo dos valores contratados por seus subordinados (no caso a chefe do departamento de licitação do município) e dos preços praticados pelo mercado [...]. Mas não foi o que ocorreu. Sua omissão foi dolosa [...]*.⁹

Esse exemplo nos permite notar que não é necessário grande esforço para concluir do trecho destacado que a conduta criminosa imputada ao Prefeito municipal no precedente destacado deveria estar fundamentada na omissão do agente, subsidiada pela regra do artigo 13, parágrafo 2º, alínea “a”, do Código Penal¹⁰. Ao invés disso, a acusação optou por realizar um malabarismo narrativo para tentar descrever uma conduta comissiva inexistente, em esquecimento da via normativa – e dogmática – da omissão imprópria no âmbito da responsabilidade penal.

Em resumo, este estudo não pretende dar ao leitor “*uma nova concepção dogmática sobre os fundamentos da posição de garantidor*”. O que se pretende é analisar se há pressupostos materiais capazes de fundamentar a posição de garantidor do chefe do poder executivo municipal em nosso direito positivo, e, subsequentemente, se haveria um dever concreto de agir.¹¹

⁷Conforme se verá em tópico próprio, a pesquisa mencionada se assemelha mais a um estudo de casos, visto não atender todos os requisitos formais exigidos para que uma pesquisa empírica alcance sua validação científica.

⁸Crime de fraude à licitação, vigente à época dos fatos denunciados e até então previsto no artigo 90, da Lei 8.666/93: “*Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:*” (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021).

⁹BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Penal nº 10015811820188260191. 3ª Vara Criminal do Foro de Ferraz de Vasconcelos/SP. Denúncia oferecida pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) – Núcleo Guarulhos, 20 de abril de 2018, p. 26.

¹⁰Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 319-320: “*A lei a que se refere o art. 13, § 2º, “a”, do Código Penal é aquela derivada do processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, aí se compreendendo as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, os decretos legislativos e as medidas provisórias desde que convertidas em lei.*” Logo, considerando que a posição do prefeito municipal é prevista e regida na lei orgânica municipal, no caso paradigma a lei do município de Santos/SP, assim como na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 29, X, a análise acerca da sua posição de garantidor deve se dar primordialmente com base a alínea “a”.

¹¹A exemplo da obra de ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 36.

O foco da elaboração do caso concreto tem a sua origem na análise da hipótese de que a responsabilização do Prefeito municipal ocorrerá por meio da omissão imprópria. Desse modo, abordaremos o problema através de uma situação que trará em sua narrativa a ocorrência de um crime relacionado à certames licitatórios, praticado por um de seus secretários, iniciado e consumado durante o seu mandato.

Assim, o objetivo é analisar a configuração (ou não) de uma posição de garantidor perante o bem jurídico tutelado, que no contexto em questão será nomeado de *probidade da administração pública*¹². E, em caso positivo, sob quais fundamentos materiais a atribuição dessa posição se alicerçaria. Nesse sentido, como ensina ESTELLITA, “*deve-se investigar se teve lugar a omissão de conduta determinada e exigida de evitação desse resultado [...]. Em outras palavras, há que se determinar o dever concreto de agir do garantidor e seu descumprimento.*”¹³

Tal conclusão possibilitará, ao final, fundamentar (ou não) a pertinência de uma possível análise da responsabilidade penal por omissão imprópria do chefe do poder executivo, evitando, assim, o automatismo (e ilegalidade) da imputação da responsabilidade penal pela mera ocupação do cargo.

2.1. A descrição dos fatos

A empresa familiar COLORIR LTDA., de propriedade do empresário A, seu único sócio administrador, foi contratada pela administração pública da cidade de Santos/SP para fornecer material escolar, que consistia em uma coleção de livros destinada à alfabetização, para a escola infantil Pontinhos de Luz. A contratação se deu através do Pregão nº 1/2022, que representa uma das modalidades de certame licitatório previstas em lei.¹⁴

Com a deflagração da operação policial que expôs o esquema criminoso, apurou-se que a contratação da empresa COLORIR se deu de forma ilegal, mediante fraude do caráter competitivo do certame licitatório, visando o superfaturamento do valor do contrato

¹²Essa nomenclatura e conceito adotado não é unânime na doutrina atual. Isso será abordado no item 4.4.1.

¹³ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 245.

¹⁴Lei de licitações e contratos administrativos. Lei n. 14.133 de 1 de abril de 2021. Artigo 28: “São modalidades de licitação: [...] I – pregão;”.

celebrado, permitindo, assim, o pagamento de propina ao secretário de educação do município.

Após investigações, descobriu-se que o empresário cooptou o secretário de educação em seu proveito, o qual recebeu vantagem financeira indevida no valor de setecentos mil reais, ao atuar em seu favor para direcionar o certame e dar aparência de legalidade para a contratação da empresa COLORIR.

O secretário de educação confeccionou o edital direcionando-o à empresa COLORIR, bem como inseriu informação inverídica no procedimento administrativo de contratação, no que diz respeito as outras duas empresas que supostamente também teriam sido convidadas para participar do certame.

Não se demonstrou ao longo da investigação nenhuma conduta criminosa praticada diretamente pelo Prefeito municipal ou algo que demonstrasse o seu conhecimento da prática criminosa. Os únicos atos praticados pelo Prefeito consistiram nas assinaturas da autorização do início do certame e, ao final, da homologação do contrato celebrado entre a administração pública e a empresa COLORIR.

Assim, diante do contexto narrado: o Prefeito municipal ocupa a posição de garantidor diante da conduta criminosa perpetrada pelo Secretário de Educação (frustração do caráter competitivo de licitação, previsto no artigo 337-F do Código Penal Brasileiro), durante a sua administração?

2.2. A identificação do problema no caso. Análise dogmática e concreta de pontos controversos

O caso concreto aborda a problemática que envolve a possibilidade de responsabilizar criminalmente o chefe do poder executivo municipal pelo crime de frustração do caráter competitivo de licitação, por omissão imprópria, na condição de garantidor, diante das ações criminosas praticadas por um dos secretários que compõem a sua administração, sendo ele o Secretário de Educação.

Para dar protagonismo ao problema ao qual se dedica o estudo, a análise não terá como um dos seus objetivos apurar a prática ou não do crime pelo secretário municipal. Isso porque o caso concreto narra condutas comissivas atribuídas ao autor direto, sendo o objetivo

do trabalho unicamente avaliar se o Prefeito municipal, que possui o cargo máximo na hierarquia da administração pública (i) ocupa ou não a posição de garantidor nesse contexto, e (ii) se positivo, sob quais fundamentos, para, assim, ser possível avaliar se no caso concreto poderá responder na forma do artigo 13, parágrafo 2º, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro¹⁵, pelo crime praticado por seu secretário nomeado.

Logo, a atenção deste estudo é destinada, em um segundo plano, à análise da possibilidade de estarmos diante de uma omissão penalmente relevante imputada ao Prefeito municipal, traduzida nesse estudo pela análise da sua posição de garantidor das condutas praticadas por seu secretário, no exercício da função, em detrimento da administração pública direta que está à frente.

Assim, considerando a relação do estudo com as condutas praticadas pelo secretário, se torna indispensável o exame do regime jurídico do Prefeito municipal e de seus secretários, assim como dos deveres relacionados às posições ocupadas pelos atores do caso concreto dentro da administração pública direta, na condição de agentes políticos no âmbito do poder executivo municipal.¹⁶

Como percebemos da leitura do caso concreto, não é atribuída ao Prefeito nenhuma conduta comissiva, tampouco narrada qualquer evidência capaz de demonstrar a sua participação, mediante uma ação dolosa, nos crimes narrados. E, ainda assim, mesmo diante de um contexto sem condutas comissivas, é preciso que a omissão percebida esteja relacionada a uma ação devida do ponto de vista penal, pois somente há omissão penalmente relevante quando se reconhece um prévio dever de agir¹⁷. A responsabilidade penal por omissão não pode servir para sancionar fatos que só interessam a outros ramos do direito, como no caso o direito administrativo, ou qual a solução é alcançada com medidas não penais.¹⁸

¹⁵“A nosso ver a leitura legítima da previsão contida na alínea “a” artigo 13, §2º, do CPB, é de que um sujeito será garantidor apenas se um dever previsto em lei estiver associado a um fundamento material, isto é a efetivo controle ou domínio sobre determinada fonte de perigo” (Oliveira (2019, p. 203) *apud* SIQUEIRA, Joana, *op. cit.*, p. 82).

¹⁶“Rigorosamente, a condição de agente político deveria recair apenas sobre o Chefe do Poder Executivo e seu vice. Mas também se reputa que os auxiliares diretos e imediatos do Chefe do Poder Executivo são agentes políticos, tal como se passa com os Ministros de Estado e Secretários Estaduais, Distritais e Municipais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., 9. ed., p. 887).

¹⁷Nesse ponto, e considerando a estrutura dos delitos de domínio cometidos por omissão, Roxin estabelece que o omitente somente poderá ser considerado autor na medida em que ele possuía um dever especial de agir para evitar o resultado, ou seja, um dever de garante. (ROXIN *apud*. REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambialidad de acción y omisión em los delitos de dominio*: posición de garante e imputación objetiva. Madrid: Editorial Dykinson, 2010. p. 154).

¹⁸TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 348.

É possível então extrair do caso concreto e dos pontos suscitados que o estudo se debruçará sobre os fundamentos e os pressupostos penais relacionados à fixação de um critério material para avaliar se o Prefeito possui um dever de agir para evitar condutas criminosas praticadas pelos Secretários por ele nomeados, visto serem seus subordinados¹⁹ diretos na estrutura da administração pública. Em caso positivo, isso significa que ele poderá ser responsabilizado criminalmente por omissão imprópria, desde que outros requisitos também sejam cumpridos. Se e sob quais fundamentos o chefe do poder executivo – municipal, *in casu* – assumirá a posição de garantidor nesse contexto e, assim, poderá ser responsabilizado pelas condutas criminosas praticadas pelos seus secretários no âmbito da administração pública direta?

Para uma percepção mais clara sobre a espécie da responsabilidade penal que se pretende iniciar a apuração através da análise da condição de garantidor do Prefeito, temos o exemplo do conhecido caso da babá, que foi contratada pelos pais de uma criança, mas que, apesar da promessa que fizera aos pais, não aparece no final da tarde para cuidar de seu filho, e os pais, apesar disso, ainda assim optam por deixar a criança sozinha, a qual, posteriormente, viria a se acidentar; nesse caso, os pais, na condição de garantidores de seu filho, praticam um delito omissivo impróprio, não a babá. Assim, em um contexto similar, e em crítica à teoria dos deveres formais, vemos que a mera ocupação de um cargo atrelado a um dever de ação – que no exemplo é representado pelo cargo de babá – não se traduz em fundamento *suficiente* para equiparar a omissão à ação. Essa concepção equivocada gera a errônea imputação jurídico-penal exclusivamente baseada na violação de um dever jurídico extrapenal, gerando uma espécie de epifenômeno. É sobre essa problemática que se dedica o presente estudo.²⁰

Além disso, a posição de garante é elemento que compõe a estrutura típica da omissão imprópria, sendo as particularidades da sua condição parte essencial do tipo objetivo²¹. Dessa maneira, na hipótese de não caracterizada a posição de garantidor do agente, não há

¹⁹Em regra, os agentes políticos não se encontram em situação de subordinação hierárquica em face de qualquer outro agente estatal, ressalvada a hipótese dos auxiliares do Chefe do Poder Executivo, sendo esse o caso dos secretários municipais. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., 9. ed., p. 888).

²⁰Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. *In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Parte II – Direito Penal, Parte Geral. Coord. Luís Greco, trad. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 161-162.

²¹Cf. denúncias criminais selecionadas e que serão objeto de tópico próprio a seguir.

que se falar na continuidade da análise quanto a sua punibilidade do ponto de vista de responsabilização criminal.²²

Assim, para além de responder se o chefe do poder executivo municipal é ou não é garante, seja de proteção, seja de vigilância²³, das condutas praticadas por seus secretários municipais, face o bem jurídico que chamaremos de *probidade da administração pública*, tendo como exemplo norteador as condutas por um deles praticadas e narradas no caso paradigma, o objetivo maior é aclarar sob quais fundamentos materiais penais essa posição se sustentaria, caso confirmada. Mais: até que ponto essa posição de garantidor se perpetuaria, determinando, assim, os limites para a sua caracterização, e, conseqüentemente, os limites até os quais é possível, com base nessa suposta condição, seguir com a análise acerca da possibilidade de punir o Prefeito penalmente – por omissão imprópria – pelos crimes praticados por seus secretários municipais.

²²HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 328-329.

²³Essa divisão sobre a posição de garantidor em dois grandes grupos (proteção e vigilância) foi inicialmente diagnosticada por Armin Kaufmann, em “*Dogmática de los delitos de omisión*”, e será objeto de aprofundamento ao longo do trabalho.

3. O PROBLEMA REFLETIDO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Para avançarmos no sentido de demonstrar a problemática que permeia esse estudo, e conforme será mais bem detalhado em tópico próprio, realizamos uma espécie de pesquisa empírica, semelhante a um estudo de casos, no principal Tribunal de Justiça estadual do país²⁴, sendo que, inspirado nessa pesquisa concreta, criamos três casos em que prefeitos municipais foram denunciados criminalmente, capazes de ilustrar o problema ao qual se dedica esse trabalho.

O enfoque da pesquisa de precedentes foi feito em um tribunal de justiça estadual, que consiste na segunda instância do Poder Judiciário brasileiro, porque nas hipóteses que se assemelham ao caso paradigma, a competência originária para julgar prefeitos municipais será do Tribunal de Justiça estadual respectivo ao município no qual foi eleito²⁵; salvo nos demais casos, quando a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau, como, por exemplo, na hipótese de um crime de competência da justiça federal²⁶.

A pesquisa buscou identificar casos em que foram oferecidas denúncias criminais contra prefeitos municipais junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em situações em que a autoria direta²⁷ do crime não era desse ao gestor público. É por essa razão que nos casos selecionados sempre haverá dois ou mais denunciados no polo passivo da ação penal, sendo esses outros indivíduos secretários nomeados durante o seu governo.

Assim como no caso paradigma, a pesquisa se concentrou no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, para além de ser considerado o maior tribunal do mundo em volume de

²⁴Cf. informação extraída do portal eletrônico oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo: “*O Tribunal de Justiça de São Paulo é considerado o maior tribunal do mundo em volume de processos. O número de ações demandadas no Judiciário estadual paulista corresponde a 25% do total de processos em andamento em toda a Justiça brasileira, incluindo cortes federais e tribunais superiores (dados do relatório “Justiça em Números 2020”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça). Consequentemente, é o tribunal com a maior força de trabalho: 2,5 mil magistrados e aproximadamente 40 mil servidores, em 320 comarcas do Estado.*” QUEM Somos. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso: 14 jun. 2022.

²⁵Constituição Federal Brasileira de 1988, art. 29, inc. X: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;”

²⁶Vide Súmula nº 702 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: “A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

²⁷“*A autoria direta define a realização pessoal do tipo de injusto pelo autor – mediante atividade do próprio corpo.*” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. rev. atual ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 349).

processos e corresponder a 25% do total de processos em andamento em toda a Justiça brasileira²⁸, está relacionado ao segundo Estado brasileiro com maior número de municípios, tendo 645 prefeitos municipais submetidos à sua competência originária²⁹.

Os casos confeccionados demonstram o ponto que se pretende atacar, sendo ele a deficiência de fundamentos que nos permitam identificar quando, de fato, àquele gestor poderá ser imputada a prática de um crime cuja responsabilidade penal é decorrente da sua posição de garante, ou seja, resultado de uma omissão penalmente relevante dentro de determinado contexto criminoso.

No que diz respeito aos argumentos comumente utilizados, a jurisprudência brasileira traz na sua maior parte casos em que são oferecidas denúncias contra prefeitos municipais atribuindo-os a prática de crimes na forma comissiva, quando, ao que parece, deveriam ser imputadas na forma omissiva (imprópria), através da cláusula geral de equiparação prevista no Art. 13, §2º, do Código Penal³⁰.

Nesse contexto, chama a atenção representarem a minoria as situações em que se atribui a responsabilidade penal ao Prefeito por meio da omissão (Art. 13, §2º, CP), sendo esse o cerne principal deste trabalho, tendo em vista a ligação umbilical – e necessária – com a ocupação da posição de garantidor face determinado bem jurídico.³¹

Dessas ponderações é que se extrai a pergunta que norteia o trabalho: em quais casos, e sob quais fundamentos, o chefe do poder executivo ocupa – se é que ocupa – a posição de garantidor diante das condutas criminosas praticadas pelos seus subordinados na estrutura da administração pública sob o seu comando?

²⁸Vide nota de rodapé 24.

²⁹Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo IBGE 2010*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/pesquisas>. Acesso em: 18 jun. 2022.

³⁰Código Penal Brasileiro, Art. 13 – “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é 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.”

³¹Cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 16, “já que são tantas as opiniões sobre o que é um bem jurídico, “devemos partir da ideia de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quanto estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”.

A lei processual brasileira determina que a denúncia ou a queixa deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (art. 41 CPPB³²). Essa norma processual, em conjunto com o que determina o art. 395 do CPPB³³, institui os principais requisitos processuais para que a denúncia oferecida não seja inepta³⁴.

A regra do art. 41 do CPPB também encontra razão da sua exigência no âmbito do exercício da ampla defesa, vedando, por um lado, acusações não lastreadas em convencimento explícito quanto ao direito a ser aplicado, na ausência da correta capitulação, e fazendo prevalecer que seja permitido ao acusado o pleno conhecimento da pretensão punitiva contra ele ajuizada.³⁵ Os critérios estabelecidos nesses dois artigos destacados da lei processual penal são utilizados para a análise quanto à viabilidade processual da acusação.

Assim, apesar de o exame que se pretende nesse estudo recair sobre os elementos materiais penais utilizados pela acusação para imputar a responsabilidade penal ao chefe do poder executivo, fato é que o equívoco fruto da inobservância dos critérios materiais corretos para a acusação resultam na posterior convicção acerca da inviabilidade da acusação realizada, podendo resultar em uma denúncia inepta do ponto de vista processual, seja pela ausência da correta capitulação³⁶, seja pela impossibilidade do pleno exercício da ampla defesa decorrente da incorreta exposição do fato criminoso. Essa condição ensejará a sua

³²Lei 3.689/41, Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 41, CPP. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

³³Lei 3.689/41, Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 395, CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

³⁴“[...] por inépcia da peça acusatória, se deve entender justamente a não satisfação das exigências legais apontadas no art. 41 do CPP. Inepta é a acusação que diminui o exercício da ampla defesa, seja pela insuficiência na descrição dos fatos, seja pela ausência de identificação precisa de seus autores.” (Id. *Ibid.*, p. 180).

³⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 178-179.

³⁶Podemos citar como exemplo uma denúncia criminal que narra uma conduta omissiva do prefeito municipal, sem atribuir a ele qualquer ato comissivo, porém que deixa de mencionar na sua capitulação a cláusula de equiparação prevista no art. 13, §2º, do CPB. Com ressalvas à essa conclusão, DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, ao dizer que “*equívocos na tipificação não inviabilizam a apreciação da causa penal, [...] exatamente pelo fato de não turbarem o exercício da ampla defesa. O prejuízo, porém, haverá de ser aferido pelo exame cuidadoso de cada situação concreta, de modo a se poder apontar a deficiência ou até a impossibilidade da atuação defensiva, se e quanto decorrente da fragilidade da peça acusatória.*” *Id. Ibid.*

rejeição pelo juiz, com fundamento no art. 395 do CPB³⁷, resultado do controle judicial feito pelo ato de (não) recebimento da denúncia.

Observe-se que o fruto dessa seleção não pretende esgotar os fundamentos utilizados pelo judiciário brasileiro para provavelmente imputar de forma equivocada uma responsabilidade penal ao chefe do poder executivo municipal, sobretudo porque a pesquisa realizada não engloba, por exemplo, os julgados das Cortes superiores e de outros Estados brasileiros.

3.1. Exposição dos casos confeccionados a partir de precedentes reais

Visando ilustrar a sua relevância prática no ordenamento jurídico brasileiro, criamos os três casos a seguir, como forma de exemplificar as situações que constituem o pano de fundo do trabalho.

A nosso ver, no contexto envolvendo o Prefeito municipal e os crimes praticados por seus secretários nomeados, no âmbito da administração pública que esta à frente, são possíveis três cenários, que exigem três hipóteses acusatórias distintas, são elas: (i) o Prefeito possuía pleno conhecimento dos crimes praticados por seus secretários e agiu em conluio, com o objetivo de alcançar o sucesso da empreitada criminoso; (ii) o Prefeito possuía pleno conhecimento dos crimes praticados por seus secretários e nada fez a respeito; e, por fim, (iii) o Prefeito não possuía conhecimento sobre os crimes cometidos por seus secretários, tendo praticado atos comuns e necessários ao exercício cotidiano do seu cargo.

A constatação do pano de fundo adequado (i, ii ou iii) é o que permitirá identificar as deficiências, se é que existem, presentes nos casos a seguir, sobretudo do ponto de vista da imputação fática-normativa.

É importante rememorarmos que nesse recorte o campo de análise será o da denúncia oferecida contra o chefe do poder executivo municipal, ou seja, a qualidade e a viabilidade da acusação, não abrangendo questões de justa causa anteriores ao seu oferecimento.

³⁷Código de Processo Penal Brasileiro, Art. 395: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta [...]”

a. Caso 1³⁸

Prefeito Municipal e a Secretária de Licitações M foram denunciados pela prática comissiva do delito de fraude à licitação (artigo 288 do CPB³⁹ e no artigo 90, caput, da Lei 8.666/93, vigente à época, c.c. o artigo 62, I, do Código Penal (concurso material de agentes). A acusação atribui ao prefeito municipal a prática comissiva do crime de fraude à licitação⁴⁰ porque: (i) exercia a função de prefeito municipal à época dos fatos, (ii) nomeou M para o cargo de confiança de Secretária do Departamento de Compras e Licitações e Presidente da Comissão de Licitações; (iii) autorizou a abertura dos procedimentos licitatórios; (iv) nomeou uma comissão de licitação composta por servidores municipais sem qualificação técnica; (v) homologou as licitações e adjudicou o objeto da licitação objeto da fraude; e, por fim, (vii) narra a denúncia que “*o prefeito foi dolosamente omissivo ao dar prosseguimento ao certame e à contratação superfaturada da empresa, não sendo realizado o controle mínimo dos valores contratados e da legalidade dos pagamentos⁴¹ de despesas pelo prefeito e seus subordinados.*”

b. Caso 2⁴²

Prefeito Municipal e o Secretário de Cultura e Turismo foram denunciados pela prática comissiva do crime de dispensa ilegal de licitação (art. 89, caput, da Lei

³⁸BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Penal nº 10015811820188260191. 3ª Vara Criminal do Foro de Ferraz de Vasconcelos/SP. Denúncia oferecida pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) – Núcleo Guarulhos, 20 de abril de 2018.

³⁹Código Penal Brasileiro, Art. 288. “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.”

⁴⁰Lei 8.666/1993, Art. 90: “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.” Observa-se que o texto da lei era a vigente na época dos fatos narrados na denúncia, sendo posteriormente revogado em 2021 pela Lei 14.133/2021.

⁴¹A denúncia menciona que o prefeito possuía total controle dos pagamentos realizados pela prefeitura, tendo em vista uma planilha apreendida em sua residência, sendo o documento apontado como anexo em nota de rodapé. Em que pese isso, os vícios da acusação permanecem, então esse elemento não terá pertinência na nossa análise dogmática.

⁴²BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Penal nº 0007711-17.2021.8.26.0068. 1ª Vara Criminal da Comarca de Barueri/SP. Denúncia oferecida em 25 de agosto de 2016 e recebida primeiramente pelo juízo de primeiro grau, em 05/09/2016, e posteriormente pela 11ª Câmara de Direito Criminal/SP. Após o deslinde processual, que alcançou o Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 1185838-SP - ao qual foi negado o seguimento (art. 21, p. 1º, do RISTF) –, em 14/09/2021 o prefeito municipal foi absolvido sumariamente pelo juízo de primeiro grau.

8.666/93⁴³, na forma do art. 69, do CPB⁴⁴ (concurso material de agentes). A denúncia narra, no plural, que o prefeito e o secretário (i) contrataram profissionais do setor artístico, por meio de empresas intermediárias, e (ii) deixaram de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade de licitação para profissionais do setor artístico, qual seja, contratação direta do artista ou através de seus empresários exclusivos, do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93⁴⁵.

c. Caso 3⁴⁶

Prefeito Municipal e a Secretária Municipal de Segurança Pública e Defesa Social foram denunciados pela prática do crime de fraude à licitação (à época dos fatos previsto no art. 90, caput, da Lei 8.666/93⁴⁷). Ao Prefeito foi atribuído um único ato: (i) assinar o contrato celebrado entre a empresa e o Poder Público.

3.3. Diagnóstico e conclusão parcial

Pelos casos detalhados acima, vemos que interessa ao nosso estudo as hipóteses relacionadas nos itens ii e iii, isto é, quando (ii) o Prefeito possuía pleno conhecimento dos crimes praticados por seus secretários e nada fez a respeito, ou quando (iii) o Prefeito não possuía conhecimento sobre os crimes cometidos por seus secretários, tendo praticado somente atos necessários e comuns ao exercício cotidiano do seu cargo.

Tanto o caso paradigma, construído através das percepções obtidas pela prática, somadas ao estudo da jurisprudência pátria, como os três casos acima, demonstram que não é atribuída a prática direta de nenhum ato criminoso ao Prefeito municipal, assim como a

⁴³Idem, Art. 89. “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.” (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021).

⁴⁴Concurso material: Art. 69, CPB. “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.”

⁴⁵Lei 8.666/93, Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

⁴⁶BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Penal nº 1003095-72.2018.8.26.0363, Vara Única da Comarca de Mogi Mirim/SP. Denúncia oferecida em 07/08/2018.

⁴⁷Lei 8.666/93, Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021) Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

falta de elementos capazes de identificar que o Prefeito participava ativamente do contexto criminoso.

Outrossim, a exemplo do que ocorre no Caso 2, verificamos também a ausência de dados que permitam identificar a individualização das condutas atribuídas ao Prefeito, vez que a denúncia categoriza o chefe do poder executivo municipal e o seu secretário como sendo “*um só*”, e o qual se intenta responsabilizar criminalmente pela prática comissiva de determinado delito.

Assim, partindo da leitura dos casos acima, inspirados em casos concretos da jurisprudência brasileira, é possível perceber a resistência do órgão acusatório em utilizar o recurso que permite imputações na modalidade omissiva, mesmo na aparente ausência de elementos para tanto, no caso, a ausência de uma ação do Prefeito.

Isso se torna bastante perceptível através do contexto narrado no Caso 1. Por meio da sua leitura é possível perceber que a acusação narra condutas que poderiam vir a demonstrar a postura omissiva – e talvez penalmente relevante – do Prefeito municipal diante dos crimes praticados por membros da sua administração. A exemplo disso, destacamos o trecho em que é mencionado o fato de que o Prefeito foi *omisso* ao dar prosseguimento ao certame e à contratação superfaturada da empresa licitante, *sem realizar o controle* mínimo dos valores contratados e da legalidade dos pagamentos de despesas pelo Prefeito e seus subordinados.

Aqui, sem adentrar nos fundamentos materiais capazes de comprovar a sua posição de garantidor no contexto narrado, fato é que, ainda que a denúncia traga elementos que apontam uma possível omissão do Prefeito municipal, opta a acusação por lhe imputar os crimes na modalidade comissiva, sem se preocupar em demonstrar qualquer lastro fático que envolva o cometimento de ações na denúncia oferecida, ignorando por completo essa via de imputação.

O que se tem visto em situações análogas ao caso paradigma, e naquelas que constituem o pano de fundo dos casos criados a partir da seleção de precedentes extraídos da jurisprudência brasileira, é que o órgão acusatório parece não colocar em prática – ou talvez assimilar – o fato que, com base na lei penal brasileira, é plenamente possível imputar a responsabilidade penal a alguém, com o mesmo grau de desvalor de uma conduta comissiva, através da omissão imprópria, com base no art. 13, §2º, do Código Penal. Pelo que se constata, há uma problemática que envolve o entendimento da acusação de que “*omitir difere de não agir, estar parado, mas sim não agir quando se esperaria que o*

fizesse”, ou seja, omitir é deixar de fazer algo e para isso não é necessária sua inércia absoluta, bastando “*fazer algo diferente do que a ação que se verificou omitida*”⁴⁸.

Um exemplo disso é a possibilidade de atribuir a responsabilidade penal por omissão imprópria ao Prefeito municipal, uma vez constatada sua condição de garantidor, ainda que ele tenha *agido ao assinar* a homologação de um contrato celebrado através de um certame licitatório. O fato de no contexto fático existir a conduta comissiva de *assinar* um documento⁴⁹, que teve como consequência direta a homologação do contrato fraudulento, não resulta automaticamente na imputação de uma prática comissiva penalmente relevante – e tampouco a omissiva –, sendo possível analisar se, naquele caso, o Prefeito não se *omitiu diante de uma ação que lhe era esperada*, recaindo, assim, a possibilidade de responsabilizá-lo penalmente por omissão.⁵⁰

Podemos exemplificar esse requisito da omissão imprópria, que exige a existência de uma omissão perante uma ação que era esperada, e, sobretudo, cuja ação seja realizável do ponto de vista físico-real, através do exemplo em que A se afoga em um lago, e toda a humanidade se omite em salvá-lo desse afogamento. Assim, não se pode, obviamente, punir todas as pessoas do mundo pela morte de A. Nesse caso, já é possível afastar uma omissão típica, tendo em vista ser impossível por conta da distância física, aos que não estão presentes no local do afogamento, salvá-lo. Para as pessoas que estão presentes, ao contrário, só é impossível salvar A caso elas, por exemplo, não saibam nadar e, por isso, não possam realizar a ação juridicamente devida. No entanto, em cada caso, deve-se atentar para o fato de que a impossibilidade individual de uma determinada ação salvadora não exclui por completo a possibilidade de realizar outras ações salvadoras, como, por exemplo, no caso de não saber nadar, ligar para a emergência ou informar à outra pessoa presente, buscando alguém que possa salvá-lo. É por essa razão que ao examinarmos o delito, devemos precisar com exatidão a respectiva omissão que servirá de ponto de partida para a responsabilidade penal do agente.⁵¹

⁴⁸BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 23.

⁴⁹Ou ainda, autorizar o início de um certame licitatório, nomear um secretário municipal, entre outros tantos atos inerentes à sua posição na administração pública direta.

⁵⁰No contexto do presente estudo e dos casos selecionados, o enfoque da omissão atribuída ao prefeito municipal será a *imprópria*, a qual, segundo BOTTINI, *op. cit.*, é aquela na qual se imputa um resultado típico descrito em dispositivos que não preveem expressamente o modo omissivo de conduta. No mesmo sentido, ERIC HILGENDORF, ao dizer que: “*Resumidamente a omissão pode ser definida como a não-realização da ação juridicamente devida para a evitação do resultado apesar da possibilidade físico-real de agir*”. HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *op. cit.*, p. 333.

⁵¹*Id. Ibid.*, p. 333.

Tal necessidade encontra fundamento no fato de que o conteúdo material da posição de garantidor não deve se restringir à especificidade do mandato (compromisso) assumido. Logo, ao falarmos de uma posição de garante que traga consigo a possibilidade de equiparação da pena à omissão, estamos diante de uma questão valorativa, isto é, um problema axiológico e não dogmático, cuja resposta estará na relação do agente com o bem jurídico que deve ser protegido.⁵²

Acreditamos que essa resistência em colocar em prática a imputação da responsabilidade penal através da omissão, no caso imprópria, é um sintoma da *teoria finalista*, que é basicamente uma teoria da ação em geral e que foi concebida de modo funcional no que diz respeito aos delitos comissivos, porém que se mostra antifuncional quanto à omissão, e cuja *antifuncionalidade* se pôde demonstrar pelas denúncias que destacamos como exemplo.⁵³

De outro lado, ao colocarmos luz na tendência acerca da conclusão apressada de que o Prefeito municipal seria garantidor de *todas* as condutas praticadas pelos membros de sua administração, sobretudo de seus secretários nomeados, temos os Casos 2 e 3. Neles é possível perceber que a acusação parte do pressuposto de que o prefeito municipal é uma espécie de *responsável penal solidário* por quaisquer condutas praticadas pelos secretários municipais, sendo, assim, penalmente punível de forma idêntica, pouco importando a existência de condutas comissivas puníveis pelo direito penal por ele praticadas.

Tampouco essa lógica justificaria a imputação do Prefeito municipal como vimos nas denúncias selecionadas, tendo em vista que a opção do legislador em escolher sujeitos, devido à suas relações para com a proteção de determinado bem jurídico, na condição de garantidores, deve obedecer a parâmetros aptos a permitir que a sua omissão seja punível como a ação, constituindo, assim, uma forma de conduta punível.

Essa conclusão se sustenta, primeiramente, porque é necessário que a denúncia nos permita identificar os elementos comuns entre a ação e a omissão, de modo a considerar a omissão como equiparável à ação, e, assim, como conduta punível. Tal conclusão não é puramente dogmática, mas sim alcançada em função de um contexto fático-real e material-penal, visto que a omissão passa a ter o mesmo desvalor da ação porque se quer, com isso, a punição de certas irregularidades cometidas nas relações pessoais.⁵⁴

⁵²REQUENA JULIANI, Jaime. *op. cit.*, p. 55.

⁵³TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos, cit.*, 2012, p. 254.

⁵⁴*Id. Ibid.*, p. 81.

Segundo, porque em nenhuma dos casos destacados a acusação se utiliza da cláusula de equiparação geral prevista no código penal brasileiro capaz de permitir que um tipo penal puramente comissivo – isto é, que não prevê a omissão como conduta penalmente punível em sua redação – se destine a punir também o agente garantidor, através da omissão imprópria, que poderá responder como se tivesse praticado a conduta comissiva ali punível, através do que prevê o art. 13, §2º, do CPB.

Isso porque é indispensável que a criminalização seja feita sob o manto da norma jurídica, assegurando ao agente o exercício dos seus direitos fundamentais e, sobretudo, sua própria posição. Em resumo, o ato comissivo, “*para fins de imputação é um ato puramente jurídico, não um ato moral.*”⁵⁵

Esse aprofundamento em busca da responsabilização do agente na sua forma correta parece simples em um modelo ideal, em que a imputação seria a de um autor individual, que executa a conduta criminosa comissiva de mão própria, com conhecimento e vontade, satisfazendo todos os elementos do tipo objetivo, como, por exemplo, o autor que diretamente dispara contra a vítima fatal. Contudo, considerando as situações propostas nesse estudo, “*as quais ocorrem em um ambiente que possui na sua essência a divisão de funções e delegação de tarefas a indivíduos autorresponsáveis, resultando em contextos em que normalmente há a intervenção de múltiplos agentes*”, os quais, em sua grande parte, não possuirão conhecimento do intuito criminoso que aquela determinada ação visa garantir o sucesso (por exemplo, a homologação de um contrato), a individualização da responsabilidade penalmente relevante, e o modo como ela deve ser imputada ao agente – se é que deve – ganha contornos mais complexos e que demandam uma análise criteriosa sobre o papel do agente naquelas circunstâncias.⁵⁶

Assim, vistos tais exemplos de casos reais extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, podemos identificar quais seriam os possíveis equívocos relacionados suscitados nesse estudo, sobretudo porque a imputação da responsabilidade penal ao chefe do poder

⁵⁵TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 255. O autor também observa que, “*ao estabelecer que a relevância da omissão está na dependência da validade do processo de imputação, surge a questão acerca dos elementos fáticos e jurídicos que lhe servem de objetos de orientação*”, sendo nesse plano posterior presentes diferenças cruciais entre a omissão própria e a imprópria; esta última útil ao nosso estudo. (*Id. Ibid.*, p. 255-268).

⁵⁶ESTELLITA, Heloisa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. CL001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770>. O texto é produto parcial da pesquisa de pós-doutorado realizada pela autora nas Universidades de Munique e de Augsburg, Alemanha, de 2014 a 2017. Aderimos às conclusões da autora no referido artigo, que trata de crimes praticados no ambiente empresarial, para o contexto da administração pública, visto possuírem semelhanças pertinentes ao nosso estudo.

executivo por omissão imprópria dependerá, primordialmente, da fixação da sua condição de garantidor, o que, conforme se verá a seguir, não terá como alicerce um *dever formal*, e sim critérios materiais de natureza penal, a depender do caso concreto, mediante a análise se, naquele determinado contexto, houve uma omissão penalmente relevante atribuível a ele.

4. UM PANORAMA GERAL DOS FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS PARA A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

4.1. Breves considerações sobre os fundamentos para a imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria

Neste momento está claro ao leitor que o tema deste estudo representa uma problemática verificável no judiciário brasileiro, sendo fruto de concepções heterogêneas, especificamente no que diz respeito aos critérios de acusação em uma estrutura da administração pública direta em que há um *superior* e seus *subordinados*.

Assim, faz-se necessário perpassarmos pela análise jurídico-penal dos critérios necessários para caracterizar a responsabilidade penal por omissão imprópria⁵⁷ do agente, visto ser essa a modalidade de imputação adequada ao caso concreto, e que permeia o objeto desse estudo.

O conceito de omissão imprópria no direito penal brasileiro, assim como no de outros países, já foi – e ainda é – tema de estudo aprofundado por autores que se dedicam e se dedicaram exclusivamente ao seu estudo, permitindo-nos assim nos utilizar de suas principais conclusões, visando auxiliar uma posterior tomada de posição.

Isso porque o objeto central deste trabalho não é a omissão imprópria, mas sim o estudo sobre a viabilidade da sua imputação ao Prefeito municipal no caso concreto – e naqueles semelhantes a ele –, com foco no seu requisito primordial de imputação: a posição de garantidor.

Nas palavras de Juarez Tavares, a omissão é a não realização de uma ação determinada, o que a caracterizaria como uma forma de conduta vinculada a um dever de agir.⁵⁸

⁵⁷A nomenclatura ainda é objeto de controversa, em especial no qual seria o real significado do termo “impróprio” no que concerne à análise do contexto delitivo, bem como no comparativo à chamada omissão própria. Sobre o tema ver TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 312 e ss.

⁵⁸*Id. Ibid.*, p. 47.

Segundo Schünemann⁵⁹, é possível nos socorrermos a três características para determinarmos o conceito de omissão equivalente à comissão, sendo: (i) o conceito com base no verdadeiro sentido da omissão, ou seja, com base no seu conceito pré-jurídico; (ii) o conceito de modo que englobe todas as omissões que, teoricamente, podem ser capazes de desencadear uma consequência penalmente relevante; e (iii) o conceito de modo que englobe as omissões equivalentes a comissão.

Sobre tais hipóteses, o autor conclui que o único elemento coincidente entre esses posicionamentos é a concepção de que omitir é um conceito transitivo e, conseqüentemente, não significa simplesmente não fazer nada, mas, talvez, omitir algo, sendo que esse *algo* não poderia ser mais do que uma ação, o que origina divergências doutrinárias em torno do conceito de ação. Por outro lado, expõe que de acordo com a doutrina dominante, caberia conceituar a omissão como o não realizar uma ação possível, desde que haja alguma possibilidade física para tanto, o conhecimento da situação típica e a capacidade de planejamento do omitente.⁶⁰

A categoria dos crimes omissivos é complexa e possui diversas posições, todas elas de extrema relevância para o estudo dessa espécie delitiva. Contudo, conforme já dito, a presente análise não se aprofundará no tema da omissão como um todo.

Assim, em razão disso, é que iremos restringir o estudo no que diz respeito a omissão imprópria, de maneira direta e conclusiva, visando, posteriormente, o melhor entendimento acerca do caráter personalíssimo que permeia o seu conceito e que mais interessa ao estudo: a posição de garantidor.

4.2. Omissão imprópria *versus* Omissão própria

Para BOTTINI, a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios reside no caráter normativo e decorre da técnica de previsão legislativa do comportamento do agente.⁶¹

A omissão imprópria não está descrita expressamente no tipo penal. Trata-se de uma condição que se funde ao tipo penal já previsto no ordenamento jurídico. Portanto, quando

⁵⁹SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omision impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 2009. p. 39.

⁶⁰*Id. Ibid.*

⁶¹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*

estamos diante da responsabilidade penal de um indivíduo pela prática de um crime previsto no ordenamento, sem, contudo, que traga previsão expressa da conduta omissiva para a sua consumação, a imputação ocorrerá através da responsabilidade penal decorrente da *omissão imprópria*, através da cláusula geral de equiparação prevista no art. 13, § 2º, do CPB.

A olho nu e acolhendo essa classificação bipartida, percebe-se a diferenciação entre crimes omissivos próprios e impróprios. Para isso tomamos como exemplo o crime de omissão de socorro⁶² (próprio) e o crime de homicídio⁶³ imputado a uma mãe que deixa de amamentar seu filho recém-nascido (impróprio).

Sobre a aplicação dessa diferenciação bifurcada, TAVARES entende que para identificarmos essa distinção será necessária uma análise mais aprofundada quando falarmos de delitos que comportam, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações e omissões, como por exemplo o delito de abandono de incapaz, de facilitação de contrabando ou descaminho⁶⁴, assim como quando falamos em omissões vinculadas a deveres especiais de proteção, entre outros, sendo que, nesses cenários, será preciso se valer de outros critérios de diferenciação.⁶⁵

No que diz respeito aos pressupostos diferenciadores da omissão própria da imprópria, e em concordância com os parâmetros necessários para a distinção eficaz dessas duas modalidades de delitos omissivos, temos o (i) o critério do sujeito e (ii) o critério da previsão legal.⁶⁶

O primeiro deles orbita no fato de que os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito, isto é, qualquer indivíduo poderá ser autor do delito, em razão do dever de assistência, que é atinente à todo indivíduo, uma vez presentes os seus pressupostos típicos, diferente do que ocorre na omissão imprópria, cuja responsabilização é decorrente de *riscos próprios ou de riscos alheios*, este último estranhos à esfera de gestão do omitente.⁶⁷ O segundo critério é caracterizado pelo fato de que nos delitos omissivos

⁶²Código Penal Brasileiro, Art. 135: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.”

⁶³Idem, Art. 121. “Matar alguém”.

⁶⁴Idem, Abandono de incapaz: Art. “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”, e Facilitação de contrabando ou descaminho: Art. “Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho”.

⁶⁵TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 307.

⁶⁶*Id. Ibid.*, p. 307.

⁶⁷Ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 143.

próprios a lei descreve a modalidade de omissão (exemplo: omissão de socorro - art. 135 CPB).⁶⁸

Mas, ainda assim, essa distinção não emerge óbvia. Há autores que fundamentam a distinção exclusivamente na existência, ou não, do dever de garante. Assim, a omissão imprópria se distinguiria da omissão própria pela existência, ou não, de um dever de evitar o resultado, exclusivo da imputação de um crime através da omissão imprópria. Essa corrente defende que para a omissão imprópria é imprescindível uma condição especial do omitente, uma situação específica ou uma posição jurídica (círculo estrito de pessoas) que dá origem ao dever de evitar o resultado típico – ou seja, o dever de garantia. Um exemplo é o do salva-vidas, que se torna garante ao assumir previamente a obrigação de salvar aqueles que se afogarem naquele determinado local, fazendo com que sua omissão diante de um afogado caracterize um homicídio, enquanto aos demais banhistas caracteriza uma omissão de socorro.⁶⁹

Nessa linha, há autores que entendem que as teses que alicerçam exclusivamente a distinção da omissão própria à imprópria na existência de um dever de garante é capaz de gerar uma miscelânea conceitual, já que, para eles, é possível que esteja presente um tipo penal na Parte Especial do código penal brasileiro que exija um comportamento específico a determinado círculo de pessoas, impondo-lhes um *dever de agir*, a exemplo do artigo 269 do CPB⁷⁰, que atribui a condição de garante ao médico, que deve denunciar à autoridade pública sobre doenças cuja notificação é compulsória, sem, contudo, transformar a sua conduta em *omissão imprópria*.⁷¹

Em que pese os fundamentos e subgrupos adotados por alguns autores, adotaremos o entendimento de que *a distinção entre crimes próprios e impróprios é normativa e decorre da técnica de previsão legislativa do comportamento*.⁷² Isso porque ambas as condutas coincidem no fato de que, na seara pré-jurídica, são caracterizadas como a ausência de comportamentos esperados por alguém capaz de agir no sentido dessa expectativa (mesma estrutura ontológica).

⁶⁸TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 308.

⁶⁹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 57.

⁷⁰CPB, Omissão de notificação de doença: Art. 269. “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

⁷¹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 58.

⁷²*Id. Ibid.*, p. 61.

Enquanto a omissão própria é descrita normativamente em *tipos penais específicos* (ex. omissão de socorro – art. 135 CPB⁷³), a omissão imprópria, por sua vez, não está prevista expressamente em qualquer tipo penal, mas a ele se amolda, tanto por estar implícita em sua estrutura, como através da existência de uma *cláusula geral de equiparação* prevista na parte geral do código penal brasileiro (art. 13, § 2º, do CPB).⁷⁴

É por essa razão que se diz que os crimes omissivos impróprios são crimes de *omissão qualificada*, visto que o agente deve possuir uma qualidade específica, que não é comum a qualquer um, além de possuir uma singularidade, que é de sua natureza, e, em razão disso, violar um *dever de agir* em decorrência de uma ligação pré-existente entre o agente e a vítima ou a determinado bem jurídico, que lhe atribui a *condição de garantidor*. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios.⁷⁵

4.2.1. Resultado parcial: A responsabilidade penal por omissão imprópria e a necessária presença de um sujeito garantidor

Uma vez feita a distinção entre omissão imprópria e omissão própria, bem como delimitada a ligação essencial entre a omissão imprópria e a presença de um sujeito que possua a condição de garantidor diante de determinado bem jurídico, sendo essa conclusão o que especificamente interessa ao presente estudo, podemos delimitar que trataremos de situações em que a omissão está relacionada à riscos alheios, através de uma forma de equiparação à comissão, inicialmente baseada em uma cláusula geral expressa na lei de adequação típica, como já mencionada (art. 13, § 2º, “a”, do CPB) que impõe o dever de evitar o resultado àqueles obrigados por lei ou por assunção.⁷⁶

⁷³Completa BOTTINI dizendo que o mesmo entendimento é aplicado seja em situações em que o comportamento omissivo está descrito de forma exclusiva, como no caso do crime de omissão de socorro já mencionado, como também quando descrito em conjunto com ações, a exemplo do crime de prevaricação, previsto no art. 319 do CPB (“*Art. 319 do CPB - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*”).

⁷⁴BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 61-62.

⁷⁵TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos, cit.*, 2012, p. 312.

⁷⁶BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 143. Em complemento, explica BOTTINI que a cláusula geral de equiparação prevista no código penal brasileiro impõe o dever de evitar o resultado nos dois primeiros casos no que diz respeito à riscos alheios (aqueles indivíduos obrigados por lei ou por assunção), e, no último, um dever diante de riscos próprios (quando há criação do risco anterior).

Entretanto, não basta o dever de agir para que qualquer resultado possa ser imputado através da omissão. E é exatamente sobre a necessidade de outros fundamentos – de natureza penal – que trata o cerne principal deste estudo. É preciso, em linhas gerais, (i) a *capacidade de agir conforme a norma*; (ii) a *identificação de que a omissão mantém um risco não permitido ou transforma um risco permitido em não permitido*; (iii) a *percepção de que a ação esperada evitaria o resultado típico com probabilidade próxima da certeza*; e que (iv) *este resultado esteja dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada pelo garante*.⁷⁷

Com isso, alcançamos a premissa de que classificar o agente como garantidor representa um dos pressupostos essenciais da condição de *sujeito* do delito omissivo impróprio⁷⁸, o que integra o ponto focal do estudo, sendo essa condição o instrumento de diferenciação de maior relevância e o critério primordial da análise acerca dos pressupostos da omissão imprópria, vez que faz *destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente, normalmente, nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de comissão*.⁷⁹

Mais que isso, que a “*qualidade de garante é uma das elementares do tipo objetivo na omissão imprópria*”, exigindo, ainda, “*a ocorrência do resultado típico; a não realização da ação determinada e juridicamente exigida de evitação do resultado, apesar da possibilidade físico-real de agir; a causalidade (hipotética ou quase-causalidade*⁸⁰) e a *imputação objetiva*.”⁸¹

⁷⁷BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*

⁷⁸Condição que será objeto de aprofundamento em tópico próprio.

⁷⁹TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos, cit.*, 2012, p. 309.

⁸⁰Sobre o problema da causalidade na omissão, Schünemann conclui que, há tempos na história da dogmática, vem sendo praticado o erro de procurar na omissão um conceito de causalidade idêntico ao da conduta comissiva. Isso porque o problema da equiparação não é meramente uma pergunta pela existência ou ausência da causalidade, mas sim a caracterização de um segundo nível de imputação, uma vez constatada que o autor possuía em geral o poder de evitar o resultado típico. (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Parte II – Direito Penal, Parte Geral, *cit.*, p. 159 e ss.).

⁸¹SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 80. Ver também ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 79.

4.3. A cláusula de equiparação prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro

Ao longo dos capítulos anteriores muito se falou na chamada *cláusula geral de equiparação*, prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal Brasileiro. Assim como a sua nomenclatura já denuncia, essa cláusula nos permite equiparar a omissão à comissão no direito penal brasileiro, quando falamos na imputação da prática de um crime cuja previsão expressa na lei penal brasileira somente se verifica na modalidade comissiva, como, por exemplo, o crime de homicídio (art. 121 CPB).⁸²

Esse instrumento normativo previsto no ordenamento jurídico brasileiro é exatamente aquilo que apontamos o *desuso*, ou, talvez, *a ausência de costume de uso decorrente do que acreditamos ser fruto do desconhecimento acerca do seu alcance e função*, nos casos expostos no Capítulo 2, e que também se vê representado no caso paradigma.

Todavia, tal cláusula de equiparação prevista no código penal brasileiro tem uma razão de existir e ao ser ignorada pode resultar em imputações falhas e contrárias à lei.

Sua pertinência é fruto da busca pela solução de uma problemática da omissão, resumida em dois sentidos: identificação da omissão como forma de ação e demonstração da possibilidade de sua equiparação à ação. É sobre o segundo ponto que se relaciona o objeto deste tópico, especificamente sobre a cláusula de equiparação prevista no código penal brasileiro, cuja criação, assim como ocorreu nos ordenamentos jurídicos de outros países, é decorrente da crítica que se procedeu tanto à formulação hegeliana⁸³ quanto à questão da causalidade, restando concluído que a omissão não poderia ser vista do ponto de vista isolado de sua subjetividade, ou ainda extraída de uma relação causal, sendo indispensável o recurso normativo apto à equipará-la à ação.⁸⁴

Se do modelo atual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro nos parece simples a equiparação da comissão à omissão com o auxílio normativo do art. 13, §2º, do CPB,

⁸²O código penal alemão igualmente prevê uma cláusula geral de equiparação, prevista no §3º, a qual estabelece os parâmetros de equiparação da omissão à comissão.

⁸³Sobre as variações hegelianas, ver TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, Parte I – Princípios fundamentais, p. 117-118. Em síntese, e ao que interessa para o nosso estudo, HEGEL ressalta que a ação constitui uma intermediação entre o objetivo e o subjetivo, sendo o subjetivo transformado em objetivo. Assim, para o autor, quando temos uma finalidade, ela (a vontade) é subjetiva, mas nós a transformamos em algo objetivo, visando executá-la no mundo real, material. Ou seja, constitui a ação uma forma de intermediação entre o fim proposto e a vontade, sendo sua execução a objetivação desse fim.

⁸⁴TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 140-141.

devemos considerar que isso ainda é objeto de discussão doutrinária, enfocada nos seus pressupostos e em possíveis disfuncionalidades dos modelos de equiparação. Isso porque, se, por um lado, a teoria dos deveres formais é útil ao delimitar, através do texto legal, aquilo que se deve exigir de alguém, visando atender o que determina o princípio da legalidade, também conduz, por outro lado, a uma forma de equiparação puramente normativa da omissão à ação, que não traz nítido o seu desdobramento causal nem qualquer dado empiricamente demonstrável.⁸⁵

É nesse ponto que a equiparação proposta por Schünemann, com base no critério de dominabilidade do processo causal⁸⁶, atua como ponto de apoio à uma teoria material da posição de garantidor. A posição de garantidor não é, assim, uma consequência direta desse processo de domínio, mas sim o processo final de um conjunto de elementos empíricos e normativos, que estarão subordinados a juízos de constatação e de avaliação.⁸⁷

A nosso ver, para o êxito dessa equiparação, do ponto de vista dos dois pressupostos mencionados, é preciso tanto o critério normativo, especialmente para atender o que exige o princípio da legalidade, como também, e principalmente, as bases materiais que justificam a sua imputação. E é em razão do desconhecimento ou, talvez, da ausência de aprofundamento sobre o segundo critério, no que diz respeito especificamente ao chefe do poder executivo (federal, estadual e municipal), que resultam os equívocos demonstrados neste trabalho, especialmente nos casos narrados acima.⁸⁸

Segundo TAVARES, a cláusula de equiparação no direito penal brasileiro teria uma função restritiva, exercida ao “(i) estabelecer a necessidade de se diferenciar o injusto dos crimes omissivos daquele dos delitos comissivos, assim como ao (ii) exigir uma comprovação de que nos delitos omissivos impróprios a omissão corresponda à ação.” Para o autor, é através dessa dupla função que a cláusula de equiparação atua como mais um requisito para delimitar o âmbito de incidência da norma mandamental, quando estiver acoplada a uma norma proibitiva, corrigindo, assim, a extensão da responsabilidade. Em outras palavras, é dizer que, para responsabilizar penalmente alguém, não basta que ele se inclua na posição de garantidor, sendo necessário também que sua omissão seja equiparável à ação descrita no tipo penal.⁸⁹

⁸⁵TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 157-161.

⁸⁶O qual será objeto de aprofundamento a seguir.

⁸⁷TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit.

⁸⁸Vide Capítulo 2, item 2.2.

⁸⁹TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., p. 345.

A preocupação que orbita na necessidade da *interpretação restritiva da norma de equiparação*⁹⁰ é a de que o direito penal não se preste a servir como elemento sancionador de fatos que só interessam a outros ramos do direito, ou, ainda, quando a solução do conflito em questão possa ser facilmente alcançada através de medidas alheias ao direito penal.⁹¹ Essa análise de viabilidade e adequação acerca da sua pertinência envolve a necessidade de fundamentação em um critério material penal, e cujo aprofundamento se verá a seguir.

Atendo-se exclusivamente ao texto do artigo 13, §2º, alíneas “a”, “b”, e “c”, do CPB, verificamos que a intenção do legislador foi a de determinar ao agente em quais hipóteses poderá o agente ser considerando garantidor, sendo-lhe imposto um dever especial de agir para evitar o resultado típico.⁹²

O texto da lei diz que será garantidor aquele indivíduo que (a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*; (b) *de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*; ou, ainda, (c) *com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*. O primeiro caso é classificado pela doutrina como um *dever legal* de agir, o segundo traz o dever de agir atribuído ao garantidor por *assunção*, e o terceiro por meio da *ingerência*.

Nessa ótica, seja qual for a espécie do dever de agir do garantidor, fato é que *não basta o dever formal de agir*, previsto em lei, para atribuir a responsabilidade de garante. Essa conclusão, para além de esbarrar no ponto de preocupação mencionado acima, traduzido em uma realidade equivocada onde normas extrapenais sejam exclusivamente capazes de ensejar a responsabilidade penal de um agente (teoria formal), “*fere também uma série de princípios essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo, e não somente, do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CFB), que determina que a proibição deve estar prevista fundamentalmente em norma penal, bem como o da igualdade e da proporcionalidade, visto a exigência de um desvalor equivalente para a imposição de uma mesma resposta sancionadora.*”⁹³

A obrigação fruto da posição de garantidor não se refere ao mero compromisso formal, mas sim efetivo, material e inequívoco. Serão essas características que gerarão

⁹⁰Deve ser considerada como referência tipológica de restrição à posição de garantidor, e não como um catálogo de fontes dos deveres do garante. (DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2006 e OLIVEIRA, 2019, p. 201, *apud*. SIQUEIRA, Joana. *op. cit.*, p. 82.

⁹¹TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, *cit.*, 2012, p. 348.

⁹²ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, *cit.*, p. 79.

⁹³*Id. Ibid.*, p. 83.

perante a coletividade a impressão de que o *domínio do risco* está sob poder daquele determinado indivíduo (garantidor). Em outras palavras, a comissão por omissão é na sua origem um fenômeno individual.⁹⁴

Em que pese a indispensabilidade de um critério material penal para alicerçar a posição de garante, não se pode desprezar a importância das normas extrapenais, que apresentam extrema importância, desde que associadas ao critério material penal, para balizar os deveres do garantidor à frente de determinado contexto fático-real. Nas palavras de ESTELLITA, “*muito embora a regulamentação jurídica anteposta ao direito penal não fundamente autonomamente posições de garantidores, ela desempenha um papel fundamental no estabelecimento dos contornos do dever concreto de agir do agente.*”⁹⁵

Em síntese, o que devemos extrair da regra prevista no art. 13, §2º, “a”, do CPB, é que um indivíduo ocupará a posição de garantidor somente “*se um dever previsto em lei estiver associado a um fundamento material penal*”, sendo qualquer conclusão contrária a essa, ou de caráter mais amplo, o mesmo que cancelar a possibilidade de responsabilizar alguém pela mera ocupação de um cargo ou posição, o que é vedado pelo princípio da culpabilidade.⁹⁶ Além disso, deve-se considerar que o fato de o agente possuir a condição de garantidor representa elemento essencial à caracterização do tipo em questão (análise objetiva), o que permitirá seguir com a análise acerca da possibilidade de imputação da responsabilidade penal por omissão imprópria ao agente.

⁹⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Marcial Pons, 2004. p. 105.

⁹⁵ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 87.

⁹⁶SIQUEIRA, Joana. *op. cit.*, p. 82.

5. O EXAME DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL⁹⁷

Como resultado do que foi exposto nos capítulos anteriores, vimos ser indispensável a atribuição da condição de garantidor ao agente para que seja possível a imputação da responsabilidade penal por meio da omissão imprópria.

Também restou demonstrada a insuficiência dos deveres extrapenais e meramente formais, de forma isolada, para sustentar essa imputação, sendo necessária também a previsão legal de uma cláusula geral de equiparação normativa, visando, inclusive, atender ao que é exigido pelo princípio constitucional da legalidade, e, principalmente, verificamos ser indispensável a presença de um critério material penal capaz de fundamentar essa atribuição da condição de garantidor.

Sobre o critério material penal, devemos levar em consideração que uma coisa é infringir um dever extrapenal⁹⁸ de atuar para evitar um determinado resultado, e outra é que tal infração reúna, por si só, condições aptas a equiparar a omissão do agente à comissão de um crime. Essa última requer algo a mais que a mera formalidade consistente na infração de um dever somado à produção de um resultado; exige, de fato, um fator de equivalência material, e o que SILVA SANCHEZ chama de *identidade estrutural* entre ambas as formas de realização típica (comissiva e omissiva).⁹⁹

Assim, para que seja possível concluirmos se ao chefe do poder executivo poderá ser atribuída a condição de garantidor diante das condutas criminosas praticadas por seus subordinados, no nosso caso concreto o seu Secretário, no âmbito da administração pública direta, e, caso positivo, sob quais fundamentos, é preciso adentrarmos na análise (i) da

⁹⁷Neste trabalho optamos por utilizar o chefe do poder executivo municipal como foco de análise, cuja atribuição é prevista e regulada na lei orgânica municipal respectiva. Contudo, o pano de fundo deste estudo poderá servir à análise acerca dos fundamentos da posição de garantidor no que diz respeito aos chefes do poder executivo estadual e federal, regulados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, nos seus artigos 76 a 91.

⁹⁸“A categoria jurídica “dever” – que aqui é adjetivado de extrapenal, porque oriundo de qualquer outro ramo do Direito (exceto a legislação penal/processual penal) – consiste “na limitação ou vinculação da vontade de quem por ele alcançado [...]”. Deveres jurídicos são impostos, pois, “em razão da tutela de interesses alheios” àqueles do titular do dever.” (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, p. 178 ss., *apud*. SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (Artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 119, 2019).

⁹⁹SILVA SANCHEZ, Jesús María. *op. cit.*, p. 100.

posição de garantidor e suas premissas de fixação, e, principalmente, (ii) percorrermos o caminho axiológico-dogmático que nos permita analisar se especificamente no que diz respeito ao chefe do poder executivo municipal, essa condição é atribuível, e, se positivo, no que se sustenta essa conclusão.

5.1. Breves considerações sobre a posição de garantidor

Para a análise da responsabilidade penal do chefe do poder executivo, cujo cargo ocupado no caso paradigma e mencionado nos casos destacados ao longo do estudo, é a de Prefeito municipal, e uma vez apontada que essa responsabilidade se dará por omissão imprópria, partiremos para o cerne principal do estudo que é avaliar se o chefe do poder executivo ocupa a posição de garante diante das condutas criminosas praticadas por seus subordinados, no contexto da administração pública direta.

A discussão que orbita sobre o status de garantidor do chefe do poder executivo é essencial para que se possa legitimamente imputar a ele a responsabilidade penal por um crime praticado por terceiro, relativamente ao qual ele deveria agir para evitar o resultado típico. Isso porque na maioria das situações análogas a do caso paradigma, quase sempre se está diante de um crime praticado por membros da administração pública da qual o chefe do poder executivo está à frente, e cujo sucesso criminoso tem relação com as oportunidades geradas por seus cargos públicos.

A estrutura da administração pública direta é segmentada, pautada na delegação de tarefas e na divisão de funções, fazendo com que isso influencie diretamente na atribuição da condição de garantidor, através da análise de suas responsabilidades e, conseqüentemente, dos seus limites de atuação.

A conclusão a respeito da punibilidade penal por omissão imprópria do chefe do poder executivo somente será possível se preenchido um coletivo de pressupostos¹⁰⁰, sendo a posição de garantidor o primeiro deles, e cuja ausência resulta na impossibilidade de imputação nessa modalidade.

¹⁰⁰“Segundo o entendimento dominante, os pressupostos do tipo objetivo para a imputação do resultado ao omitente garantidor são (a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva, e finalmente, (e) a posição de garantidor.” (ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 78).

Nessa ótica, partiremos do epílogo de que o correto é inserir a análise acerca da existência da posição de garantidor no início do exame sobre a responsabilidade penal do omitente¹⁰¹, com a finalidade de evitar análises desnecessárias nos casos em que não há a previsão expressa de uma figura delitiva omissiva, seja na Parte Especial do Código Penal, seja na legislação extravagante.¹⁰²

Nessas situações a responsabilidade penal do agente por omissão imprópria dependerá obrigatoriamente da sua condição de garantidor. Logo, no caso, nada adianta a presença dos demais pressupostos, sem que esteja comprovada a sua condição de garante, vez que a relevância penal da imputação dependerá dessa obrigação.

É através do aprofundamento na análise dos motivos que ensejariam a posição do chefe do poder executivo como garantidor das condutas criminosas praticadas por seus secretários, no contexto da administração pública municipal, que será possível avaliar e estabelecer os critérios aptos a delimitar qual seria a conduta de evitação de um resultado típico exigida ao Prefeito, caso a caso, e, assim, conseqüentemente, aclarar o modo correto de estruturação dessa espécie de atribuição, em situações análogas ao caso concreto, de acordo com os pressupostos materiais extraídos do direito penal.

A situação norteadora dessa análise, como bastante demonstrado, é aquela em que não se verifica um ato comissivo punível praticado diretamente pelo Prefeito ou qualquer evidência do seu envolvimento no contexto criminoso.

Essa concepção irrefletida de que o Prefeito deve responder penalmente de forma *solidária* por qualquer ato criminoso praticado em seu governo por seus subordinados, pode ser resultado de um sentimento coletivo de que o chefe do executivo, seja o Prefeito municipal, seja o Presidente da República, teria a obrigação de zelar e proteger a administração pública da qual está à frente. Esse sentimento, apesar de plausível em outros ramos do direito, não serve de embasamento exclusivo para a sua responsabilização penal, especialmente por omissão imprópria. É nesse ponto que a fixação de critérios corretos para a verificação da sua posição de garantidor se faz indispensável.

¹⁰¹Essa premissa é adotada por ERIC HILGENDORF na sua estrutura de análise do delito omissivo impróprio, sendo a posição de garante inserida como uma das elementares do tipo objetivo. (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *op. cit.*, p. 329).

¹⁰²Conclusão e modelo de análise extraídos de “*Responsabilidade penal de dirigentes...*”, *op. cit.*, Heloísa Estellita, e que foi utilizado pela autora no estudo realizado no âmbito das figuras típicas associadas à criminalidade de empresa, igualmente permeado por divisão de tarefas e delegações de funções.

É necessário demonstrar, através de fundamentos jurídicos-penais, que o chefe do poder executivo ocupa a posição de garantidor, para então delimitar quais são as condutas de evitação do resultado que seriam exigidas e, principalmente, sob que circunstâncias fáctico-reais. A conclusão dessas duas análises é que tornará possível, ou não, a sua responsabilização penal por omissão imprópria por delitos praticados por pessoas que integram a administração pública sob seu comando, a depender do caso concreto, assim como evitar imputações criminosas baseadas exclusivamente na expectativa utópica de que será imputada ao Prefeito, no caso, a responsabilidade (penal) sobre *todo e qualquer ato* praticado durante o seu mandato, sobretudo pelos indivíduos que ocupam os cargos de Secretários municipais.

5.2. O critério material penal como fundamento para a igualdade da resposta penal

A fonte formal, representada pela previsão do tipo penal na lei e pela norma de expansão que permite a responsabilização penal do indivíduo por omissão, apesar de indispensável para o ordenamento jurídico brasileiro, necessita de um fundamento material para permitir a equiparação da resposta penal entre uma conduta comissiva e outra omissiva.

Essa fundamentação é bastante discutida¹⁰³, porém podemos dizer que, ao final, divide-se em dois fundamentos principais: (a) o domínio ou controle sobre o fundamento do resultado e (b) a responsabilidade por competências organizativas e institucionais¹⁰⁴.

Para o presente estudo adotaremos a primeira corrente, mediante ponderações acerca do caráter normativo, necessários diante da situação que se pretende analisar.¹⁰⁵

Percursor desta corrente, SCHÜNEMANN buscou encontrar um fundamento capaz de demonstrar, de forma palpável, a possibilidade de igualar a resposta penal de uma conduta

¹⁰³Em sentido crítico, BOTTINI, em *Crimes de omissão imprópria, cit.*, p. 89, defende que “a ideia ontológica de domínio é pouco precisa e não contribui em definitivo para a fixação do conceito de omissão impropria. Domínio como possibilidade de controle do foco de perigo ou de comando sobre a vulnerabilidade da vítima, pode se aproximar em certos casos da ideia de capacidade de proteção ou de salvamento, que pode ser um limite ontológico à imputação nos casos de omissão imprópria, mas não fundamenta o desvalor da inatividade”. TAVARES compartilha do posicionamento crítico à corrente difundida por Schönemann, advertindo que a “ideia de domínio não é suficiente para indicar os pressupostos pelos quais alguém se torna garantidor do bem jurídico de outrem.” (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos, cit.*, 2012, p. 159).

¹⁰⁴Sobre essa corrente, estudo detalhado de Heloisa Estellita, em *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 88 e ss.

¹⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 88.

comissiva a uma omissiva, fazendo-o por meio de um critério lógico-objetivo relacionado à estrutura da valoração penal.¹⁰⁶

Classificamos como palpável porque não se baseia em uma análise feita exclusivamente em normas altamente abstratas, que tendem a escoar no problema do automatismo conceitual vazio. O autor buscou uma diretriz material, que por um lado possuísse conteúdo suficiente para servir de modelo em um processo de concretização, mas por outro lado, estivesse aberto à análise dos problemas de tal forma que não suavizasse as distinções dos diferentes grupos de casos.¹⁰⁷

Mas então, de onde é possível extrair essa diretriz? Schünemann responde dizendo que: “*Puesto que la ley penal nos deja en la estacada, sólo cabe plantear como punto de conexión la naturaleza de las cosas.*” Para tanto, considerando o caráter de *ultima ratio* do direito penal, em comparação aos demais ramos do direito, e o fato de que se pretende punir somente a omissão equiparável à comissão de um delito, devemos que nos ater ao fato de que apenas os elementos da omissão que a caracterizam como igual à comissão são imprescindíveis para determinar a punibilidade do agente. É essa a intenção avaliativa do legislador que deve prevalecer durante a análise acerca do aperfeiçoamento jurídico da omissão à comissão com base na *natureza das coisas (naturaleza de las cosas)*.¹⁰⁸

Muito embora adotemos o critério do domínio do fundamento do resultado, essa ideia de domínio deve ser matizada. A questão do domínio ou controle, no modo como pensado por Schünemann, é essencialmente fática e possui um baixo valor normativo. Enquanto, por outro lado, a relação entre o fundamento e o resultado possui uma característica também normativa. É por essa razão que devemos dizer que “*se trata de domínio, mas não o domínio de uma causa, e sim o domínio sobre algo que pode ser vinculado normativamente ao resultado típico, para então tornar possível a imputação penal.*” Uma vinculação meramente espiritual entre causa e resultado não nos parece suficiente.¹⁰⁹

O desafio aqui é encontrar um fundamento material que crie essa conexão entre o agente omitente e o curso causal mecânico que levou ao resultado delitivo ou à consumação do crime. Nesse ponto, o que buscamos é um elemento que possa fundamentar e equiparar a

¹⁰⁶SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omision impropria*, cit., p. 279.

¹⁰⁷*Id. Ibid.*, p. 275.

¹⁰⁸*Id. Ibid.*, p. 277-278.

¹⁰⁹REQUENA JULIANI, Jaime. *op. cit.*, p. 86-87. Heloisa Estellita, em sua obra *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 94, classifica essa necessidade de matização como “*o critério do domínio sobre o fundamento do resultado, temperado normativamente.*”

omissão (imprópria) do agente ao ato comissivo praticado pelo autor imediato do crime, uma característica especial capaz de igualar a omissão à singularidade do movimento corpóreo, que compõe o curso causal relacionado ao autor direto (autoria comissiva).¹¹⁰ Na ausência desse elemento singular, não há que se falar em responsabilidade penal.

É por essa razão que a análise que pretende igualar essas duas espécies de responsabilização penal deve partir da busca do elemento principal que enseja a imputação por meio da comissão. Esse critério singular da comissão é o do movimento corporal, que é capaz de fundamentar a imputação do curso causal ao autor. Mais, é a relação entre o centro de direção pessoal e o movimento corporal decorrente dessa escolha, que resultará na conduta criminosa. Assim, conclui-se que o elemento singular da imputação criminosa por meio da comissão é o *domínio absoluto (psiquicamente intacto) da pessoa sobre o seu corpo*.¹¹¹⁻¹¹²

Ao identificarmos esse elemento principal, encontramos também o fator comum da imputação do resultado delitivo. Assim, podemos conceber que a imputação de um resultado a um indivíduo em virtude de uma ação, partindo do *princípio geral* de que o delito se imputa àquele que exerce o *domínio sobre o fundamento do resultado*, verificamos que é possível generalizar esse fundamento da imputação, utilizando-o também como fundamento para a análise acerca da omissão imprópria do agente.¹¹³

Esse caminho dogmático percorrido por Schünemann é resumido por ESTELLITA da seguinte forma:

(...) a igualdade à omissão depende de quais peculiaridades da ação fundamentam a punibilidade no respectivo gênero de delitos (de resultado); o fundamento da punibilidade reside, nos crimes de resultado, na imputação do resultado à pessoa; o fundamento dessa imputação reside na

¹¹⁰Autor imediato ou autor direto é aquele que executa o ato comissivo criminoso de mão própria. Para NILO BATISTA, “o autor direto é aquele que tem o domínio do fato, na forma do domínio da ação, pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica.” O autor conclui dizendo que se trata de uma “visão finalista da matéria, a contribuição incontestável do critério forma-objetivo.” (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008. p. 77).

¹¹¹SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria*, cit., p. 261-262. Para reforçar a necessidade do domínio psíquico intacto, o autor menciona o exemplo de um indivíduo que apresenta crises ou movimentos epiléticos, os quais, embora sejam movimentos corporais que podem causar consequências danosas, segundo a doutrina unânime não são imputados à pessoa porque não são expressão do domínio pessoal do indivíduo sobre o seu corpo.

¹¹²SCHÜNEMANN, optou por debruçar a sua análise sobre esse elemento singular da imputação através da comissão, utilizando como exemplo os chamados delitos de resultado, por entender que um delito de resultado *puro* sempre será fruto de uma ação, que em conjunto com um resultado previsto como crime, consistirá na realização de um delito. *Id. Ibid.*

¹¹³*Id. Ibid.*

relação entre a pessoa e seu movimento corporal, que é a causa imediata do resultado nos crimes comissivos; dado que só se pode impor a mesma pena a alguém que se omite se esta omissão for equiparável à ação, essa equiparação só pode ter lugar buscando o fator comum, isto é, o princípio geral que fundamenta a imputação do resultado ao agente; este princípio de imputação é o *domínio sobre a causa ou fundamento do resultado*.¹¹⁴

Especificamente no que diz respeito aos delitos omissivos, esse domínio, que também será real, e não hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado, é que permitirá a imputação deste resultado típico ao agente omissivo. Essa categoria se divide em dois grandes grupos, sendo: (a) o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação, e o (b) domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial ao resultado, que ensejará situações em que o garantidor terá deveres de asseguramento. Assim, a equiparação tem como base a “*assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou a assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo*.”¹¹⁵

O primeiro cenário tem como origem a confiança depositada no agente, que ultrapassa um mero dever geral de assistência ou decorrente exclusivamente de um dever formal ou contratual, sendo resultado da assunção do domínio do agente sobre o desamparo que recai sobre determinado bem jurídico. O segundo caso, por sua vez, diz respeito as situações em que há o domínio sobre uma causa essencial ao resultado típico, seja através da responsabilidade sobre fontes de perigo (coisas), seja através da responsabilidade sobre o atuar alheio (pessoas).¹¹⁶

Assim, uma vez fixado esse critério (domínio ou controle sobre a causa ou fundamento do resultado típico), e considerando a necessária adequação fática ao agente garantidor, traduzida na assunção do compromisso de conter de riscos ou de atuar para proteger o bem jurídico, o aplicaremos a seguir no contexto da administração pública direta, com foco na atuação do Prefeito municipal.¹¹⁷

¹¹⁴ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 88-89.

¹¹⁵*Id. Ibid.*

¹¹⁶*Id. Ibid.*, p. 90.

¹¹⁷*Id. Ibid.*, p. 95.

5.3. A posição de garantidor e suas espécies

A lei penal brasileira elenca em seu código penal critérios formais que fundamentam a condição de garantidor, sendo aquele que (a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (dever legal); (b) de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado (assunção); ou os que (c) com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado (ingerência).

Essas três *fontes formais*, que são resumidas por dever legal, assunção ou ingerência, são classificadas por Schünemann como *a tríade de deveres jurídicos*.

Nesse ponto, especificamente no que diz respeito à alínea “a”, apesar de o legislador mencionar expressamente a obrigação de garante como fruto de lei ou contrato, não se pode aceitar pura e simplesmente essa afirmativa *como regra absoluta*, visto que ao permitirmos que os deveres extrapenais, isoladamente, fundamentem a responsabilidade penal por omissão imprópria significaria o mesmo que prolongar a aplicação de teorias estritamente formalistas, cuja adoção afronta os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁸

Jakobs, por sua vez, classifica a utilidade dessas três categorias como meramente mnemotécnica. Já o direito anglo-saxão parece reconhecer praticamente as mesmas fontes formais do dever de agir. Bergmann, ao seu passo, revisita a teoria das fontes legais – contrato e lei –, concluindo que “*o contrato ou a lei são relevantes para fundamentar a posição de garantidor sempre que os deveres neles concretamente estabelecidos tenham por objeto justamente evitar a ocorrência do estado equivalente ao resultado previsto em um tipo penal*”, tendo em vista que somente nessas circunstâncias seriam assimiláveis à finalidade do direito penal.¹¹⁹

Para avançarmos, é preciso estabelecer em qual espécie de garantidor o chefe do poder executivo, que no caso é representado pelo Prefeito municipal, estaria inserido para se enquadrar na posição de garante perante os atos criminosos praticados por seus secretários subordinados, no contexto da administração pública direta.

Isso se dará por meio da análise do conteúdo material penal da posição de garantidor, visto que no âmbito da categorização dessa condição, ao ampliarmos os deveres especiais

¹¹⁸SIQUEIRA, Joana. *op. cit.*, p. 80-81.

¹¹⁹Schünemann, Jakobs, Ashworth e Bergmann, *apud*. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 81.

de proteção de um indivíduo, sem a prefixação legal de suas fontes, abrimos margem para a imputação arbitrária de responsabilidade.¹²⁰

Logo, para tanto precisamos ter uma visão panorâmica das duas formas de omissões equiparáveis à ação pensadas originariamente por KAUFMANN: as omissões referentes à proteção de um bem jurídico (função de proteção; deveres de proteção) e as referentes à vigilância sobre fontes de perigo (função de vigilância; deveres de controle vigilância).¹²¹

Em síntese, aos garantidores de proteção recai o dever de defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independente de uma conduta própria anterior de interferência na esfera desse bem. Já os garantidores de vigilância sobre uma fonte de perigo possuem a obrigação de assegurar que esta fonte permaneça dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, o dever de agir no sentido de evitar o resultado típico prejudicial aos bens jurídicos de terceiros expostos ao perigo.¹²²

5.4. Elementos que fundamentam a fixação do critério material da posição de garantidor do chefe do Poder Executivo municipal

Partindo do princípio de que a fixação da posição de garantidor do chefe do poder executivo deve se pautar em fundamentos normativos (tipicidade), a doutrina tem assentado dois grandes grupos de garantidores: (a) aqueles que possuem a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e (b) aqueles que possuem responsabilidade por fontes produtoras de perigo. Essa divisão é resultado da inclusão por MEZGER das chamadas *comunidades de perigo*, em conjunto com a distinção trazida por Amin Kaufmann entre garantidor (a) *de proteção* e (b) *de vigilância*¹²³.

Incorporado nessas duas categorias, extrai-se que, na primeira hipótese, estaríamos diante de alguém incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos, razão pela qual é transferida a outro indivíduo essa incumbência. No segundo cenário, que

¹²⁰TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 315.

¹²¹KAUFMANN *apud*. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 95. Em sentido semelhante, KINDHAUSER *apud*. HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *op. cit.*, p. 337, ao dizer que o que diferencia as posições de garante em duas categorias é o fato de que uma delas tem a função de proteção para bens jurídicos determinados (chamados de deveres de guarda), e a outra objetiva a segurança e vigilância de determinadas fontes de perigo humanas ou materiais (chamados deveres de segurança).

¹²²ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, *op. cit.*

¹²³MEZGER, Edmund, *apud*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*

diz respeito à responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo, verifica-se um dever de vigilância relacionado a objetos ou pessoas, que se encontram subordinados ao indivíduo garantidor, vinculando a si um estado de segurança.¹²⁴

Assim, a primeira categoria – garantidor por proteção de certos bens jurídicos, segundo TAVARES, pode ser percebida em (a) situações em que existam uma vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima, em razão de circunstâncias e condições sociais e familiares, como ocorre entre irmãos, pais etc. Ainda, em (b) relações profissionais de trabalho, nas quais o indivíduo se obriga profissionalmente à proteção de outras. E, por fim, (c) por assunção, quando o indivíduo assume uma função protetiva unilateral ou bilateral, independentemente de um contrato formal, tomando para si a confiança acerca da proteção de determinado bem jurídico, como, por exemplo, alguém que assuma a responsabilidade de ajudar um cego a atravessar a rua.¹²⁵

A segunda categoria, relacionada a responsabilidade por fontes produtoras de perigo, subdivide-se em dois outros grupos, sendo (a) a situação em que o indivíduo está à frente de objetos ou comportamentos próprios, e (b) a responsabilidade perante ações de seus subordinados.¹²⁶

Para JAKOBS, quando falamos em responsabilidades relacionadas a deveres funcionais (profissionais), verificamos a possibilidade de outras classificações, como (a) a proteção por força institucional e (b) por força de competência organizativa. Enquanto no primeiro caso JABOKS fala em relação de confiança entre pais e filhos, no segundo atribui a deveres relativos à ingerência e aqueles advindos de assunção fática.¹²⁷

Em semelhança à obra de Heloisa Estellita, ao se dedicar ao tema da responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão, aqui igualmente vemos que o caráter subsidiário é vinculado ao direito penal, especialmente porque estamos falando do âmbito da administração pública direta, que é altamente regulada e que traz em seu contexto regulatório a previsão expressa de deveres e de proibições, de acordo com o cargo ocupado¹²⁸. Dessa

¹²⁴BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*

¹²⁵O autor cita como exemplo o guia de uma expedição para com seus seguidores; o diretor de uma empresa de segurança para com as pessoas as quais deva dar proteção; o salva-vidas de uma piscina para com os banhistas etc.

¹²⁶TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos, cit.*, 2012, p. 317.

¹²⁷JABOKS, Gunther, 1993, *apud*. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 90-93.

¹²⁸Em analogia, podemos citar o exemplo do carcereiro, cuja atividade profissional está vinculada à uma instituição que possui seu funcionamento interno extremamente regulado, resultando em um controle absoluto sobre a vida

forma, considerando que o direito penal não pode proibir o que se encontra autorizado em outro setor do ordenamento jurídico, caberá a ele exercer a sua autonomia de valoração jurídico penal, tendo em vista que, ao final, o que dirá se o indivíduo ocupa ou não a posição de garantidor é a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico.¹²⁹

O exercício dessa soberania do direito penal se torna viável, em um primeiro momento, por meio da fixação dos já mencionados *critérios materiais* da posição de garantidor, que permitirão a equiparação da resposta penal comissiva à omissiva¹³⁰. No caso, ao final, procederemos com a verificação da posição de garantidor do chefe do poder executivo com base no caso concreto, uma vez delimitados quais são os fundamentos materiais quando falamos nessa relação de garantia.

Dessa maneira, considerando a viabilidade de equiparação das suas espécies de responsabilização penal representada pelo *critério do controle ou domínio sobre o fundamento do resultado*, concluímos ser o mais adequado para solucionar as questões relacionadas à fixação da posição de garantidor no âmbito da administração pública direta.

Assim, uma vez estabelecido que adotaremos o critério material acima, bem como expostas as espécies de garantidores, cada qual com as suas características e subcasos, poderemos nesse momento nos aprofundar nessa análise.

Essa delimitação, em que pese sua natureza penal, está indissociavelmente ligada à própria natureza da Administração Pública.¹³¹

5.4.1. Noções básicas de Administração pública sob a ótica de proteção do bem jurídico probidade da administração e da vigilância sobre a fonte de perigo

Para melhor entendermos o contexto inserido na estrutura e no funcionamento da Administração Pública, e, desse modo, a abrangência da capacidade de atuação físico-real do Prefeito Municipal, é necessário o conhecimento de algumas noções básicas sobre o tema.

do indivíduo preso, daí surgindo elementos relevantes para a análise da sua responsabilidade penal por omissão. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Marcial Pons, 2004. p. 109)

¹²⁹ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 87.

¹³⁰*Id. Ibid.*, p. 88.

¹³¹*Id. Ibid.*

Porém, antes de adentrarmos nas nuances do nosso alvo de análise, e considerando a acessoriedade que permeia este trabalho, adverte Raquel Lima Scalcon¹³²:

“Como ponto de partida, é essencial um desapego à noção puramente formal de Administração Pública direta ou indireta proveniente do direito administrativo. Esta deve ceder espaço a uma noção material que dê coerência interpretativa e justifique a intensidade da intervenção penal. Assim, sugere-se que o termo Administração Pública seja compreendido como Administração cuja atividade está submetida a um regime jurídico de direito público. Isso porque tal regime jurídico é a marca exterior do elemento mais singular da administração materialmente pública, qual seja, a titularidade de Poderes Públicos necessários à persecução de fins estatais. Poderes que são, assim, instrumentais, porque somente podem ser usados de modo impessoal e objetivo na promoção dos fins para os quais foram criados. Trata-se, pois, de um poder-dever: “cumprido o dever, dissolve-se o poder”

A Administração Pública está inserida no âmbito do Poder Executivo, podendo ser definida sob o ângulo funcional e sob o ângulo organizacional. No primeiro caso, consiste em um conjunto de atividades do Estado, que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, através da organização da realização das finalidades pública desses organismos, os quais, por sua vez, produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, o ensino público, a rede de escolas públicas, a coleta de lixo, o saneamento básico, entre outros. Podemos dizer que, sob esse aspecto, classificamos a Administração Pública de forma residual, isto é, como uma estrutura que presta atividades as quais, muitas vezes, não se enquadram na legislação, tampouco na jurisdição, como, por exemplo, o serviço de calçamento de ruas.¹³³

O segundo aspecto, organizacional, consiste em um conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população. Nesse ângulo, priorizamos o enfoque em uma espécie de aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades, composto, por exemplo, de secretarias, departamentos etc.¹³⁴

Essa distinção representa uma concepção moderna e que predomina nos tempos atuais. Deixou-se de pensar na administração pública como sendo uma atividade de mera execução da lei. Isso porque, embora se pautasse pelo princípio da legalidade, a Administração

¹³²SCALCON, Raquel Lima. *op. cit.*, p. 120.

¹³³MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

¹³⁴*Id. Ibid.*

Pública não tem o fim único de executar a lei, desempenhando um amplo rol de atividades que visam propiciar à população uma gama de serviços, bens e utilidades.¹³⁵

Essa característica ambígua, para além de aclarar o entendimento acerca do funcionamento estrutural da Administração Pública, também será relevante para classificarmos a espécie de garantidor adequada ao chefe do poder executivo.

Inserido nesse contexto, verificamos a obrigação de que todas as atividades atinentes à Administração Pública obedeçam aos princípios da moralidade, da *probidade*, entre outros. O *princípio da probidade administrativa, que representa a obrigação quanto à honestidade em todos os procedimentos praticados e adotados no âmbito da Administração Pública*¹³⁶, é mencionado nos artigos 14, p. 9º, e 85, da Constituição Federal Brasileira, sendo nesse último caso considerado como bem jurídico a ser especialmente protegido, constituindo crime de responsabilidade o ato do chefe do poder executivo que o afronte.

Assim, ao falarmos no bem jurídico *probidade da administração pública* neste estudo, estamos fazendo referência à obrigação do chefe do executivo, enquanto autoridade máxima daquele poder, de zelar pela vigência e observância desse regramento.

À primeira vista pode parecer um conceito de algo vago e indeterminado para ser *protegido*, se compararmos, por exemplo, à definição do ato de improbidade administrativa¹³⁷, que já possui contornos bem delimitados no direito positivo pátrio, especialmente porque a lei traz a sua definição^{138_139}.

No entanto, a compreensão de que a probidade da administração pública é traduzida na impessoalidade e na orientação em prol do interesse público¹⁴⁰, em todos os

¹³⁵MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 59-60.

¹³⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 783-784. Nesse ponto, é importante mencionar que o conceito do chamado princípio da probidade administrativa é tema de discussão dogmática no âmbito do Direito Administrativo, podendo o seu conceito variar de acordo com o autor.

¹³⁷“A improbidade é uma espécie de ilegalidade qualificada pela intenção (*dolo ou, excepcionalmente, culpa grave*) de violar a legislação e pela gravidade da lesão à ordem jurídica. Vale dizer: a tipificação da improbidade depende da demonstração da má-fé ou da desonestidade, não se limitando à mera ilegalidade, bem como da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários, bem como violação aos princípios que regem a Administração Pública.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 29).

¹³⁸*Id. Ibid.*

¹³⁹As definições dos atos de improbidade administrativa, ressalvados os tipos previstos em leis especiais, estão previstos nos artigos 9º e 10º, da Lei n. 8.429/1992.

¹⁴⁰“As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de

procedimentos praticados e adotados no âmbito da Administração Pública, é o primeiro passo no sentido de delimitar como se dará a atribuição da condição de garantidor de proteção ao chefe do executivo.

Vale dizer que o conceito do bem jurídico destinatário de proteção quando falamos em Administração Pública ainda é tema de discussão doutrinária. Para Marcelo Almeida Ruivo, “*isso ocorre, em parte, quer em razão da ausência de univocidade da terminologia, quer devido à existência de valores, ora na condição de bens autônomos, ora na composição do bem jurídico complexo.*” Para o autor, todavia, “*a dificuldade de perceber os contornos do bem jurídico não é justificativa para a substituição da sua dogmática por uma imprecisa doutrina.*”¹⁴¹

Por outro lado, quando falamos na atribuição da condição de garantidor de vigilância ao Prefeito, tendo como base “*a assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo*”¹⁴², podemos pensar, para efeitos penais e considerando o caso paradigma, na Secretaria Municipal, composta por um grupo de pessoas, como sendo uma fonte de perigo¹⁴³, sendo papel do garantidor vigiar e conter os perigos oriundos dessa fonte de perigo, com a finalidade de evitar a ocorrência do resultado típico.¹⁴⁴

5.4.2. A lei orgânica municipal como balizadora dos deveres e obrigações do chefe do Poder Executivo municipal

As Leis Orgânicas municipais, adotando a mesma sistemática da Constituição Federal¹⁴⁵ pela teoria do paralelismo principiológico, atribuem a Prefeitos a competência para realizar, privativamente, uma série de atos destinados à organização e ao funcionamento

finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 109).

¹⁴¹O texto de Marcelo Ruivo aborda os principais pontos desse tema, incluindo a questão da probidade da administração pública, porém tem como ponto focal “a identificação do bem jurídico tutelado nas múltiplas e variadas formas do fenômeno da corrupção”, o que, a seu ver, “impõe certa amplitude capaz de abarcar conceitualmente todas as modalidades. O crime de corrupção protege o ato administrativo realizado dentro dos limites materiais de negociabilidade do serviço público determinados na lei (52). Trata-se da defesa do conteúdo do ato administrativo, a título de expressão do interesse político comunitário dos cidadãos na configuração do Estado e legitimação” (RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *RPCC*, v. 25, p. 264, 2015).

¹⁴²Ver nota de rodapé 114.

¹⁴³O tema sobre a possibilidade ou não de pessoas figurarem como focos de perigo, especialmente por se tratar de indivíduos autorresponsáveis, será tratado a seguir.

¹⁴⁴Ver nota de rodapé 121.

¹⁴⁵Sobre o que determina a Constituição Federal Brasileira a respeito dos municípios e suas leis orgânicas municipais, ver nota de rodapé 25.

da administração pública municipal, a exemplo da Lei Orgânica do município de Santos/SP, que atribui ao Prefeito, entre outras providências: “(...) II - *exercer, com auxílio dos Secretários Municipais, a direção superior da Administração Municipal; (...) III - nomear e exonerar os Secretários Municipais e o Procurador Geral do Município.*”

No que se refere à competência no âmbito da administração pública, ela é compreendida como a habilitação jurídica para realizar determinado ato administrativo, cuja capacidade jurídica é um dos pressupostos. Essa capacidade é traduzida na obrigatoriedade de que determinado ato seja praticado por aqueles que tiverem a competência para tanto, sob pena de invalidade.¹⁴⁶

Como apontado, se de um lado a Lei Orgânica municipal determina as competências do Prefeito, por outro também trata das funções e das responsabilidades assumidas por seus Secretários, uma vez nomeados.

No que diz respeito especificamente ao município de Santos/SP, sua Lei Orgânica determina que “*competem aos Secretários Municipais: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Municipal, na área de sua competência, e referendar os atos e decretos assinados pelo Prefeito; II - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Prefeito; III - expedir instruções para a execução das leis, dos decretos e regulamentos; IV - apresentar ao Prefeito relatório anual de sua gestão na Secretaria*”, bem como que “*os Secretários Municipais, auxiliares diretos e da confiança do Prefeito, serão responsáveis pelos atos que praticarem ou referendarem no exercício do cargo.*”

Nesse contexto, e direcionando o nosso estudo para o cenário exposto no caso paradigma, a Lei Orgânica municipal de Santos é integrada pela Lei Complementar 667/2009, a qual, entre outros pontos, traz a definição da estrutura organizacional da administração direta municipal: “*A Administração Direta é constituída pelo Gabinete do Prefeito e do Vice-Prefeito, pelas Secretarias Municipais, pela Procuradoria Geral e pela Ouvidoria Pública, nos termos desta lei complementar.*” O mesmo texto de lei também prevê as competências do Prefeito Municipal e da Secretaria Municipal de Educação.

¹⁴⁶MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 106-107.

A Lei Orgânica municipal, em conjunto com a Lei Complementar 667/2009, que dispõe sobre a estrutura organizacional da prefeitura municipal de Santos/SP e outras providências, estabelece o seguinte modelo¹⁴⁷:

- a) A Administração Direta de Santos é constituída pelo Gabinete do Prefeito e do Vice-Prefeito, pelas Secretarias Municipais, e outros.
- b) Referida estrutura tem o seguinte formato: I. Gabinete do Prefeito Municipal; II. Gabinete do Vice-Prefeito Municipal; III. Secretaria de Educação; e demais Secretarias, cada qual de acordo com o seu objeto de atuação.
- c) Ao Gabinete do Prefeito compete: cumprir o programa de metas estabelecido no Plano Plurianual de governo, apoiar as atividades da Administração Indireta, das Secretarias e demais unidades administrativas, na coordenação e na integração das ações do Plano Geral de Governo, promover a interlocução da Prefeitura com a Câmara Municipal, acompanhar as ações e políticas públicas de interesse da Região Metropolitana da Baixada Santista, ampliar as relações da Prefeitura com outros países ou órgãos internacionais, incentivar a articulação entre governo e sociedade, registrar os atos administrativos e normativos, apoiar as ações do Fundo Social de Solidariedade, supervisionar e executar as atividades administrativas do Gabinete e exercer outras tarefas que lhe forem atribuídas pelo Prefeito.
- d) À Secretaria Municipal de Educação compete especialmente: formular e implantar a Política Municipal de Educação, cumprir a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e legislação específica, dirigir o processo de elaboração, aprimoramento e implantação de planos, programas, projetos e legislação voltados à Educação, coordenar a formação educacional, executar o planejamento educacional, dirigir a rede municipal de ensino, coordenar a merenda escolar, controlar a frequência e a distribuição do pessoal da área da educação e executar outras tarefas que lhe forem atribuídas pelo Prefeito.
- e) A estrutura da Secretaria de Educação possui internamente uma Seção de Contratos e Convênios e outra dedicada à Elaboração de Editais e Compras.

¹⁴⁷Informações extraídas do texto da Lei Complementar n. 667 de 29 de dezembro de 2009.

Com base nos itens acima, concluímos que (i) a exemplo da estrutura fundamental da Administração Pública brasileira, há uma divisão vertical em que se verifica a ideia de transferência de atribuições, em diversos níveis, sendo essa divisão decorrente da forma federativa adotada no país, bem como que (ii) de forma ampla, os contornos das atividades atribuídas e esperadas pelo Prefeito e por seus Secretários nomeados são descritos no modelo organizacional previsto na lei municipal.

Nesse contexto é importante lembrarmos que, assim como falamos no tópico anterior, o contexto da atividade desses agentes não se restringe ao aspecto organizacional, possuindo também a perspectiva funcional.

Em complemento a esses dois aspectos, para nós, principalmente sob o espectro de análise da posição de garantidor do Prefeito municipal, podemos falar em um terceiro ângulo: o fático-real. Traduzido na possibilidade real de agir do Prefeito, especialmente para impedir o cometimento de um crime por um de seus subordinados, no âmbito da administração pública direta.

5.4.3. A estrutura verticalizada da administração pública direta

A verticalização é característica fundamental da Administração Pública Direta brasileira. Em que pese em uma visão ampla essa divisão vertical não signifique necessariamente níveis hierárquicos¹⁴⁸, para o nosso estudo focaremos na verticalização como sinônimo de estrutura hierárquica e desconcentração das funções exercidas nesse cenário.

A sistematização da estrutura administrativa, prevista inicialmente no Decreto-lei 200/67¹⁴⁹, se estendeu para os níveis estadual e municipal, o que nos permite futuramente transpor as conclusões alcançadas neste trabalho à âmbito estadual e federal.¹⁵⁰

¹⁴⁸MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁴⁹Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

¹⁵⁰MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 64-65.

Diante disso, podemos então extrair o seguinte conceito: “*A administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do estado.*”¹⁵¹

Em outras palavras, vemos que essa verticalidade representa o vínculo de subordinação-supremacia, denominado hierarquia, que atua como ligação entre os órgãos da Administração Pública Direta. É através desse vínculo que o chefe do Executivo, que no nosso estudo é representado pelo Prefeito, é ligado aos seus auxiliares diretos e estes, por sua vez, para com os seus subordinados, e assim por diante.¹⁵²

Essa estrutura verticalizada, a exemplo de uma grande empresa, é algo inerente a sua atividade. Mais: é o que permite o seu integral e ideal funcionamento. Essa característica, exercida através do que chamamos de *coordenação*, é convalidada em diversas normas vigentes, como por exemplo no Capítulo II, art. 8º, do Decreto-lei 200/67, que diz:

Art. 8º: As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação.

§ 1º A coordenação será exercida em todos os níveis da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em cada nível administrativo.

§ 2º No nível superior da Administração Federal, a coordenação será assegurada através de reuniões do Ministério, reuniões de Ministros de Estado responsáveis por áreas afins, atribuição de incumbência coordenadora a um dos Ministros de Estado (art. 36), funcionamento das Secretarias Gerais (art. 23, § 1º) e coordenação central dos sistemas de atividades auxiliares (art. 31). (...)

Como já falamos no início do trabalho, aos olhos da Constituição Federal, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais, Distritais e Municipais se enquadram na mesma categoria de agentes políticos que exercem a função de auxiliares diretos e imediatos do Chefe do Poder Executivo respectivo.¹⁵³

Nesse caso, em analogia aos Ministérios¹⁵⁴, devemos considerar que no âmbito municipal as Secretarias estão hierarquicamente situadas logo abaixo do Gabinete do

¹⁵¹MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 75.

¹⁵²*Id. Ibid.*, p. 75.

¹⁵³Ver nota de rodapé 16.

¹⁵⁴Constituição Federal de 1988, Art. 84. “*Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;*”

Prefeito Municipal, cabendo a cada Secretário a orientação, coordenação e *controle* dos órgãos e entidades na área de sua competência.¹⁵⁵

No tocante à competência, sabemos que o ato administrativo praticado por quem não detiver a atribuição para tanto, será considerado inválido. Partindo daí, e considerando utópico enumerarmos todas as espécies de atos acompanhados das respectivas autoridades competentes, em atenção à lição de MAFFINI¹⁵⁶, adotaremos três aspectos delimitadores da competência do agente político, sob a ótica do Direito Administrativo. São eles:

“O primeiro é um aspecto *ratione materiae*, consistente na atribuição legal propriamente dita. A análise de tal aspecto, por seu turno, alcança duas espécies de atribuição legal: a) atribuição legal originária, que se configura nas regras de atribuição de competência do agente público em análise (ex.: se uma regra legal dispuser que ao agente público “X” incumbe a prática dos atos “a”, “b” e “c”, essas serão suas atribuições legais originárias); b) atribuição legal derivada, que resulta de mecanismos de transferência administrativa ou convencional de competência. [...]

O segundo aspecto, *ratione loci*, trata-se de um aspecto territorial, no sentido de que o ato administrativo deve ser praticado no território em que o agente público se encontra legitimado a fazê-lo. Como ensina Odete Medauar (Direito administrativo moderno, p. 165), esse aspecto territorial é deveras relevante em Estados federais, como é o caso do Brasil.

Por fim, a competência dos atos administrativos está vinculada a um aspecto temporal (*ratione tempis*), segundo o qual os atos administrativos devem ser realizados por agentes públicos que se encontrem no uso de suas atribuições contemporaneamente à prática de tal ato administrativo.”

Assim, vemos que para o nosso objetivo é preciso analisarmos a validade e o alcance dessa competência, que poderá ser fruto de atribuição legal originária ou derivada, com base nesses três aspectos, sob a ótica do Direito Penal, a qual, a nosso ver, deverá ser aliada à possibilidade físico-real de agir do chefe do executivo para evitação do resultado típico.

A delegação de competência feita pelo Prefeito aos seus Secretários (atribuição legal derivada) é prevista em lei e representa um dos princípios fundamentais da Administração Pública Direta¹⁵⁷, razão pela qual é dever dos Secretários nomeados coordenar a matéria de

¹⁵⁵Decreto-lei 200/67, Art. 20. “O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência. Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.”

¹⁵⁶MAFFINI, Rafael, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁷Idem. Art. 6º. “As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: (...) II – Coordenação. III - Descentralização. IV – Delegação de Competência (...)”

sua competência, sem, contudo, deixar de ser obrigado a apresentar relatórios e informações sobre sua gestão ao chefe do Executivo ao qual é subordinado.¹⁵⁸

Em linhas gerais, apesar de a organização administrativa dos Estados e Municípios ser dotada de autonomia e regida pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios previstos na Constituição Federal (art. 25, CFB), temos o critério vertical que prevê que o chefe do Executivo encabeça a Administração, tendo como seus auxiliares diretos os seus Secretários nomeados, aos quais incumbe a responsabilidade da matéria sob a sua competência, através da coordenação da respectiva Secretaria, dotada de um conjunto de sub-órgãos internos específicos para o desempenho das atribuições atinentes à determinada matéria.¹⁵⁹

Pensamos, no entanto, que pelo fato de termos duas espécies de competência (originária e derivada), a sua identificação no caso concreto servirá como uma espécie de *termômetro da intensidade do nível de fiscalização* exigida ao chefe do executivo, seja na condição de autoridade máxima municipal, seja na condição de garantidor aos olhos do Direito Penal.

5.4.4. A desconcentração administrativa e o seu impacto no contexto do caso paradigma

Decorrente da verticalização abordada no tópico anterior, e a exemplo do que verificamos em um organismo empresarial, a administração pública é igualmente pautada na divisão de tarefas, traduzida na delegação de funções a, no caso, servidores públicos (agentes políticos, funcionários públicos etc.).

Essa delegação de funções, atividades e tarefas, verificada em variados níveis hierárquicos, correspondem a *estruturas de responsabilidade vertical*¹⁶⁰; característica da administração pública que já foi bastante abordada no tópico anterior.

¹⁵⁸Constituição Federal Brasileira de 1988, Art. 87. “Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.”

¹⁵⁹MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 77-79.

¹⁶⁰ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 146.

A divisão de tarefas e a estrutura já detalhada, plenamente justificada pela impossibilidade de que um só indivíduo possa realizar todas as tarefas e incumbências necessárias ao funcionamento de uma administração direta municipal¹⁶¹, encontra respaldo dogmático, do ponto de vista do direito administrativo, nos termos *descentralização e descontração*. Ambos estão ligados a uma ideia geral de transferência de atribuições de um centro para a periferia ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou pessoa jurídica (diferentemente da descentralização, em que se transferem atividades a entes dotados de personalidade jurídica própria).¹⁶²

A descentralização é o termo mais comumente utilizado, vez que ambos os termos têm sido mencionados sem qualquer diferenciação, o que do ponto de vista técnico dos vocábulos não está correto, visto possuírem disparidades principalmente em seus sentidos nucleares^{163_164}.

Para o nosso estudo interessará a chamada *desconcentração administrativa*, visto representar a possibilidade de, por exemplo, o Prefeito Municipal, ao qual, em tese, caberia todas as atividades da sua competência perante a Administração Municipal, mas por ser algo impossível que uma só autoridade realize inúmeras funções, divida tais tarefas (distribuir, delegar) entre os órgãos de assessoramento diretos do Prefeito, chefiados por seus Secretários Municipais, o quais, por si sós, igualmente não conseguem realizar todas as atividades de responsabilidade do órgão que dirigem, daí, em um segundo plano, haver nova divisão, e assim sucessivamente. Assim, podemos dizer que a desconcentração realizada pelo chefe do poder executivo ocorre para seus órgãos diretos de assessoramento, que são os Ministérios ou Secretarias, e, no âmbito de cada um desses órgãos, ocorre entre as autoridades que os dirigem para escalões inferiores.¹⁶⁵

¹⁶¹ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit.

¹⁶²MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 65.

¹⁶³*Id. Ibid.*, p. 66.

¹⁶⁴Registra-se a existência de controvérsias a respeito da distinção entre os termos descentralização e desconcentração. Nesta exposição, o significado conferido à descentralização administrativa é aquele adotado por autores franceses e belgas, como Berdeau Waline, Dembour e outros. Para essa corrente, *a descentralização administrativa significa a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados e personalidade jurídica própria. Tais entes realizam, em nome próprio, atividades que, em princípio, tem as mesmas características e os mesmos efeitos das atividades administrativas estatais, ensejando, assim, na transferência de atividade decisória e não meramente administrativa*. Podemos citar como exemplo as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. (*Id. Ibid.*, p. 72-73).

¹⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 66.

Em que pese essa delegação, a distribuição de tarefas implica a *permanência de vínculos de hierarquia* entre os órgãos envolvidos. Sobre esse tema, ensina Odete Medauar¹⁶⁶:

“Órgãos públicos ou órgãos administrativos são unidades de atuação que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada no âmbito do poder público. Por exemplo: uma Secretaria Municipal de Educação é um órgão público municipal formado por um conjunto de servidores e meios materiais, destinado a colocar em prática as atribuições do Município no tocante ao ensino.

(...)

Em virtude da divisão de atividades, cada órgão é dotado de atribuições específicas que não se confundem com atribuições de outros órgãos e que, em princípio, somente por ele podem ser exercidas. No direito público, as atribuições de cada órgão ou autoridade recebem o nome de competência. Competência significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridades públicas para realizar determinadas atividades.”

É importante termos em mente, entretanto, que o trabalho é realizado nestes órgãos por meio de pessoas físicas, chefiadas ou dirigidas por uma pessoa, que é o titular do órgão, e, portanto, responsável por aquele determinado setor, como é o caso do Secretário de Educação perante a Secretaria da sua matéria.

Isso porque foi a ele, pessoa física nomeada, a quem o Prefeito Municipal delegou a atividade de assessoramento direto naquele tema específico, sem, contudo, deixar de figurar em posição hierárquica superior. É através dessa delegação de competência que o titular de determinados poderes e atribuições transfere à outra autoridade (em geral em nível hierárquico inferior) parcela de seus poderes e atribuições. A *delegação administrativa* encontra fundamento na necessidade de conferir celeridade na tomada de decisões e na intenção de conceder autonomia a autoridade ou órgão superior de tarefas rotineiras e repetidas.¹⁶⁷

Para fins penais, essa delegação de competência é relevante para a identificação e análise futura do feixe real de tarefas e competências daqueles chamados garantidores originários, visto que é a partir deles que se estrutura a divisão vertical de funções¹⁶⁸.

¹⁶⁶MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁷*Id. Ibid.*, p. 71.

¹⁶⁸ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, cit.*, p. 133-134.

5.4.5. Os reflexos dos poderes do chefe do Executivo perante seus subordinados diretos, sob o ponto de vista da posição de autoridade delegante

Nesse cenário de desconcentração administrativa, a autoridade delegante, que no caso é o Prefeito municipal, mantém o exercício de poderes e faculdades de superior sob o subordinado (Secretário Municipal). Dentre eles, temos o *poder de controle* sobre os atos do delegado, podendo revogá-los a qualquer tempo e o *poder de rever os atos dos subordinados*, que significa a permissão do superior hierárquico de alterar total ou parcialmente as decisões de seus subordinados, seja espontaneamente, seja por provocação (recurso ou requerimento), podendo acarretar a anulação ou revogação do ato outrora emitido.¹⁶⁹

A delimitação desses poderes e atribuições consiste em um passo importante no caminho para a verificação, ou não, da posição de garantidor do chefe do Executivo municipal no caso paradigma. Isso porque “*é sobre pessoas que [...] exercitam atos de gestão e organização [...] que recaem os deveres especiais de cuidado e de agir. São poderes que, uma vez exercidos, materializam o controle sobre a fonte de perigo*”.¹⁷⁰

Ao falarmos em um contexto inserido na Administração Pública, esse aprofundamento é indispensável porque é os limites desses poderes que nos permite identificar a possibilidade física-real do Prefeito de agir para evitar o resultado típico.

5.4.5.1. A Secretaria Municipal como fonte de perigo

Estabelecemos anteriormente que o critério por nós adotado é *o do controle ou do domínio sobre o fundamento do resultado*. Igualmente já determinamos que incumbe aos garantidores de vigilância¹⁷¹ o dever de vigiar e conter os perigos oriundos de *uma fonte de perigo* determinada. Logo, para delimitarmos em um momento posterior se o chefe do Executivo ocupa a posição de garantidor de vigilância, no contexto exposto no caso paradigma, analisaremos qual seria o foco de perigo destinatário do seu cuidado.

¹⁶⁹ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit.

¹⁷⁰SIQUEIRA, Joana. *op. cit.*, p. 41.

¹⁷¹Capítulo 4, Item 4.3.

Antes de nos aprofundarmos nos fundamentos que nos levam a concluir que a Secretaria Municipal é a fonte de perigo que fundamenta materialmente a posição de garantidor de vigilância do chefe do Executivo, decorrente do controle ou do domínio que ele exerce sobre ela, se mostra necessário esclarecermos por que descartamos o ente Administração Pública Direta como sendo a fonte de perigo a ser vigiada – o que pode parecer inusitado, já que é à frente dela que o chefe do Executivo está.

Para nós essa conclusão é mais acertada. Assim como o foco do garantidor de proteção é a proteção do bem jurídico¹⁷² sob sua custódia, o do garantidor de vigilância recairá sobre a fonte de perigo sob seu controle. Ademais, os subcasos de garantidores de vigilância, que são (i) *responsabilidade por coisas perigosas*, (ii) *por pessoas perigosas e (iii) pela própria criação anterior do risco (ingerência)*, tem em comum o fato de que de todos eles podem advir *perigos para bem jurídicos de terceiros*.¹⁷³

Dessa maneira, considerando que o bem jurídico *probidade da administração pública* representa a Administração Pública Direta da qual o Prefeito está à frente, sendo este o bem jurídico sob sua proteção (o que falaremos adiante); bem jurídico este que pertence à coletividade¹⁷⁴ – isto é, terceiros –, nos parece equivocada classificar o ente Administração Pública Direta como sendo a fonte de perigo em questão, especialmente porque, ao fim e ao cabo, o bem jurídico que a representa será atingido na hipótese do cometimento de um crime pelos subordinados ao chefe do Executivo, em razão das oportunidades que as suas funções lhes proporcionam. Em complemento a essa conclusão, pertinentes as palavras de José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁵:

“Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício [...]. Em outras palavras, significa que “a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público”.

A noção envolve alguns aspectos importantes. O primeiro consiste em considerarmos, nesse caso, o Estado como pessoa administrativa. Depois,

¹⁷²Em sentido contrário a função do Direito Penal como proteção à bens jurídicos, Yakobs entende que a função do direito penal não é essa, mas sim a de evitar uma diminuição da vigência da norma. (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, cit., p. 33).

¹⁷³ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 100-101.

¹⁷⁴Sobre essa titularidade, depreende-se que “o direito difuso é um direito que não pode ser fracionado entre os membros que compõem a coletividade. Dessa forma, havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação [...]. Essa coletividade, naturalmente, é formada por pessoas humanas indeterminadas, mas o direito difuso não as considera como indivíduos, mas tão somente como sujeitos que compõem a coletividade, como integrantes dessa coletividade. [...] O titular do direito difuso é a coletividade, por sua vez composta por sujeitos indeterminados e indetermináveis, ou seja, sujeitos que não são e nem podem ser determinados individualmente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 195).

¹⁷⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 676.

é mister lembrar que a Administração Direta é constituída por órgãos internos dessas mesmas pessoas; tais órgãos são o verdadeiro instrumento de ação da Administração Pública, pois que a cada um deles é cometida uma competência própria, que corresponde a partículas do objetivo global do Estado. Por fim, vale destacar o objetivo dessa atuação: o desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao Poder Público em geral.”

Logo, tendo como exemplo o caso paradigma, a fonte de perigo consistirá na Secretaria Municipal, composta por um grupo de pessoas (*responsabilidade por pessoas perigosas*), especialmente o Secretário nomeado, subordinado direto do Prefeito.

Em um primeiro contato com a expressão, o leitor pode estranhar o termo *pessoas perigosas*, ou ainda, adotar uma compreensão equivocada dessa nomenclatura. Por essa razão esclarecemos que o adjetivo *perigosas* nesse caso é utilizado para dizer que, à esse grupo de pessoas, que compõe a fonte de perigo Secretaria Municipal, são incumbidas a prática de uma série de tarefas, consistentes na realização de procedimentos administrativos indispensáveis para o ideal funcionamento da matéria relacionada aquele determinado órgão, o que, por si só, já representa um fator de risco, visto que “*as pessoas encarregadas podem agir de forma imprudente, negligente, enfim, descumprindo as normas de cuidado que regem sua atividade, seja de forma dolosa, seja de forma culposa.*”^{176_177}

Como outro exemplo, podemos pensar na construção de uma escola pública, sendo dever do Prefeito agir, de acordo com a sua possibilidade físico-real, para que a obra ocorra dentro dos parâmetros de risco permitidos e pré-estabelecidos, com a finalidade de resultar em um ambiente apto e seguro para a sua finalidade escolar, devendo o seu dever de vigilância, em uma ótica físico-real de agir, recair sobre o Secretário de Obras do município, e demais membros daquela Secretaria.

Seguindo o mesmo pano de fundo, podemos pensar no exemplo da mesma escola pública, cujo telhado foi danificado em decorrência de fortes tempestades ocorridas na região, resultando em iminente risco de desabamento. Um engenheiro da prefeitura, responsável por aquela obra, registra internamente o ocorrido, solicitando ao Secretário de Obras responsável que dê andamento naquele processo interno, dando ciência do ocorrido ao Prefeito. O Prefeito, uma vez ciente, deverá agir para garantir que o problema seja

¹⁷⁶ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 130.

¹⁷⁷Sobre o dolo do agente público para o Direito Administrativo, mencionamos a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), Decreto-lei 4.657/1942, Art. 28. “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

corrigido, dentro das suas possibilidades físicas-reais de agir, e, assim, evitar que o risco do dano evolua de maneira a extrapolar o risco permitido, levando ao posterior desabamento do telhado, com grandes chances de deixar feridos ou mortos (lesão corporal e homicídio), caso desabe durante o período letivo.

Essa categoria é tema de ampla discussão doutrinária por esbarrar no que é chamado de *autorresponsabilidade* dos subordinados, o que impediria o reconhecimento desse controle sobre seus atos. Adotaremos o posicionamento de Heloisa Estellita, que diz “*não se colocar a questão representada pela barreira da autorresponsabilidade daquele que pratica ativamente a conduta injusta, porque o dever do garantidor não tem por objeto, necessariamente, o atuar sobre o agente, mas sim o dever de evitar a ocorrência do resultado entendido como acontecimento típico*”. A autorresponsabilidade servirá apenas como um balizador acerca da determinação do conteúdo e da extensão da vigilância.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹

Outro ponto que reforça a nossa conclusão, é o fato de que as Secretarias são criadas pelo Poder Público, com o aval do chefe do Executivo¹⁸⁰, de acordo com a especificidade da função para a sua melhor execução. O critério para as suas criações é relativo à matéria, que está diretamente ligado com a definição e posterior delegação da competência.¹⁸¹

É inegável que existam Secretarias consideradas indispensáveis à engrenagem da administração pública (Educação, Saúde etc.), sendo mantidas de forma duradoura e até mesmo fixas, por diversos mandatos eletivos consecutivos. Entretanto, essa característica a nosso ver não impede a conclusão acima, principalmente porque ainda que a sua criação tenha se dado no passado, o fato de permanecer ativa e inserida na estrutura de determinada administração pública ensejará um dever de vigilância permanente sobre aquela determinada Secretaria Municipal.

¹⁷⁸ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 127.

¹⁷⁹Sobre o tema, Schünemann responde dizendo que em estruturas coletivas organizadas, a autonomia do empregado é meramente aparente, sendo apenas uma fachada, já que nelas o comportamento não decorre de uma decisão pessoal, mas sim da observância da regra ali vigente, resultando, assim, no enfraquecimento da barreira representada pelo princípio da autorresponsabilidade. (SCHÜNEMANN, *apud*. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 111-112). No mesmo sentido, contrário à afirmação de que o princípio da autorresponsabilidade excluiria a possibilidade de domínio, TAVARES, em *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 340-241.

¹⁸⁰A Constituição Federal brasileira prevê que a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública deverá ser feita por meio de lei de iniciativa do Presidente da República (art. 61, §1º, II, CFB). Assim, por similaridade, a criação e extinção de Secretarias Municipais dependerá de uma lei formal de iniciativa do chefe do Executivo.

¹⁸¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 158.

Assim, é essa liberdade, ainda que dentro dos patamares pré-estabelecidos pelas normas da Administração Pública, de criar Secretarias Municipais, nomear Secretários, delegar e coordenar funções, cuja execução dependerá da atuação de um grupo de pessoas, que configurará a fonte de perigo lícita e permitida, capaz de causar danos à coletividade (terceiros).

Tal característica é relevante para fins penais, porque, como conclui ESTELLITA, em sua análise voltada aos organismos empresariais, e que a nosso ver se aplica ao nosso estudo, existem pessoas que exercem atividades que, apesar de não serem intrinsecamente perigosas, como, por exemplo atividades de gestão contratual dentro de uma Secretaria Municipal, se tornam perigosas em função de *atos de organização* dos administradores¹⁸².

Isto é, será justamente a organização e gestão de funções e de tarefas que criará o risco que fundamenta a posição de garantidor. A autora ainda chama a atenção para o fato de que o mero fato de delegar e ter que coordenar as tarefas praticadas por outras pessoas já constitui um fator de risco, sendo esta uma das razões para afirmar “*que quem organiza e delega funções tem a obrigação de supervisionar sua execução.*”¹⁸³

Em linhas gerais, dentre os casos clássicos dos deveres do garantidor de vigilância, o Prefeito estaria inserido entre aqueles nos quais, “*excepcionalmente, é o ordenamento jurídico que coloca sob a responsabilidade do garantidor um grupo de pessoas especialmente perigoso, apesar de autorresponsável, ou seja, mesmo faltando qualquer déficit de autorresponsabilidade*”, sendo que, como exemplo dessa categoria, podemos citar o caso do carcereiro, relativamente às pessoas detidas.¹⁸⁴

Essa exceção é pautada pelo entendimento de que o direito não reconhece um poder fático de controle sobre pessoas, como o faz quando falamos em objetos. Isso em decorrência do que é denominado de autonomia pessoal. Daí a necessidade de que, para tornar esse controle legítimo, exista o reconhecimento jurídico de alguma espécie de direito que atribua uma posição de autoridade, ou de dar instruções e controlar, o qual, em razão dessa

¹⁸²Para DEMETRIO CRESPO, em situação análoga, a atribuição ao *empregador* dos resultados lesivos produzidos por seus subordinados, só será possível desde que aplicáveis outros critérios de determinação das funções de garante. Para o autor, só haverá a atribuição da posição de garantidor quando a criação do risco depender da sua atividade de garantidor, de fato. O conteúdo específico desse dever de garantia seria uma função de vigilância e controle sobre a atividade de seus subordinados, através da adoção de todas as medidas necessárias (coordenação, suspensão de atividades etc.). (CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresário*. Madrid: Iustel, 2009. p. 105).

¹⁸³ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 130.

¹⁸⁴*Id. Ibid.*, p. 101.

autonomia pessoal reconhecida juridicamente, não é ilimitada.¹⁸⁵ Sobre isso, arremata ESTELLITA:

“Enquanto a responsabilidade própria é o reverso da autodeterminação; a responsabilidade por atos de terceiros é o reverso da possibilidade de determinação dos seus atos, [...]. Esse binômio liberdade-responsabilidade, como visto, é apontado pelo pensamento dominante como o fundamento da posição de garantidor relativa a perigos oriundos de pessoas.”¹⁸⁶

Todavia, em que pese adotarmos essa conclusão, obtida inicialmente em análise à organismos empresariais, é preciso ponderar que ao falarmos no contexto da administração pública, os patamares do controle exercido pelo chefe do Executivo são distintos de um dirigente de empresa, o que, a nosso ver, não impede a adaptação da análise ao objetivo deste estudo, desde que matizada com as peculiaridades inerentes à Administração Pública Direta.

A razão da diferenciação de tratamento pode ter a relação com o fato de que, ao compararmos as relações de direito privado e as de direito público, nos deparamos com um verdadeiro paradoxo. Enquanto a atividade privada confere aos cidadãos um grau bastante amplo de liberdade e uma dose mínima de poder, visto que os particulares não dispõem de poder, como ocorre na Administração Pública, mas em contrapartida apresentam um grau elevado de liberdade, tendo em vista que para eles é permitido fazer tudo aquilo que a lei expressamente não proíba. O âmbito da Administração Pública, por sua vez, que é dotada de poder, não dispõe de liberdade, vez que possui estritamente regulados os seus limites de atuação, não sendo permitido ao administrador público fazer nada além do que a lei determina expressamente.¹⁸⁷

Assim, em que pese a importância das balizas formais mencionadas no código penal brasileiro e, sobretudo, dos critérios penais materiais, será sempre necessário para a análise do caso concreto o estudo acerca dos deveres extrapenais, nesse caso relacionados ao chefe do poder executivo no âmbito da administração pública municipal, para verificarmos qual seria – se é que seria – a sua posição (de garantidor) no contexto abordado. Não basta o poder naturalístico de evitar o resultado negativo, sendo indispensável o caráter vinculante com determinado bem jurídico.

¹⁸⁵ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 120.

¹⁸⁶*Id. Ibid.*

¹⁸⁷DALLARI, Adilson de Abreu. Responsabilidade dos prefeitos e vereadores. *Revista dos Tribunais Online*, Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 7, p. 1175-1194, nov. 2012.

No âmbito do nosso estudo, esse controle que resulta na capacidade de agir para evitar o resultado típico é representado pelos poderes do chefe do Executivo, decorrentes da desconcentração administrativa, sendo eles: o poder de dar ordens, o poder de controle, o poder de rever os atos dos subordinados e o poder de coordenação. Dentre eles, se destacam no nosso estudo os poderes de dar ordens, de controle e o de coordenação, que consistem em¹⁸⁸:

“a) Poder de dar ordens: o superior hierárquico detém a faculdade de emitir ordens funcionais aos subordinados, inclusive fixando diretrizes de atuação. O subordinado deve atender, em princípio, às ordens e instruções funcionais expedidas pelo superior hierárquico. [...]

b) Poder de controle: o superior hierárquico exerce controle sobre os atos e atividades dos órgãos e autoridades subordinadas. Trata-se do controle hierárquico, que pode se realizar de ofício, sem provocação, como resultado do próprio modo de funcionamento de uma estrutura hierarquizada. O controle hierárquico se exerce também por provocação [...]

e) Poder de coordenação: é a faculdade de exercer atividades tendentes a harmonizar a atuação dos diversos órgãos que lhe são subordinados, sobretudo para assegurar integração no cumprimento dos encargos [...]. A coordenação figura entre os preceitos fundamentais que regem as atividades da Administração Federal no Brasil (arts. 6º, II, e 8º, do Dec.-lei 200/67)”¹⁸⁹

Há ainda a possibilidade de que estejamos diante de um dever de garante de proteção inerente ao chefe do Executivo, sendo as atribuições de ambas as espécies objeto do tópico a seguir.

5.5. A espécie de garantidor adequada ao chefe do poder executivo municipal e seu fundamento material

Vimos que existem dois grandes grupos de espécies de garantidores no direito penal, sendo os garantidores de proteção (função de proteção; deveres de proteção) e os garantidores de vigilância (função de vigilância; deveres de controle e vigilância).¹⁹⁰

Pela nomenclatura já é possível percebermos que há distinções relevantes entre as duas espécies, especialmente no que diz respeito aos deveres assumidos diante de

¹⁸⁸MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 70-71.

¹⁸⁹*Id. Ibid.*

¹⁹⁰De acordo com a classificação idealizada por ARMIN KAUFMANN.

determinado bem jurídico destinatário da garantia – conforme já foi amplamente exposto em tópico anterior. Contudo, lembramos que, apesar de nos dois grandes grupos incumbir ao garantidor evitar o resultado danoso ao bem jurídico, é a situação fático-real, ou seja: o compromisso concretamente assumido pelo agente, que determinará em qual categoria ele estará inserido. Entretanto, muito embora distintos, é possível que haja a duplicidade ou sobreposição desses deveres (proteção e vigilância) ao mesmo agente garantidor, tudo a depender do caso concreto.¹⁹¹⁻¹⁹²

Por essa razão é que precisamos verificar se alguma dessas espécies se adequa, ou se ambas as espécies se adequam, ao chefe do poder executivo diante do bem jurídico: proibidade da administração pública direta. Para tanto, utilizaremos os critérios materiais já expostos, relacionados ao compromisso *fático* e *pessoal* de agir para evitar o resultado típico assumido pelo Prefeito, e não exclusivamente à posição por ele ocupada.

Nesse contexto, lembramos as três hipóteses suscitadas no Capítulo 2, dedicado à exposição de casos inspirados em situações reais, sendo: (i) o Prefeito possuía pleno conhecimento dos crimes praticados por seus secretários e agiu em conluio, com o objetivo de alcançar o sucesso da empreitada criminosa; (ii) o Prefeito possuía pleno conhecimento dos crimes praticados por seus secretários e nada fez a respeito; e, por fim, (iii) o Prefeito não possuía conhecimento sobre os crimes cometidos por seus secretários, tendo praticado atos necessários para o exercício cotidiano do seu cargo.

Para nós interessam as duas últimas (ii e iii), que ilustram situações nas quais não há descrição de nenhum ato criminoso direto ou capaz de demonstrar o envolvimento do Prefeito no esquema criminoso, sem, contudo, excluir de plano a possibilidade de estarmos diante de situações em que sua responsabilização penal encontrará fundamento através da imputação por omissão imprópria.

Logo, será diante desses dois cenários que, uma vez verificados em um caso concreto, urgirá a necessidade de, primeiramente, analisar se o chefe do Executivo ocupa a posição de

¹⁹¹ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 96.

¹⁹²Sobre essa possível sobreposição dos deveres de proteção e de vigilância, ESTELLITA menciona em sua obra *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 105-106, o exemplo de uma mãe (garantidor de proteção) que está em um clube com seu filho, o qual está nadando na parte rasa da piscina, mas que também possui uma parte mais profunda poucos metros à frente, fatal para a criança. Essa mãe tem o dever de vigiar a criança, não pode se ausentar e deixá-la sozinha na piscina, sem supervisão, e, caso a criança se aproxime da parte mais profunda da piscina, tem o dever de agir para impedir o seu afogamento, socorrendo-a diretamente ou acionando o salva-vidas ou terceiro. Nesse exemplo, a autora expõe que aos garantidores de proteção é possível que também tenham que desempenhar atividades de vigilância, instrumentais para o cumprimento do seu dever de proteção.

garantidor diante daquele determinado contexto fático-real, sendo indispensável para essa avaliação sabermos sobre qual espécie recairá a lupa de análise.

Como regra, podemos dizer que o Prefeito municipal está inserido na categoria de garantidor de vigilância, cuja definição pressupõe a existência de uma fonte de perigo concreta/conhecida; e o que foi tema de exposição em tópico anterior.

Além disso, concluímos que, com base no que foi exposto até então, nos termos do determina o *princípio da desconcentração administrativa*, os garantidores originários de vigilância no âmbito da administração pública direta serão aqueles que tenham atrelado às suas funções públicas uma relação juridicamente e legalmente fundada nos três poderes descritos no tópico anterior (poder de dar ordens, de controle e de coordenação), ainda que parcial, sobre a fonte de perigo Secretaria Municipal, desde que tenham assumido esse controle também do ponto de vista fático.¹⁹³

Por outro lado, com base nas características específicas dos garantidores por proteção, cujo dever é o de vigiar e conter os perigos externos que podem afetar o bem jurídico, vimos que o seu diferencial é o fato de envolver exclusivamente o âmbito de bens jurídicos sujeitos a alguma *relação de confiança* (e, conseqüentemente, sujeitos a alguma vulnerabilidade em função dessa confiança recíproca).¹⁹⁴⁻¹⁹⁵

Nessa espécie de garantidor é possível identificarmos um subgrupo, sendo o dos funcionários públicos, os quais têm o dever de agir em benefício do Estado e dos cidadãos. Sua obrigação será fruto da posição ocupada no contrato social, através da assunção de funções de proteção, decorrentes dos deveres atrelados ao papel social que passaram exercer.¹⁹⁶ Um exemplo é o do policial, que é garantidor de proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, e cuja falta de intervenção não corresponderá à mera omissão de socorro, podendo resultar na sua responsabilização penal através da omissão imprópria.¹⁹⁷

¹⁹³Utilizando-nos, salvas as adaptações, da conclusão alcançada por ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, cit., p. 134.

¹⁹⁴*Id. Ibid.*, p. 97-98.

¹⁹⁵É possível falarmos também na *relação de dependência* como critério para distinguir a existência desse dever especial de garantia. Contudo, para o objetivo do nosso estudo vamos nos ater à relação de confiança, sobretudo pelo contexto fático da problemática abordada e pelo fato de envolver pessoas autorresponsáveis.

¹⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 99.

¹⁹⁷Idem, e chamando a atenção para a discussão doutrinária acerca da posição de garantidor do policial mencionada por ESTELLITA, p. 99. Juarez Tavares, por sua vez, entende que o policial é obrigado, por lei, a impedir o cometimento de fatos delituosos, pelo menos em face da norma do art. 31 do CPPB, o interesse público não pode ficar à mercê da análise acerca da gravidade do delito. Por outro lado, defende que esse dever de impedir os fatos delituosos tem seus limites na própria condição de seu exercício; por exemplo, caso o cumprimento desse dever implique em um risco direto e não evitável de outro modo à própria vida do

Nessa ótica, e salvas as suas distinções, podemos identificar que o chefe do poder executivo, sendo o Prefeito no caso, foi eleito pelos cidadãos – pela sua maior parte, no que diz respeito a determinado sítio eleitoral¹⁹⁸ –, os quais a ele confiaram a salvaguarda da administração do governo do qual está à frente, incluindo serviços básicos à sobrevivência da população, como, por exemplo, saúde, água, educação, saneamento básico, e outros.

Essa relação de confiança entre o eleitor e o agente político¹⁹⁹ eleito, que no caso é o Prefeito municipal, transcende a mera eleição para ocupar determinado cargo. No Brasil sua eleição é decorrente do exercício da soberania da democracia, através do voto direto e secreto e com valor igual para todos (art. 14, da CFB).

Incluimos o Prefeito municipal na categoria de agentes políticos porque, especificamente no que diz respeito à administração e ressalvadas outras posições mais e menos abrangentes do conceito de delimitação política, a função política implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, com a finalidade de determinar os fins da ação do Estado, assinalar as diretrizes para outras funções que compõem a estrutura de uma determinada administração pública, buscando a unidade de soberania estatal. Assim, compreende, em resumo, as atividades de direção, assim como as co-legislativas, que implicam na fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais.²⁰⁰

Sob esse ponto de vista, ao Prefeito municipal, eleito pela população de determinado município, e assim investido do cargo de autoridade máxima perante determinada administração pública, recai a *confiança* de que atuará para vigiar e conter os *perigos externos* que possam afetar o bem jurídico, que consiste no bem-estar da população

policial, só lhe pode ser imposto quando lhe seja possível cercar-se de todas as medidas adequadas a diminuir ou a eliminar esse risco. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 321-322).

¹⁹⁸Hoje existem duas regras distintas para a eleição de prefeitos no Brasil. Nas cidades com população inferior a 200 mil eleitores a disputa é decidida em um único turno pelo sistema de maioria simples. Nas cidades com mais de 200 mil eleitores há a possibilidade de disputa de um segundo turno, caso nenhum dos candidatos receba mais de 50% dos votos. (NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 8).

¹⁹⁹Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “*agentes políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 75). Já Celso Antônio Bandeira de Mello adota um conceito mais restritivo, para o qual *agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, e *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004).

²⁰⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 445.

(coletividade), garantida pela manutenção e observância da probidade da administração pública.

Aqui podemos pensar em dois contrapontos: (i) a negativa da posição de garantidor de proteção diante da falta de relação de dependência entre o Prefeito municipal e os cidadãos, assim como (ii) o fato de que não foram *todos os cidadãos* daquele determinado município que votaram, ou seja *depositaram a sua confiança*, no sujeito, então essa obrigação geral de proteção não seria fruto da confiança do eleitor, mas sim decorrente da confiança conquistada através de um processo democrático constitucional, o qual elege determinado indivíduo aquele cargo, uma vez alcançado o maior número de votos.

Sobre o critério da confiança como pressuposto para o vínculo de proteção em foco, podemos dizer que a função do princípio da confiança no direito penal, no que diz respeito a um *dever objetivo*, encontra lugar no âmbito das teorias vinculadas ao sistema finalista. Contudo, no que diz respeito às teorias modernas da imputação objetiva, a exemplo da teoria de ROXIN, e com a qual concordamos, a confiança²⁰¹ é reconhecida, porém com o papel de delimitar o risco permitido.

Assim, das ponderações acima, verificamos que o chefe do poder executivo se encaixa nas duas espécies de garantidor (proteção e vigilância), o qual, em certos momentos, ocupa a posição de um garantidor de proteção, cuja instrumentalidade dessa proteção exija “*desempenhar atividades de vigilância, instrumentais para o cumprimento do seu dever de proteção.*”²⁰²

Para melhor ilustrar essa hipótese, em que o chefe do poder executivo atuaria nas duas espécies, podemos pensar no conhecido exemplo do carcereiro, que tem o dever de proteção do prisioneiro, no que diz respeito à manutenção da sua integridade física e sobrevivência dentro do estabelecimento prisional, assim como igualmente possui o dever de vigilância para que o mesmo prisioneiro não mate ou lesione outro, ou danifique bem jurídico de terceiro. Em resumo, teremos a responsabilidade penal omissiva imprópria do carcereiro por situações lesivas que, podendo evitar, não o fez, desde que faça parte do

²⁰¹Nesse ponto, observa-se que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da confiança ganhou relevância nos casos que envolvam direito penal médico, econômico, e, basicamente, todos aqueles que se relacionem com a existência de uma divisão de tarefas, como é o caso da estrutura da administração pública direta.

²⁰²A exemplo da lição de ESTELLITA.

compromisso assumido (fático-real) e esteja dentro dos seus limites de atuação e exigibilidade, seja de proteção, seja de vigilância.²⁰³

Essa ponderação traz à superfície as seguintes indagações: a depender do ângulo de análise, não seria o Prefeito um garantidor de proteção do bem jurídico denominado “*probidade da administração pública*”, em um sentido amplo, mas que atuaria como garantidor de vigilância – do ponto de vista instrumental – uma vez detectada uma fonte de perigo concreta, como por exemplo a secretaria de educação do município? Ou seria o Prefeito um garantidor de vigilância, em regra, sendo a secretaria de educação considerada a fonte de perigo determinada, capaz de causar danos à bem jurídico de terceiros (probidade da administração pública e outros), devendo agir para manter os riscos originados por ela dentro dos patamares aceitáveis por lei?

Sobre o primeiro questionamento, podemos pensar em tipos penais em que verificamos a intenção do legislador de *proteger* o ente administração pública, como por exemplo os delitos de Corrupção Passiva e Prevaricação²⁰⁴. Nesses crimes vemos que o legislador busca proteger a administração pública de danos *internos*, ao contrário do que verificamos no exemplo de um organismo empresarial, em que o empresário (em regra, garantidor de vigilância) tem a obrigação de vigilância para evitar que a empresa (fonte de perigo) cause danos *externos*.

A nosso ver, especificamente no que diz respeito à possibilidade de atribuir a posição de garantidor de proteção ao chefe do Executivo, verificamos que, diferentemente do que notamos ao analisarmos a responsabilidade penal por omissão imprópria em uma estrutura verticalizada empresarial, de acordo com a sua composição e finalidade, a Administração Pública é uma fonte de realização e promoção de direitos fundamentais, como a saúde, o saneamento básico, a educação, e outros, surgindo daí a distinção crítica acerca da obrigação do Prefeito municipal como garantidor de proteção, com atividades de vigilância para instrumentalizar o exercício dessa condição.

Esse posicionamento está em concordância com os dois ângulos da administração pública mencionados anteriormente²⁰⁵, sendo que nesse caso estamos diante do seu aspecto

²⁰³SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *op. cit.*, p. 96-105.

²⁰⁴CPB, Art. 319. “Art. 319 – “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

²⁰⁵Ver nota de rodapé 133.

funcional, relacionado as funções de governo que garantem a produção de serviços, bens e utilidades para a população, o qual, por vezes, é de difícil definição.

Em síntese: o Prefeito municipal poderá ocupar a posição de garantidor de proteção e de vigilância, sendo em ambos os casos por meio da *assunção*²⁰⁶. De proteção quando falamos no aspecto funcional da administração pública direta, permeado pela obrigação de manter a integridade e observância do bem jurídico “probidade da administração pública”, e, por vezes, desempenhando atividades de vigilância para o cumprimento do seu dever de proteção. De vigilância em decorrência do aspecto organizacional do ente, hipótese na qual classificamos as Secretarias Municipais, compostas por pessoas subordinadas (no caso concreto representadas pelo Secretário de Educação), como fontes de perigo, capazes de causar danos ao bem jurídico “probidade da administração pública” e outros, pertencentes à coletividade, a depender do caso concreto.

5.6. Conclusões parciais

- a) É utópico pensarmos que o chefe do executivo poderá rever todos os atos de seus subordinados, em todos os níveis na estrutura verticalizada da administração pública direta. Além disso, adotar essa conduta, para além de prejudicar o bom andamento e funcionamento do ente que lidera, significaria contrariar os princípios fundamentais da administração pública direta, que prezam pela descentralização, desconcentração e delegação de competências.
- b) Considerando essa característica fundamental da estrutura da administração pública, para fins penais é necessário demonstrar, através de fundamentos materiais, de natureza jurídico-penal, que o chefe do poder executivo ocupará a posição de garantidor, para então delimitar quais são as condutas de evitação do resultado típico que seriam exigidas e, principalmente, sob quais circunstâncias fático-reais. Somente assim poderá, ou não, ser responsabilizado penalmente por omissão imprópria por delitos praticados por seus subordinados, a depender do caso concreto.

²⁰⁶Ver Capítulo 4, item 4.3.

- c) Para isso, adotamos o critério material do *domínio sobre a causa ou fundamento do resultado típico, matizado normativamente*, por ter se mostrado capaz de viabilizar a equiparação das suas espécies de responsabilização penal (comissão e omissão), se mostrando o mais adequado para solucionar as questões relacionadas à fixação da posição de garantidor no âmbito da administração pública direta.
- d) Aos garantidores de proteção recai o dever de defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independentemente de uma conduta própria anterior de interferência na esfera desse bem. Já os garantidores de vigilância sobre uma fonte de perigo possuem a obrigação de assegurar que esta fonte permaneça dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, o dever de agir no sentido de evitar o resultado típico prejudicial aos bens jurídicos de terceiros.
- e) Tendo em vista que o nosso estudo utiliza o administração pública direta municipal como pano de fundo apto a permitir a nossa análise, estabelecemos que as Leis Orgânicas municipais – somadas a leis complementares ou não –, adotando a mesma sistemática da Constituição Federal pela teoria do paralelismo principiológico, atribuem a Prefeitos a competência para realizar, privativamente, uma série de atos, sendo que, se de um lado a Lei Orgânica municipal determina as competências do Prefeito, por outro também trata das funções e das responsabilidades assumidas (delegadas) por seus Secretários, uma vez nomeados.
- f) Estabelecemos também que a administração pública, do ponto de vista do direito administrativo, é vista por dois ângulos distintos: funcional e organizacional. A nosso ver, do ponto de vista penal, também podemos vê-la sob o aspecto fático-real de agir, traduzida pelo compromisso assumido para evitar o resultado típico.
- g) Com base nisso, concluímos que (i) a exemplo da estrutura fundamental da Administração Pública brasileira, há uma divisão vertical em que se verifica a ideia de transferência de atribuições, em diversos níveis, sendo essa divisão decorrente da forma federativa adotada no país, bem como que (ii) de forma ampla, os contornos das atividades atribuídas e esperadas pelo Prefeito e por seus Secretários nomeados são descritos no modelo organizacional previsto na lei municipal.
- h) Sobre essa divisão e delegação de funções, delimitamos que para o nosso estudo interessa a chamada *desconcentração administrativa*, visto representar a possibilidade de o Prefeito Municipal, ao qual, em tese, caberia todas as atividades

da sua competência perante a Administração Municipal, mas por ser algo impossível que uma só autoridade realize inúmeras funções, divida tais tarefas (distribuir, delegar) entre os órgãos de assessoramento diretos do Prefeito, chefiados por seus Secretários Municipais.

- i) Concluímos que, em regra, o chefe do Executivo, representado no nosso estudo pelo Prefeito municipal, ocupa a posição de garantidor de vigilância, estando inserido entre aqueles nos quais, excepcionalmente, o ordenamento jurídico coloca sob sua responsabilidade *“um grupo de pessoas especialmente perigoso, apesar de autorresponsável, ou seja, mesmo faltando qualquer déficit de autorresponsabilidade”*.
- j) Somado a isso, concluímos também que o chefe do Executivo igualmente ocupará a posição de garantidor de proteção, razão pela qual estabelecemos critérios de distinção para fundamentar a atribuição de ambas as condições (proteção e vigilância), que se darão por assunção. De proteção quando falamos no aspecto funcional da administração pública direta, permeado pela obrigação de manter a integridade e observância do bem jurídico “probidade da administração pública”; de vigilância em decorrência do aspecto organizacional do ente, hipótese na qual classificamos as Secretarias, compostas por um grupo de pessoas subordinadas, como fontes de perigo, capazes de causar danos ao bem jurídico “probidade da administração pública” e outros, pertencentes à coletividade, a depender do caso concreto.

6. PROPOSTA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA

6.1. Critérios para determinar a posição de garantidor do chefe do poder executivo, à luz do caso paradigma

Uma vez concluído o exame dos principais pontos dogmáticos acerca da posição de garantidor, com enfoque no chefe do Executivo, e alcançadas as conclusões parciais capazes de demonstrar que o ator principal do nosso estudo preenche os requisitos teóricos aptos a classificá-lo como garantidor das condutas praticadas por seus subordinados que compõe a fonte de perigo Secretaria Municipal, inserida na estrutura da Administração Pública Direta, chegou o momento de fundamentarmos materialmente essa conclusão, para fins penais.

Com isso, responderemos à pergunta que norteia o trabalho: em quais casos, e sob quais fundamentos, o chefe do poder executivo ocupa – se é que ocupa – a posição de garantidor diante das condutas criminosas praticadas pelos seus subordinados na estrutura da administração pública sob o seu comando?

Muitos dos argumentos que sustentarão as conclusões a seguir foram expostos ao longo do trabalho, mas serão aqui concatenados, com a finalidade de (i) verificarmos se o chefe do Executivo exerce materialmente, sob o ponto de vista fático-real, e em atenção ao que exige o Direito Penal, *o controle sobre a fonte de perigo Secretaria Municipal, composta por um grupo de pessoas perigosas* – ainda que não o sejam intrinsecamente –, bem como se (ii) há também um critério material aplicável à proteção do bem jurídico, explorada no capítulo anterior.

Antes de tudo, devemos rememorar que a fonte de perigo identificada no nosso estudo como sendo a Secretaria Municipal o é porque envolve a coordenação de um grupo de pessoas (perigosas) incumbidas de praticar uma série de tarefas, consistentes na realização procedimentos administrativos indispensáveis para o ideal funcionamento da competência daquele determinado órgão (ex.: Secretaria de Educação Municipal), sendo que tal característica, por si só, já representa um fator de risco. Essas atividades são o que já classificamos como *atos de organização*.

Nas palavras de TAVARES, “*se o chefe ordena que o subordinado realize uma tarefa, deve fiscalizar sua execução para que não venha a lesar bem jurídico da própria administração ou de terceiro.*”²⁰⁷

Outro ponto que devemos observar é que no caso paradigma estamos diante de *uma* pessoa perigosa, representada pelo Secretário de Educação, o qual integra esse denominado grupo de pessoas perigosas que compõe a fonte de perigo. É importante ponderar isso porque a análise a seguir será feita com base nesse subordinado, já que, segundo o que narra o caso, não há menção de envolvimento de outros subordinados, ao menos de forma expressa.

Dessa maneira, tendo como base uma situação em que o resultado típico a ser evitado foi praticado pelo Secretário, *delegado direto* do Prefeito municipal, sem que haja outras barreiras de garantia entre ambos, passaremos a analisar os critérios materiais de controle sobre seus atos.

6.1.1. A materialização do controle do chefe do Executivo, à luz do caso concreto

Demonstramos ao longo do estudo que o chefe do Executivo, no nosso enfoque representado pelo Prefeito municipal, é a autoridade máxima no âmbito da administração pública direta, dentro dos limites do poder executivo.

Devemos observar, entretanto, que em decorrência das peculiaridades que permeiam o âmbito da administração pública direta, a coletividade, representada pela Câmara dos Vereadores eleitos (ou Deputados e Senadores, a depender da situação concreta), tem os poderes de “autorizar a criação, as atribuições e a extinção de Secretarias Municipais e de órgãos da administração direta e indireta”, *mediante o aval do Prefeito*²⁰⁸, e o de “fiscalizar e controlar, diretamente, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.²⁰⁹

²⁰⁷TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 321.

²⁰⁸Lei Orgânica Municipal de Santos (LOM), Art. 20. “Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, ressalvadas as especificadas nos artigos 21 e 36, dispor acerca de todas as matérias de competência do Município, especialmente: [...] XXI - autorizar a criação, as atribuições e a extinção de Secretarias Municipais e de órgãos da administração direta e indireta. (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica no 89/2021)”; c.c. Constituição Federal Brasileira, Art. 61. “[...] § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.

²⁰⁹Lei Orgânica Municipal de Santos, Art. 21. “Cabe, privativamente, à Câmara: [...] XI - fiscalizar e controlar, diretamente, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Tais prerrogativas, no entanto, não prejudicam o ponto de vista da nossa análise, já que, ao fim e ao cabo, o chefe do Executivo é a autoridade máxima *originária* no dia a dia da administração pública, especialmente diante de todos os atos praticados pelos indivíduos que compõem a sua estrutura fundamental.

No que diz respeito ao dever de garantidor de proteção assumido pelo chefe do Executivo, podemos demonstrar a sua materialização por meio das incumbências atreladas à função pública – e papel social – efetivamente assumida por ele perante a coletividade. Isso porque, como detalhado em tópico próprio, o chefe do Executivo, no caso o Prefeito, foi eleito pela população para representá-la à frente da sua principal fonte de direitos fundamentais (saúde, educação, saneamento básico, entre outros).

À luz do caso concreto, entendemos que a assunção dessa garantia pode ser demonstrada efetivamente através dos indicadores de desempenho exigíveis de comprovação ao Prefeito do município de Santos, sendo eles: “*a) promoção do desenvolvimento ambientalmente, socialmente e economicamente sustentável; b) inclusão social, com redução das desigualdades regionais e sociais; c) atendimento das funções sociais da cidade com melhoria da qualidade de vida urbana; d) promoção do cumprimento da função social da propriedade; e) promoção e defesa dos direitos fundamentais individuais e sociais de toda pessoa humana; f) promoção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e combate a poluição sob todas as suas formas; g) universalização do atendimento dos serviços públicos municipais com observância das condições de regularidade, continuidade, eficiência, rapidez e cortesia no atendimento ao cidadão, segurança, atualidade com as melhores técnicas, métodos, processos e equipamentos, e modicidade das tarifas e preços públicos que considerem diferentemente as condições econômicas da população.*”²¹⁰

A atenção a tais indicativos e cumprimento dessas ações se mostram igualmente efetivos diante da obrigatoriedade da confecção de um relatório anual pelo chefe do Executivo, o qual será publicado anualmente e submetido à análise da Câmara Municipal²¹¹. Assim, o que se percebe é que a obrigação de proteção ao bem jurídico “proibidade da administração pública” não é algo meramente formal, possuindo balizadores objetivos e concretos, capazes de demonstrar a sua efetiva assunção perante à coletividade.

²¹⁰LOM, Art. 58-A, §6º.

²¹¹LOM, Art. 58-A, §7º e 8º.

Somado a isso, a relação de confiança é corroborada e materializada no aspecto funcional da Administração Pública direta, cuja finalidade principal é a de prover serviços, bens e utilidades essenciais à população.

Nesse aspecto, adotamos a posição crítica de DOPICO GÓMEZ-ALLER, que esclarece não se tratar de confiança da vítima – ainda que juridicamente fundada –, mas sim da *confiança no sentido de expectativa jurídica*, normativa, que passa a ser mais um dos elementos da omissão considerada relevante perante o Direito Penal.²¹²

Lado outro, ao falarmos sobre a posição de garantidor de vigilância, temos que, da estrutura hierárquica da Administração Pública Direta, decorrem efeitos aptos a fundamentar legal e materialmente o controle do chefe do Executivo perante seus subordinados. O desafio é o de demonstrar esse controle para fins penais.

Como já dito, o poder de comando do chefe do Executivo sobre seus subordinados ocorre através do exercício dos poderes *de dar ordens, de controle, de rever atos dos subordinados e de coordenação*. A nosso ver, o exercício de fato desses poderes representa a capacidade do chefe do Executivo de controlar a fonte de perigo identificada como Secretaria Municipal, já que referido órgão, e conseqüentemente o grupo de pessoas que o integra, são seus subordinados.

Há também a prerrogativa do Prefeito de exonerar os Secretários Municipais²¹³, uma vez constatada quaisquer irregularidades, o que, a nosso ver, também representa mais um elemento capaz de demonstrar o seu controle sobre a fonte de perigo e a possibilidade efetiva de agir para evitar (ou fazer cessar) o resultado típico. Tal regra é igualmente prevista na Constituição Federal, no que diz respeito ao Presidente da República e seus Ministros de Estado²¹⁴.

Além disso, os mesmos dispositivos legais também atribuem ao chefe do Executivo o poder de nomear os Secretários Municipais, responsáveis diretos por dar cumprimento ao programa de metas, diretrizes, coordenação, e executar planejamento de outras tarefas que lhe são atribuídas (atos organizacionais), o que, a nosso ver, consiste em mais um meio de materializar o controle exercido sobre a fonte de perigo Secretaria Municipal e pessoas que a compõe.

²¹²DOPICO GÓMEZ-ALLER, *apud*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 85.

²¹³Lei Orgânica do Município de Santos, Art. 58, inciso III.

²¹⁴Constituição Federal Brasileira, Art. 84, inciso II.

Isso dado que é através destes *comandos*, outorgados com a finalidade de permitir a atuação voltada aos interesses da coletividade²¹⁵, que o chefe do Executivo mantém o controle sobre a estrutura da administração pública, tanto do ponto de vista funcional, como, principalmente, organizacional. Assim, é em virtude dessa habilitação para exercer atos organizacionais, em nome da administração pública direta, perante a coletividade e em benefício do interesse público, que tem origem o seu dever de vigilância.

Esse controle é verificável na hipótese do caso concreto porque a fonte de perigo Secretaria Municipal extrapola a barreira do risco permitido e passa a exigir ações para evitar o resultado típico em decorrência das condutas praticadas pelo Secretário de Educação, que, além de pertencer ao grupo de pessoas perigosas, é o auxiliar direto do Prefeito municipal.

Assim, em uma visão da estrutura da administração pública à luz do caso concreto, isto é, em um cenário em que o Prefeito municipal exerce de fato os poderes de supervisão que lhe são permitidos (controle, coordenação e revisão dos atos praticados pelo seu subordinado direto), verifica-se demonstrada a viabilidade de que exista um controle material funcional e organizacional em face da fonte de perigo Secretaria Municipal.

Vale lembrar que essa análise recai sobre um cenário em que o chefe do Executivo, à luz do caso concreto, exerce efetivamente as funções de supervisão e controle, de forma direta e pessoal. O que pode não ocorrer em outras estruturas administrativas.²¹⁶

O que queremos dizer com essa afirmação é que a análise da posição de garantidor deve ser feita, caso a caso, especialmente porque as leis orgânicas municipais, apesar de se basearem no texto constitucional e no Decreto-lei 200/1967, adotam estruturas personalíssimas, de acordo com o binômio realidade-necessidade geográfica de cada município. Isso impacta diretamente no resultado da análise da presença de um fundamento material-penal da posição de garantidor.

As conclusões trazidas nesse trabalho são o ponto de partida dessa análise, onde demonstramos os fundamentos materiais que permitem atribuir a posição de garantidor, de proteção e de vigilância, ao chefe do Executivo. Porém, em um segundo momento, deverão ser ponderadas com vistas às peculiaridades (i) do caso concreto e (ii) das normas previstas

²¹⁵CARVALHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 158.

²¹⁶Lei 14.133/2021, Art. 71. “Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades; II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável; IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.”

na lei orgânica municipal, ou outra responsável por reger a administração pública à qual o chefe do Executivo em questão está à frente.

Isso dado que a relevância do dever de vigilância do garantidor encontra fundamento no fato de que a preservação da integridade do bem-jurídico dependa da sua intervenção, devendo, para tanto, ser tal ação fisicamente possível.²¹⁷

Em síntese: apesar de termos alcançado balizadores capazes de demonstrar que o chefe do Executivo ocupa a posição de garantidor, com base em argumentos úteis para fins penais, isso não nos exime de verificar o seu efetivo do controle sobre a fonte de perigo, de acordo com o caso concreto e da dinâmica adotada para o seu funcionamento.

6.1.2. O Prefeito Municipal como garantidor originário

A conclusão do tópico anterior necessita de mais uma camada de aprofundamento. Especialmente quando pensamos em uma estrutura administrativa maior e mais complexa, como a de uma grande metrópole, por exemplo.

Assim, em que pese tenhamos demonstrado materialmente o controle exercido pelo chefe do Executivo sobre a fonte de perigo identificada como Secretaria Municipal, é utópico concebermos que esse *controle* é sempre exercido pessoalmente pelo chefe do Executivo, sendo esse, inclusive, um dos pontos que motivaram esse estudo.

Já abordamos em tópico anterior o princípio da desconcentração da administração pública, relacionado ao escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes desse ente. A sua adoção a essa altura é clara ao leitor e rechaça a ideia utópica exposta acima. José dos Santos Carvalho o resume, do ponto de vista administrativo²¹⁸:

“Tantas são as atividades a cargo da Administração Pública que não se poderia conceber sua normal realização sem a organização, em escalas, dos agentes e dos órgãos públicos. Em razão desse escalonamento firma-se uma relação jurídica entre os agentes, que se denomina relação hierárquica.”

²¹⁷TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*, cit., 2012, p. 321.

²¹⁸CARVALHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 158.

Esse escalonamento é posto em prática no âmbito administrativo por meio da *delegação e da avocação*. Para o nosso estudo nos restringiremos a abordar a delegação²¹⁹.

Essa delegação, todavia, não desonera o Prefeito de fiscalizar as atividades desempenhadas pelo agente situado em plano hierárquico inferior, tanto para verificar se as práticas adotadas estão em consonância com às normais legais e regulamentares, como também se seguem as diretrizes fixadas pela autoridade delegante.²²⁰

Exemplo disso é a norma prevista na Constituição Federal Brasileira²²¹ e na Lei Orgânica Municipal de Santos, que obriga o Secretário Municipal (ou Ministro) a apresentar ao Prefeito (ou ao Presidente da República) relatório anual de sua gestão na Secretaria (ou Ministério), entre outras práticas de controle e supervisão da gestão exercida por aquele delegado.

Assim, é através da delegação que colocamos em prática a divisão de funções e tarefas, em qualquer âmbito pavimentando pela divisão de trabalho. No nosso estudo trataremos das formas e dos efeitos dessa delegação, especificamente no âmbito da administração pública direta, na forma vertical.

A principal questão que orbita esse tema é o distanciamento progressivo entre a execução material e a atribuição da responsabilidade penal pelo fato típico. Apesar do presente estudo não objetivar se imiscuir nessa questão mais complexa, é possível estabelecer os três principais pontos de discussão: (i) se os deveres de garantia também *migram* com a delegação; (ii) se é possível (e lícito) a delegação no âmbito de qualquer matéria; e, por fim (iii) se caso ocorra efetivamente a delegação, está implicada na exoneração da corresponde responsabilidade legal do delegante.²²²

²¹⁹À luz do Direito Administrativo “delegação é a transferência de atribuições de um órgão a outro, no aparelho administrativo. [...] O poder de delegação não é irrestrito e, por isso, não atinge certas funções específicas atribuídas a determinados agentes; a delegação abrange funções genéricas e comuns da Administração. Cuida-se de fato administrativo que vislumbra maior eficiência na ação dos administradores públicos e que reclama expressa definição das atribuições delegadas.” (CARVALHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 158). Em sentido mais compatível com o direito administrativo moderno, Maria Sylvania Zanella ensina: “Embora o dispositivo dê a impressão de que a delegação somente é possível quando a lei permita, na realidade, o poder de delegar é inerente à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública [...]. A regra é a possibilidade de delegação; a exceção é a impossibilidade, que só ocorre quando se trate de competência outorgada com exclusividade a determinado órgão.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 477).

²²⁰CARVALHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 158.

²²¹Constituição Federal Brasileira de 1988, Art. 87, inciso III.

²²²CRESPO, Eduardo Demetrio. *op. cit.*, p. 106.

Em primeiro lugar, esclarecemos que, sob a ótica do direito penal, e com vistas ao caso concreto, a delegação de funções e de tarefas não exime o superior delegante *de todo e qualquer dever de controle*. Contudo, observamos que, a depender do alcance dessa delegação, o delegante passará a ter menores deveres de acompanhamento, vigilância e fiscalização.²²³

Advertimos, todavia, que a delegação de tarefas e funções resulta no dever de supervisão apenas das atividades do delegado, visto que, “*se há nova delegação, o delegante originário não tem o dever de supervisionar as atividades dos subordinados do delegado, o que deve ser feito por ele.*”²²⁴

Assim, ao pensarmos no cenário do caso concreto, o Prefeito pode delegar os deveres de vigilância e controle do grupo de pessoas que compõem aquela determinada Secretaria ao Secretário de Educação²²⁵. Nesse caso, ainda assim prevalecerá a obrigação do chefe do Executivo²²⁶, na posição de garantidor originário de vigilância, de manter a fonte de perigo dentro dos limites permitidos, contudo, o conteúdo da instrumentalização desse seu dever de vigilância sofre alterações, como demonstrado acima.²²⁷

Em segundo lugar, verifica-se também esclarecido que a resposta ao primeiro questionamento é parcialmente positiva, vez que não há a migração completa do dever de garantia. Isso dado que ao garantidor originário permanece a obrigação de supervisionar as atividades delegadas ao seu subordinado. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ adverte²²⁸:

“a delegação [...] tem por efeito imediato modificar as situações de competência inicial, o que implica uma transferência de responsabilidade. No entanto, a nova posição de garantia do delegado gerada a partir da assunção de funções de controle do delegante.”

²²³BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 190.

²²⁴ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, *cit.*, p. 150.

²²⁵Corroborando essa afirmação, a LOM, Art. 62. “Os Secretários Municipais, auxiliares diretos e da confiança do Prefeito, serão responsáveis pelos atos que praticarem ou referendarem no exercício do cargo.”

²²⁶Estendendo essa afirmação para o âmbito da Federal, o texto constitucional estabelece: “Constituição Federal, Art. 12. “É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento. Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação, e Art. 20. “O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência. a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.”

²²⁷ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, *cit.*, p. 150.

²²⁸SILVA SÁNCHEZ, *apud*. CRESPO, Eduardo Demetrio. *op. cit.*, p. 108.

Em terceiro lugar, a delegação é lícita quando permitida, seja por previsão legal – especialmente ao pensarmos no ambiente extremamente regulado da administração pública –, ou em decorrência da sua natureza extremamente pessoal.²²⁹

Exemplo disso é o que estabelece a Lei Orgânica do Município de Santos, inspirada na Constituição Federal Brasileira, ao determinar que “compete à Secretaria Municipal de Educação auxiliar o Prefeito no cumprimento do programa de metas estabelecido no Plano Plurianual de governo para a área da Educação, especialmente: [...] executar outras tarefas que lhe forem atribuídas pelo Prefeito.”

Logo, as atividades praticadas pelo Secretário, no caso superior hierárquico à frente da Secretaria da Educação Municipal, devem atender as determinações legais, que dizem respeito à *delegação originária* do Prefeito municipal, através da delegação de funções específicas com a finalidade de atribuir maior eficiência na ação dos atos praticados pelos administradores públicos²³⁰.

Note-se, por fim, que o delegado somente poderá realizar novas delegações (delegações em cadeia) abaixo de si hierarquicamente, desde que essa prática seja expressamente autorizada quando da delegação originária. Essa cadeia resulta na gradação da intensidade do nível de controle em estruturas verticalizadas, acarretando como sintoma a manutenção apenas dos deveres mais gerais na cúpula da administração pública.²³¹

6.1.3. Verificação da solução proposta no caso paradigma

Na hipótese narrada em nosso caso paradigma (item 1.1.), há dever de agir do chefe do executivo municipal em relação aos atos praticados pelo Secretário de Educação, visto ter sido por ele nomeado e podendo ser por ele também ser exonerado²³² da função pública exercida. Além disso, ainda que possuidor da competência originária para praticar certos atos administrativos, o Secretário permanece subordinado ao Prefeito, possuindo o dever de periodicamente prestar informações sobre a sua atuação.²³³

²²⁹ESTELLITA, Heloisa. *op. cit.*, p. 149.

²³⁰CARVALHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 157.

²³¹ ESTELLITA, HELOISA. *op. cit.*, 170.

²³² Lei Orgânica do Município de Santos, Art. 58, inciso III.

²³³ Constituição Federal Brasileira, Art. 87.

Vemos também que o controle sobre a fonte de perigo é demonstrado pelas prerrogativas acima, somadas ao exercício dos poderes *de dar ordens, de controle, de rever atos dos subordinados e de coordenação* pelo chefe do executivo municipal, principalmente porque, como já dito e sob a ótica do direito penal, a delegação de funções e de tarefas não exime o superior delegante de todo e qualquer dever de controle.

Assim, o Prefeito municipal ocupa a posição de garantidor diante da fonte de perigo Secretaria de Educação municipal no caso paradigma. Nessa posição, e com vistas ao caso concreto, caberia ao chefe do executivo a exoneração do Secretário, nos termos da Lei Orgânica Municipal, com o encaminhamento de notícia do crime para as autoridades cabíveis.

Aqui abrimos um parêntese para ponderar que esse dever de agir, por si só, não fundamenta a responsabilidade penal por omissão do chefe do executivo. É preciso a análise dos demais pressupostos dessa espécie de responsabilidade penal (omissão imprópria).

Nesse sentido, sobre o dever ou não de agir, verificamos ser indispensável a análise da natureza da competência do subordinado que praticar a conduta criminosa e a sua posição na estrutura verticalizada da administração pública direta (camadas de distanciamento).

Isso dado que a competência, e conseqüentemente os poderes e deveres do agente, estão diretamente conectados a essa classificação, devendo isto servir, a nosso ver, como uma espécie de termômetro da intensidade do grau de vigilância e/ou proteção exigidos do chefe do executivo, diante de uma situação concreta.

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu colaborar com a determinação de critérios materiais, aptos a fundamentar, do ponto de vista penal, a atribuição da posição de garantidor ao chefe do Executivo, em face das condutas praticadas por seus subordinados, no âmbito da Administração Pública Direta.

A motivação do estudo tem interesse prático nos episódios em que chefes do poder Executivo são denunciados em ações penais, sem a observância de premissas essenciais do direito penal.

Em síntese, o trabalho buscou aclarar equívocos relacionados à concepção automática de que o chefe do Executivo, por ser a autoridade máxima da administração pública direta, possui o dever de proteção e vigilância, com relevantes consequências penais, sobre todas as condutas criminosas praticadas pelos membros de seu governo, sobretudo em se tratando de indivíduos por ele nomeados para o exercício de cargos de confiança, devendo, por esta razão, igualmente ser responsabilizado criminalmente por tais atos.

Para o desenvolvimento deste estudo adotamos como ponto de partida e pano de fundo da nossa análise, um caso concreto construído à luz de situações reais, em que o Secretário Municipal de Educação pratica o crime de frustração do caráter competitivo licitatório (Art. 337-F CP), em decorrência das oportunidades que lhe são conferidas pela função que ocupa no âmbito de uma Administração Pública Direta municipal, sem que haja nenhum indício de ato ou conhecimento por parte do Prefeito Municipal.

Nessas circunstâncias, surge a pergunta que norteia o trabalho: em quais casos, e sob quais fundamentos, o chefe do poder executivo ocupa – se é que ocupa – a posição de garantidor diante das condutas criminosas praticadas pelos seus subordinados na estrutura da administração pública sob o seu comando?

Em busca de elementos de natureza penal que esclarecessem tais questionamentos, perpassamos pela análise de casos construídos à luz de precedentes reais, elementos que conceituam e fundamentam a responsabilidade penal por omissão imprópria – visto ser a espécie adequada ao nosso estudo –, e noções básicas sobre a estrutura fundamental e preceitos da Administração Pública.

Além disso, nos aprofundamos nos elementos relacionados à fixação dos critérios materiais como fundamento para a igualdade da resposta penal da comissão à omissão, resultando nas conclusões a seguir.

É utópico pensarmos que o chefe do executivo poderá rever todos os atos de seus subordinados, em todos os níveis na estrutura verticalizada da administração pública direta. Além disso, adotar essa conduta, para além de prejudicar o bom andamento e funcionamento do ente que lidera, significaria contrariar os princípios fundamentais da administração pública direta, que prezam pela descentralização, desconcentração e delegação de competências.

Considerando essa característica fundamental da estrutura da administração pública concluímos, para fins penais, que o chefe do poder executivo ocupa a posição de garantidor de proteção e de vigilância.

Para tanto, adotamos o critério material do *domínio sobre a causa ou fundamento do resultado típico, matizado normativamente*, por ter se mostrado capaz de viabilizar a equiparação das suas espécies de responsabilização penal (comissão e omissão), se mostrando o mais adequado para solucionar as questões relacionadas à fixação da posição de garantidor no âmbito da administração pública direta.

Estabelecemos também que a administração pública, do ponto de vista do direito administrativo, é vista por dois ângulos distintos: funcional e organizacional; sendo que, a nosso ver, do ponto de vista penal, também podemos vê-la sob o aspecto fático-real de agir, traduzida pelo compromisso assumido para evitar o resultado típico.

Com base nisso, concluímos que (i) a exemplo da estrutura fundamental da Administração Pública brasileira, há uma divisão vertical em que se verifica a ideia de transferência de atribuições, em diversos níveis, sendo essa divisão decorrente da forma federativa adotada no país, bem como que (ii) de forma ampla, os contornos das atividades atribuídas e esperadas pelo Prefeito e por seus Secretários nomeados são descritos no modelo organizacional previsto na lei municipal.

Sobre essa divisão e delegação de competência (originária e derivada), delimitamos que para o nosso estudo interessa a chamada *desconcentração administrativa*, visto representar a possibilidade de o Prefeito Municipal, ao qual, em tese, caberia todas as atividades da sua competência perante a Administração Municipal, mas por ser algo impossível que uma só autoridade realize inúmeras funções, divida tais tarefas (distribuir,

delegar) entre os órgãos de assessoramento diretos do Prefeito, chefiados por seus Secretários Municipais.

Concluímos que, em regra, o chefe do Executivo, representado no nosso estudo pelo Prefeito municipal, ocupa a posição de garantidor de vigilância, estando inserido entre aqueles nos quais, excepcionalmente, o ordenamento jurídico coloca sob sua responsabilidade *um grupo de pessoas especialmente perigoso, apesar de autorresponsável, ou seja, mesmo faltando qualquer déficit de autorresponsabilidade.*

Concluímos também que o chefe do Executivo igualmente ocupa a posição de garantidor de proteção, razão pela qual estabelecemos critérios de distinção para fundamentar a atribuição de ambas as condições (proteção e vigilância), por assunção.

Será garantidor de proteção quando falamos no aspecto funcional da administração pública direta, permeado pela obrigação de manter a integridade e observância do bem jurídico “probidade da administração pública”; e de vigilância em decorrência do aspecto organizacional do ente, hipótese na qual classificamos as Secretarias, compostas por um grupo de pessoas subordinadas, como fonte de perigo, capaz de causar danos ao bem jurídico “probidade da administração pública” e outros, pertencentes à coletividade, a depender do caso concreto.

Assim, uma vez alcançadas as conclusões acima, capazes de demonstrar que o chefe do Executivo preenche os requisitos teóricos aptos a classificá-lo como garantidor de proteção e de vigilância, nos aprofundamos nos fundamentos materiais penais indispensáveis ao tema.

Demonstramos os critérios capazes de materializar a posição de garantidor de proteção e de vigilância do chefe do Executivo, subsidiados nos compromissos efetivamente assumidos pelo Prefeito, bem como nos mecanismos eficazes no sentido do exercício efetivo de controle sobre a fonte de perigo, identificada no nosso estudo como Secretaria Municipal.

Em síntese, o poder de comando do chefe do Executivo sobre seus subordinados ocorre através do exercício dos poderes *de dar ordens, de controle, de rever atos dos subordinados e de coordenação.* A nosso ver, o exercício de fato desses poderes, somados ao reporte periódico obrigatório do subordinado, representa a capacidade do chefe do Executivo de efetivamente controlar a fonte de perigo identificada como Secretaria Municipal.

Entretanto, salientamos que, em que pese demonstrado materialmente o controle exercido pelo chefe do Executivo sobre a fonte de perigo identificada como Secretaria Municipal, é utópico concebermos que esse *controle* é sempre exercido pessoalmente pelo chefe do Executivo. Por essa razão, abordamos a questão de o chefe do Executivo ser o garantidor originário, com a possibilidade de delegar funções e tarefas, incluindo as de vigilância e controle, desde que permitido por previsão legal expressa.

Assim, ao final, concluímos nosso estudo com o alerta de que a análise da posição de garantidor deve ser feita, caso a caso, especialmente porque as leis orgânicas municipais, apesar de se basearem no texto constitucional e no Decreto-lei 200/1967, adotam estruturas personalíssimas, de acordo com o binômio realidade-necessidade geográfica de cada município. Isso impacta diretamente no resultado da análise da presença de um fundamento material-penal da posição de garantidor.

Assim, ponderamos que as conclusões trazidas nesse trabalho devem ser encaradas como o ponto de partida da análise da possibilidade de atribuição da posição de garantidor ao chefe do Executivo, perante as condutas praticadas por seus subordinados no âmbito da Administração Pública Direta que está à frente, visto termos identificado fundamentos materiais que permitem lhe atribuir a posição de garantidor de proteção e de vigilância. Porém, em um segundo momento, é indispensável matizar tais fundamentos à luz das peculiaridades (i) do caso concreto e (ii) das normas previstas na lei orgânica municipal, ou outra responsável por reger a administração pública à qual o chefe do Executivo em questão está à frente.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel. La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español. *ADPCP*, v. 52, p. 137-176, 1999. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298223.pdf>.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo: B de F Ltda., 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COMPLEXO Portuário de Santos. Disponível em: <https://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/o-porto-de-santos/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.

DALLARI, Adilson de Abreu. Responsabilidade dos prefeitos e vereadores. *Revista dos Tribunais Online*, Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 7, p. 1175-1194, nov. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. CL001. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770>.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte especial – Crimes contra a Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2020.

GUIMARAY, Erick. *Delitos contra la administración pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico*. Madrid: Reus Editorial, 2021.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Trad. Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo IBGE 2010*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/pesquisas>. Acesso em: 18 jun. 2022.

JAKOBS, Gunther. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, n. 1, 2000. (Cuadernos de conferencias y artículos, n. 1).

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV Editora, 2018.

MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

ORTIZ, Mariana Tranchesi, A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: a responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios. *Revista Fórum de Ciências Criminais*: RFCC, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 13-40, jan./jun. 2017.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. (Reflexões jurídicas)

QUEM Somos. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso: 14 jun. 2022.

REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambialidad de acción y omisión em los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RUIVO, Marcelo Almeida. O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público. *RPCC*, v. 25, p. 263-283, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. rev. atual ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (Artigo 327, *caput*, do CP). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco, trad. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omision impropria*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Parte II – Direito Penal, Parte Geral. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco, trad. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 159-184.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Marcial Pons, 2004.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.