

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA**

**OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E SEUS ELEMENTOS OBJETIVOS À LUZ  
DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO**

**BELO HORIZONTE**

**2017**

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

**OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E SEUS ELEMENTOS OBJETIVOS À LUZ  
DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

**Linha de Pesquisa:** Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

**Área de Estudo:** Direito Penal Contemporâneo.

**Orientadora:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sheila Jorge Selim de Sales.

BELO HORIZONTE

2017

---

C837c Costa, Victor Cezar Rodrigues da Silva  
Os crimes omissivos impróprios e seus elementos objetivos  
à luz do funcionalismo teleológico / Victor Cezar Rodrigues da  
Silva – 2017.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Crime por omissão 3. Classificação de  
crimes I.Título

CDU<sub>(1976)</sub> 343.232

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Dissertação intitulada “Os crimes omissivos impróprios e seus elementos objetivos à luz do funcionalismo teleológico”, de autoria do Bacharel Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa, foi considerada \_\_\_\_\_ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professora Dr.<sup>a</sup> Sheila Jorge Selim de Sales  
(FDUFMG – Orientador)

---

Professor Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt  
(FDUFMG)

---

Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios  
(PUCPR)

---

Professor Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça  
(ESDHC-MG - Suplente)

Belo Horizonte, 3 de agosto de 2017.

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos, quiçá, constituem a tarefa mais difícil de qualquer trabalho, uma vez que sempre se corre o risco de esquecer alguém. Certamente aqueles que, por um equívoco do autor, não aqui constarem, mas certamente lhe ofereceram um ombro amigo em um momento de desolação ou indecisão, medo ou sofrimento, angústia, agonia ou ansiedade, saibam que sempre terão o carinho de quem a este subscreve. Em que pese tal perigo, esboço aqui alguns em especial.

Em primeiro lugar, às duas Eunices, avó e tia, as quais sempre me apoiaram incondicionalmente, tanto nos momentos de alegrias, quanto nos momentos de maior dificuldade, seja ela emocional ou material. À Maria Lusía do Prado, minha mãe de coração, que por muito pouco não chegou a ver a conclusão do meu mestrado. Os agradecimentos a elas estendem-se a toda minha família, *conditio sine qua non* da minha existência.

À Professora Dr.<sup>a</sup> Sheila Jorge Selim de Sales, minha orientadora, que mesmo, de início, não me conhecendo pessoalmente, recebeu-me tão gentilmente junto à Universidade Federal de Minas Gerais. Suas orientações, tanto acadêmicas quanto pessoais, marcaram minha trajetória acadêmica e certamente continuarão a me guiar daqui pra frente.

Ao querido amigo Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios, inspiração profissional, acadêmica e exemplo de vida. Devo a ele toda a confiança em mim depositada, uma vez que, tendo decidido dar-me uma chance, profissional e acadêmica, incentivou um jovem estudante a enfrentar os tortuosos caminhos da dogmática jurídico-penal.

Ao Professor Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt que, igualmente sem me conhecer inicialmente, recebeu-me com muita gentileza junto à UFMG, incluindo-me ao seu Grupo de Estudos “*Dogmática Penal e Política Criminal*”, além, é claro, das inúmeras conversas e dúvidas solucionadas em relação à teoria do direito penal. Da mesma forma ao Professor Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, a quem agradeço a confiança depositada em inúmeros momentos da minha estada acadêmica em Belo Horizonte.

Aos professores e amigos que de alguma forma contribuíram para meu interesse e aprofundamento na ciência do direito, em especial, nas ciências penais e na sua constante crítica e aperfeiçoamento. Na linha daquilo que Radbruch afirmava, aprendi com eles que o papel do penalista não é o de se buscar um direito penal melhor, mas algo melhor que o

direito penal. Em especial aos Professores Juarez Tavares, Hermes Vilchez Guerrero, Leonardo Yarochevski, Marcelo Cattoni e Júlio Zini.

Aos amigos que fiz em Belo Horizonte e que pela distância dos vínculos biológicos aprendi a amá-los como minha família, em especial Flávia, Tatiana e Amanda, que além do laço fraternal comungam comigo o gosto pelas coisas do direito penal. Às amigas abolicionistas pelas discussões regadas à vinho nos fins de semana, em especial à Marcela, Júlia, Jéssica e Nayara. E ainda, ao Eder e ao Douglas, que pela proximidade de endereços, mas, sobretudo, de ideias, foram os amigos de todas as horas.

Aos amigos de hoje e sempre: Aline Piovesan, Helena Reback, Rafaela Becher, Allian Machado, Priscila Ton e Gabriel Basso que, apesar de sempre me lembrarem que existe vida fora da Universidade, toda vez comemoravam comigo as conquistas acadêmicas.

Correndo o risco acima já citado, encerro provisoriamente com Leminski, conhecido poeta paranaense, que sintetiza, de certo modo, a substancialidade do que quis expressar:

*Não fosse isso  
e era menos  
Não fosse tanto  
e era quase.*

Belo Horizonte, junho de 2017.

## RESUMO

Os crimes omissivos impróprios estão no centro das modernas discussões sobre a dogmática jurídico-penal. Deveres de garantia impostos pela ordem internacional, omissão culposa, e grandes estruturas empresariais motivam tal renovado interesse. Nesse sentido é que se circunscreve o âmbito e objetivo desta dissertação. Como proposta, pretende-se demonstrar, a partir da análise dogmática dos crimes omissivos impróprios critérios limitadores à sua imputação, de modo a afirmar, em última análise, a função precípua do direito penal como a proteção subsidiária de bens jurídicos. Não se trata, entretanto, de fazer um panorama, ao estilo de manual, dos crimes omissivos impróprios, mas antes, de estabelecer de maneira criteriosa os requisitos para a configuração de seu tipo objetivo e sua conformação a um direito penal democrático, bem como os mecanismos inerentes à imputação do resultado. Não parece que a tolerância à expansão dos crimes omissivos seja algo positivo, senão que uma ingerência cada vez maior por parte do Estado-pena na vida dos cidadãos. Trata-se, antes de se pregar um direito penal do garante, de lutar por um direito penal das garantias.

**Palavras-chave:** Crimes omissivos; dogmática penal; omissão imprópria; parte geral do direito penal; *compliance*.

## ABSTRACT

Improper omission crimes are the centre of modern discussions regarding criminal and legal law dogmatic. Guaranteed duties imposed by the international order, culpable omissions, and large corporative structures motivate such renewed interest. Thus, delimiting the scope and the objective of this thesis. Based on the dogmatic analyses of improper omission crimes, this thesis aims at demonstrating restriction criteria to its imputation, so to state criminal law's essential function as a tool for protecting legal assets. However, the current project does not intend to make an overview of improper omission crimes, as a manual would. Yet, it means to establish the requirements for an objective and democratic approach into criminal law and its frames, as well as the intrinsic mechanism for assessing the results. The tolerance to omission crimes is but the state's mismanagement of the citizen's life. It is then of the utmost importance to guarantee a sort of criminal law that provides security.

**Key-words:** omission crimes; criminal dogmatic; improper omission; general part of criminal law; compliance.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo (de lei)
coord.	Coordenador
BGH	<i>Der Bundesgerichtshof</i> (Superior Tribunal de Justiça alemão)
Cf.	Conferir
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
ed.	Edição
Ed.	Editor
f.	Folha
Loc. cit.	Local citado
Op. cit.	Obra citada
org.	Organizador
p.	Página
pp.	Páginas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
trad.	Tradutor

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
1.1 OBJETIVOS.....	14
1.2 CASOS.....	15
1.3 PLANO DE INVESTIGAÇÃO.....	18
<b>2. NOTA HISTÓRICA.....</b>	<b>19</b>
<b>3. O ALARGAMENTO DAS HIPÓTESES DE CRIMINALIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA E A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS LIMITATIVOS À SUA INCIDÊNCIA.....</b>	<b>24</b>
3.1. A TENDÊNCIA EXPANSIVA DO DIREITO PENAL DO NÃO-FAZER.....	25
3.2. A (I)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA EXPANSÃO DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....	28
3.3. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO COMO LIMITAÇÃO À INTERVENÇÃO REPRESSIVA INDEVIDA.....	32
<b>4. O CONCEITO DE OMISSÃO.....</b>	<b>34</b>
4.1. CAUSALISMO.....	35
4.2. NEOKANTISMO.....	38
4.3. FINALISMO.....	40
4.4. CONCEITO SOCIAL.....	43
4.5. CONCEITO NEGATIVO.....	45
4.6. CONCEITOS PÓS-FINALISTAS.....	46
<b>4.6.1. Concepção significativa de omissão.....</b>	<b>46</b>
<b>4.6.2. Funcionalismo sistêmico de Jakobs.....</b>	<b>48</b>
<b>4.6.3. Funcionalismo teleológico-racional de Roxin.....</b>	<b>50</b>
4.7. A OMISSÃO NO <i>COMMON LAW</i> .....	53
4.8. NOSSA POSIÇÃO.....	55
<b>5. OMISSÃO PRÓPRIA E IMPRÓPRIA: CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO.....</b>	<b>59</b>
5.1. CRITÉRIO NORMATOLÓGICO.....	59
5.2. CRITÉRIO TIPOLOGICO.....	62

5.3.	CRITÉRIO TRADICIONAL.....	63
5.4.	NOSSA POSIÇÃO.....	64
<b>6.</b>	<b>OS LIMITES DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....</b>	<b>69</b>
6.1.	OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE....	71
6.2.	O CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO COMO CRIMES DE RESULTADO.....	75
<b>7.</b>	<b>MODELOS DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA.....</b>	<b>80</b>
7.1.	MODELO TRADICIONAL.....	81
<b>7.1.1.</b>	<b>A situação de perigo para o bem jurídico.....</b>	<b>82</b>
<b>7.1.2.</b>	<b>A omissão da ação devida e o resultado típico.....</b>	<b>85</b>
<b>7.1.3.</b>	<b>Posição de garantidor.....</b>	<b>86</b>
7.1.3.1.	Quem, por lei, tenha a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.....	89
7.1.3.2.	Quem, por outro modo, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado.....	96
7.1.3.3.	Quem, por comportamento anterior, criou o risco que se deve evitar no resultado...99	
<b>7.1.4.</b>	<b>Possibilidade de atuar para se evitar o resultado.....</b>	<b>102</b>
<b>7.1.5.</b>	<b>Crítica ao modelo tradicional.....</b>	<b>105</b>
7.2.	MODELO RESTRITIVO.....	107
<b>7.2.1.</b>	<b>Fundamentos dogmáticos do nexo de causalidade.....</b>	<b>108</b>
7.2.1.1.	Teoria do equivalente dos antecedentes causais.....	109
7.2.1.2.	Teoria da causalidade adequada.....	112
7.2.1.3.	Teoria da relevância jurídica.....	115
<b>7.2.2.</b>	<b>A causalidade nos crimes omissivos impróprios.....</b>	<b>116</b>
7.2.2.1.	<i>Ex nihilo nihil fit</i> .....	117
7.2.2.2.	A teoria da equivalência dos antecedentes causais nos crimes omissivos impróprios.....	118
7.2.2.3.	A solução de Engisch.....	120
7.2.2.4.	A solução de Kaufmann.....	121
7.2.2.5.	A solução de Roxin.....	122
7.2.2.6.	A solução de Tavares.....	124
<b>7.2.3.</b>	<b>A insuficiência da relação de causalidade.....</b>	<b>125</b>
<b>7.2.4.</b>	<b>Imputação do resultado nos crimes omissivos impróprios.....</b>	<b>127</b>

7.2.4.1. Breve panorama da teoria da imputação objetiva.....	128
7.2.4.2. Critérios normativos de imputação objetiva aplicados aos delitos omissivos impróprios: o incremento/diminuição do risco.....	129
<b>8. A INCIDÊNCIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: A POSIÇÃO DE GARANTE DO EMPRESÁRIO.....</b>	<b>135</b>
<b>9. RESOLUÇÃO DOS CASOS APRESENTADOS.....</b>	<b>142</b>
<b>10. CONCLUSÕES.....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>154</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Os crimes omissivos impróprios retornam à discussão na dogmática jurídico-penal. Isso se deve a específicos fatores de política criminal, decorrentes dos novos riscos introduzidos pela sociedade pós-industrial. Silva Sánchez, inclusive, tem chamado a atenção para o fato de que a teoria do delito, na atualidade, passa por novos rumos.<sup>1</sup> Grande parte, por influência da inserção do chamado “*dereito penal das organizaciones*”, sejam estas lícitas (administração pública, empresas etc.) ou ilícitas (organizações criminosas).<sup>2</sup> A atribuição de deveres de autorregulação, o incremento dos deveres de vigilância dentro de tais estruturas e os mandados de evitação de resultados típicos decorrentes dos riscos de tais atividades importam em considerar a criminalidade por omissão como paradigmática no direito penal contemporâneo.<sup>3</sup>

Salientando esta posição em recente entrevista, Greco afirmou que há um relativo esgotamento das discussões acerca da teoria do delito na Alemanha e, via de consequência, no Brasil, que há muito segue as tendências doutrinárias daquele país. Para Greco, os grandes problemas sistemáticos postos em meados do século XX já estariam, em grande parte, resolvidos, havendo certa escassez de novas abordagens. Veja-se, por exemplo, as discussões sobre o conceito de autor nos delitos comuns. Os novos problemas, no entanto, derivariam de discussões provenientes do Direito penal econômico ou do Direito penal médico. É a este âmbito que devem se dedicar os acadêmicos preocupados com o futuro da teoria do delito.<sup>4</sup> Um estudo teórico da parte geral, assim, deve necessariamente passar por esses tópicos.

O panorama dessa análise, centrada na seara econômica, deve partir da constatação de que o controle da vida mercantil na atualidade se dá de maneira fragmentada. Há inúmeras regulamentações que geram a obrigação de registrar transações comerciais, fornecer determinadas informações a certas autoridades, documentar processos específicos etc. Trata-se da tendência de transferir a fiscalização sobre a observação de normas regulatórias aos

---

<sup>1</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Prefácio. SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. **Direito penal empresarial**. A

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Vide GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Universidad Pompeu Fabra, 2000, pp. 502 e ss..

<sup>4</sup> GRECO, Luís. **En Alemania, el finalismo está muerto**. Disponível em <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>. Acesso em 01 de outubro de 2016. Anteriormente em COSTA, Victor; RIBEIRO, Leo. Critérios e limites para a responsabilização dos gestores empresariais. **Boletim do IBCCRIM**, n. 294, maio/2017, p. 11.

próprios particulares, na forma de autorregulação, dado que o Estado não teria mais condições de acompanhar de perto todas as etapas da vida empresarial e das trocas comerciais.<sup>5</sup>

Na linha do que defende Greco, há certo consenso de que a equiparação entre as formas de comportamento, isto é, de ação e omissão, mostram-se satisfatoriamente aclaradas com o recurso à teoria das posições de garante. Entretanto, como lembra Volk, o direito penal econômico tem colocado novas questões à temática e revivido velhos problemas à luz deste novo paradigma autorregulatório. Para o autor, o questionamento sobre quem teria o dever de impedir fatos alheios está na ordem do dia, especificamente: se o dono da atividade econômica teria o dever de impedir delitos cometidos dentro ou pela empresa, se o conselho de administração tem a obrigação de interferir contra delitos da diretoria, se o *Compliance-Officer* é garante acerca do cumprimento de regras empresariais, mesmo não assumindo diretamente os riscos da atividade econômica, etc.<sup>6</sup>

O que se nota é que, a partir do fenômeno da expansão do direito penal, os delitos de lesão, cometidos por ação, passam a ser insuficientes para conter a quantidade de riscos repartidos socialmente. Os indivíduos passam a ser mais dependentes entre si, sendo cada vez mais, normativamente, impelidos a proteger interesses de terceiros colocados sob sua proteção<sup>7</sup>. O controle de risco por parte de terceiros, a perda da autonomia da individualidade e a repartição de riscos frutos de uma crescente sensação de insegurança importam agora não apenas uma exigência de resposta quantitativa do ramo repressor do ordenamento jurídico, mas também qualitativa. Não se trata, portanto, de aumentar o número de proibições, mas de atribuir ao direito penal outras funções que não as abarcadas pela sua forma nuclear. E é nesse ponto que ganha centralidade a discussão sobre os crimes omissivos impróprios.

## 1.1. OBJETIVOS

O presente trabalho tem por finalidade analisar a estrutura do tipo objetivo dos chamados crimes omissivos impróprios. Para tanto, optou-se por partir de uma perspectiva político-criminal, a fim de demonstrar como essa modalidade de crimes mostra-se como especialmente tendente a incidir no âmbito do direito penal econômico. Mas o objetivo não se

---

<sup>5</sup> Vide VOLK, Klaus. Criminalidad económica. In. AMBOS, Kai et al. **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Göttingen: CEDPAL, 2016, p. 142.

<sup>6</sup> VOLK, Klaus, **Criminalidade econômica**, op. cit., p. 143.

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

esgota aí. Não se pretende, a partir desse panorama, pensar uma estrutura de imputação própria ao âmbito econômico, mas sim de sistematizar a construção dogmática dos delitos omissivos impróprios como um todo, a partir desses novos aportes. O objetivo é, em última análise, o de elaborar um modelo de responsabilização por omissão imprópria, com especial enfoque à configuração de seu tipo objetivo.

Uma parte significativa da doutrina nacional, contentando-se com uma interpretação teleológica, pura e simples, do art. 13, § 2º do Código penal brasileiro, afirma serem os pressupostos básicos para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios os seguintes: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) omissão da ação devida; c) resultado típico; d) posição de garantidor; e e) possibilidade de agir para a evitação do resultado.<sup>8</sup> Todavia, há uma outra corrente, com menor número de adeptos, que pugna serem necessários para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado,<sup>9</sup> isto é, que o comportamento omissivo tenha criado ou incrementado o risco do resultado danoso que efetivamente tenha se verificado.<sup>10</sup> A nosso ver, como pretendemos demonstrar, essa segunda corrente é a que melhor se adéqua aos objetivos de um direito penal democrático, que encontra limites hermenêuticos e dogmáticos à responsabilização criminal. Na linha do que defendem Suárez González e Cancio Meliá, para os crimes omissivos impróprios deve-se supor “*una sensível modificación dos parâmetros sobre os quais se determina a imputação do resultado*”.<sup>11</sup> Em outras palavras, a pretensão aqui consignada é justamente a de pensar essa sensível modificação dos critérios de conformação típica e de imputação objetiva dos crimes omissivos impróprios.

## 1.2. CASOS

Há muito se nota a tendência da jurisprudência em geral em evitar o diálogo com a doutrina, gerando, com isso, um desconforto que se traduz na desproporção existente entre o trabalho científico da dogmática e suas consequências práticas. Isso já foi denunciado por

---

<sup>8</sup> Entre outros MUNHOZ NETO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23. Vide: ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183.

<sup>9</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 183.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañon; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014.

<sup>11</sup> No original “*una sensible modificación de los parámetros sobre los que se determina la imputación del resultado*”. In. CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Estudio preliminar. In JAKOBS, Gunther. **La imputación objetiva en derecho penal**. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 45. Tradução livre.

Roxin em 1970 e, ainda hoje, permanece.<sup>12</sup> É certo que o papel estático da doutrina em estruturar sistematicamente os conceitos fundamentais da disciplina, a fim de garantir sua aplicação racional e uniforme, encontra-se há muito esgotado. A adequação de uma decisão ao caso concreto parte da assunção e consequente aplicação, por parte dos órgãos operadores do direito, dos princípios e regras jurídicas, orientadas político-criminalmente, aos dados empíricos.<sup>13</sup> O objetivo é o de não reduzir a dogmática a meras abstrações sem sentido, alheias à realidade, mas sim de pensá-la a partir de problemas reais.<sup>14</sup>

O consenso e a adequação em torno de uma decisão deve sempre pressupor a exposição prévia dos *prós* e dos *contras* analisados a partir de determinada situação concreta.<sup>15</sup> Nesse sentido é que se optou pela exposição prévia de um grupo de casos a fim de elucidar e trabalhar com os conceitos abstratos, submetendo-os a um substrato empírico, com o intuito de, com isso, demonstrar sua aptidão para a resolução de casos práticos de maneira satisfatória. Como o objeto do presente estudo engloba o elemento objetivo dos crimes omissivos impróprios em geral, optou-se pela escolha de cinco casos correspondentes aos três grupos de posição de garantidor, previstos no art. 13, § 2º do Código penal brasileiro:

**Caso 1:** Relação entre superior hierárquico-subordinados. O diretor da instituição financeira “A” delega as funções de vigilância sobre operações financeiras suspeitas ao *compliance officer* “B”. Este, inobservando seu dever de vigilância, não impede que uma operação de lavagem de dinheiro se consuma.

**Caso 2:** Caso pelo de cabra. Um dono de uma fábrica de pincéis fornece a seus trabalhadores pelo de cabra chinesa para sua elaboração. No entanto, *deixa* de desinfetá-los previamente, como havia sido prescrito. Quatro trabalhadores se infectam com bactérias

---

<sup>12</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. In. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Org. e Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61.

<sup>14</sup> Esboçado anteriormente em: COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Em defesa da dogmática jurídico-penal: O direito penal entre o real e o racional**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/em-defesa-da-dogmatica-juridico-penal/>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001, §7º, p. 215. Note-se que não se prega o abandono completo do pensamento sistemático, até porque há uma vinculação constitucional de que a responsabilização criminal esteja sempre vinculada à lei. A legalidade, nesse ponto, imporá ao pensamento tópico (estudo de casos), todos seus corolários, como a proibição da analogia *in malam partem*, da criminalização *praeter legem* ou ainda por costumes. Como sintetiza Roxin: “*El mandado de precisión de la ley le proporciona de antemano la preeminencia al pensamiento sistemático. No obstante, a menudo se pasa por alto que es fructífera y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático*”. Cf. ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 216.



perigosas e morrem. Uma investigação posterior afirma que mesmo se o desinfetante tivesse sido usado, seria ele ineficaz para barrar a contaminação por dita bactéria.<sup>16</sup>

**Caso 3:** Relação médico-paciente. O médico B, sabendo da gravidade do quadro clínico de câncer de seu paciente, *omite* a realização da radioterapia, procedimento que possibilitaria, em mais de 90% dos casos, uma sobrevivência de 5 a 10 anos. Assim procedendo, o paciente falece antecipadamente e o médico é processado penalmente.<sup>17</sup>

**Caso 4:** Carnavalesco e fogos de artifício. Um carnalesco mantém várias caixas de fogos de artifício em sua residência, sem as cautelas necessárias para tanto. Um convidado, ao manipular tais fogos de maneira inadequada, deflagra sua explosão, atingindo outras pessoas que estavam no recinto e provocando lesões.<sup>18</sup>

**Caso 5:** Rompimento da barragem. A empresa “C”, responsável por uma barragem de represamento de água, realizava, sempre após o prazo legal e administrativamente exigido, perícias de segurança em relação a integridade da barragem, por determinação de seu órgão diretivo. Após ter sido constatado pela equipe de segurança que havia uma rachadura que comprometia a segurança da represa, o conselho diretivo optou por *não realizar a manutenção preventiva* por critérios econômicos. Pouco tempo depois, a estrutura cedeu, inundando praticamente todo o município “Y”, provocando morte e danos à saúde de centenas de pessoas, afogadas e soterradas, e deixando outras tantas desabrigadas, além de poluição e matança de várias espécies silvestres.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 375. Inspirado no julgamento do Tribunal do Reich alemão RGSt 63,211.

<sup>17</sup> Exemplo extraído de ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 182. Inspirado inicialmente em GRECO, Luís. Kausalität- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikt. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Aufgabe 8-9/2011, p. 672.

<sup>18</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 334.

<sup>19</sup> Discutido inicialmente em COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. In. BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscila; SCANDELARI, Gustavo. **Perspectivas em ciências criminais**: Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

### 1.3. PLANO DE INVESTIGAÇÃO

Na intenção de realizar os objetivos propostos, o presente trabalho será dividido em duas partes fundamentais. Uma primeira, mais sucinta, dedicada aos aspectos fundamentais de política criminal, em especial pela constatação histórico-social da atual tendência da expansão dos crimes omissivos impróprios. Esse recorte introdutório é imprescindível para se compreender como e por que os crimes omissivos impróprios estão no centro das discussões dogmáticas da atualidade. Em um segundo momento, passar-se-á propriamente à parte dogmática, fazendo uma breve introdução à temática da omissão imprópria e suas características de *lege lata*, sempre vinculada aos princípios constitucionais penais. Apresentar-se-ão os modelos de estruturação do tipo objetivo, conforme sustentados pela doutrina, sendo eles o tradicional e o restritivo. No âmbito desse segundo, serão analisadas, consequentemente, as formas de limitação da incidência de tal modalidade delitiva: em primeiro lugar, a viabilidade do potencial teórico da causalidade no âmbito da omissão, e, em seguida, os critérios normativos de imputação objetiva. Por fim, tem lugar um último capítulo teórico sobre a especial incidência de imputação por crimes omissivos impróprios no âmbito do direito penal econômico, no qual se indagará sobre a extensão e os limites da posição de garante do empresário. Conclui-se com a resolução dos casos apresentados.

## 2. NOTA HISTÓRICA

Antes de se adentrar nas tendências contemporâneas de criminalização pela via da omissão imprópria, um breve histórico faz-se necessário. Jimenez de Asúa, referindo-se a previsão dos crimes omissivos impróprios em um texto legislativo, ressalta que estes se fazem presentes em tais diplomas desde o século XVII, por influência direta da chamada Escola de Wolff. Todavia, esses crimes eram punidos com penas mais brandas.<sup>20</sup> Em 1620 o Código penal prussiano previa penas para enfermeiros que deixavam morrer os pacientes sob seus cuidados. Em 1768 a Lei Theresiana punia com pena de morte o pai que deixasse seu filho perecer. E o Código penal austríaco de 1852 possibilitava pena mais benigna a quem cometesse uma conduta punível pela via omissiva.<sup>21</sup>

Anote-se que a técnica da comissão por omissão é relativamente recente. Apenas em 1840 Luden, conforme anota a doutrina, promoveu a primeira diferenciação dogmática entre delitos de omissão própria e imprópria.<sup>22</sup> Até esse momento o direito apenas conhecia a omissão própria, decorrente de deveres genéricos de solidariedade, expressamente previstos no tipo penal como de mera conduta.<sup>23</sup> Com Luden, viu-se que os delitos omissivos próprios diziam respeito a infração de um mandado genérico e não a contrariedade de um direito subjetivo, enquanto que os crimes omissivos impróprios lesam um bem jurídico. Nessa segunda hipótese, o sujeito ativo causa com sua inatividade um resultado previsto em um tipo que descreve um atuar positivo. Luden descreveu a possibilidade da maioria dos crimes de ação poderem também ser praticados com uma inação, causando um resultado.<sup>24</sup> De Luden a maior contribuição talvez tenha sido considerar a omissão imprópria como problema do tipo no sentido do delito comissivo.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1950, pp. 395 e ss. Cf. também SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9. E ainda NOVOA MONREAL, Eduardo. **Fundamentos de los delitos de comisión por omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp 13 e ss.

<sup>21</sup> SOUZA, **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**, p. 9.

<sup>22</sup> Do texto fundamental de LUDEN, Heinrich. **Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte**. Göttingen, 1836-1840, citado por KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. Cf. também SOUZA, **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 10.

<sup>23</sup> Carmo Antônio de Souza anota que “A *incriminação do delito omissivo provavelmente surgiu da ideia de solidariedade, imposta a todos aqueles que vivem em comunidade. Essa necessidade de consagração legal do dever de ajudar o próximo não é homogênea nem constante, refletindo, com frequência, o estágio de cada civilização*”. SOUZA, **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 7.

<sup>24</sup> SOUZA, **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 10. Da mesma forma KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 21.

<sup>25</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 258.

No Brasil, apenas os Códigos penais de 1969 e a reforma penal de 1984 trouxeram disposições específicas no que toca à omissão como causa de um resultado. O Código criminal de 1830 limitava-se em afirmar, em seu artigo 2º, julgar crime “*Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes (sic)*”<sup>26</sup>. Vê-se que em nenhum momento refere-se à omissão como fator causal para o resultado. Talvez tenha sido, no Brasil, Tobias Barreto, influenciado pela doutrina alemã, o primeiro a fazer tal referência. Influenciado por Feuerbach, Luden, Glaser e Von Buri, Barreto sistematizou as diferenças entre comissão e omissão com base na natureza da norma das quais proveem, aquela das proibitivas e essa das mandamentais. Em relação à omissão imprópria, amparou sua punibilidade na causalidade, não fazendo referência, todavia, ao dever de agir.<sup>27</sup>

Com o advento da República e a necessidade de um código penal que se amoldasse ao novo regime político, em 1890 houve a edição de novo Código que em seu art. 2º trazia a disposição de que “*A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção*”<sup>28</sup>. Limitou-se, pois, o Código de 1890 a trazer um conceito formal de crime, caracterizando-o como violação da lei penal. De tal redação, pois, não se pode derivar a necessidade de comprovação de causalidade na omissão, em que pese Munhoz Netto já tenha se colocado nesse sentido.<sup>29</sup> Da mesma forma em nada se refere ao poder de agir nas circunstâncias.

A necessidade de substituição do Código de 1890 pela existência de inúmeras leis extravagantes e pelas profundas transformações que o ramo repressivo do direito vinha sofrendo tornou convicção geral a necessidade de sua alteração. Vários projetos se sucederam, destacando-se o Galdino Siqueira (1913), Sá Pereira (1927) e o projeto Alcântara Machado (1938). Este último foi revisado por uma comissão de juristas presidida por Francisco Campos, e resultou no Código penal de 1940.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código criminal do Império do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em 29 de dezembro de 2016. Vide também CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 209 e ss.

<sup>27</sup> BARRETO, Tobias. Delitos por omissão. In. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 296 e ss.; MUNHOZ NETO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**: Comunicação ao XIII Congresso de direito penal, Cairo, 1984. Curitiba: UFPR, 1983, p. 12.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em 29 de dezembro de 2016.

<sup>29</sup> Do estudo de Munhoz Netto, depreende-se sobre o Código de 1890: “*aceitando a causalidade física nos delitos de omissão imprópria, passou a condicionar a responsabilidade do omitente à possibilidade de agir e ao dever jurídico de agir*”. Cf. MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista de direito penal e Criminologia**, n. 33, p. 6. Da mera análise da literalidade do texto legal, no entanto, não podemos concordar com Munhoz Netto, visto o Código de 1890 apenas apresentar um conceito formal de crime como violação à lei.

<sup>30</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1 v. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 124-126.

Originalmente o Código de 1940 previa em seu art. 11 que “*O resultado, de que dependa [sic] 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*”.<sup>31</sup> Na lição de Hungria, o Código de 1940 não distinguia ação e omissão em matéria de causalidade pelo fato de ter adotado a teoria da equivalência, que não diferencia causa de condição. Para Hungria, somente poderia ser oferecida uma resposta ao problema da causalidade da omissão ao se interpretar a causalidade não como um conceito meramente natural, mas sim lógico. Por essa dedução, condição de um resultado seria “*a não-interferência de forças que podem impedir o seu advento*”.<sup>32</sup> Nesse panorama, a questão que deveria ser colocada para satisfazer a exigência do art. 11 do Código de 1940 era: “*teria sido impedido pela ação omitida o evento subsequente (sic)*”.<sup>33</sup>

O projeto Alcântara Machado ia além. Com inspiração no Código penal italiano e no Código penal uruguaio, propunha ele introduzir na lei positiva o seguinte texto: “*Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo*”.<sup>34</sup> Para Hungria, tal dispositivo resultaria em uma incoerência. Isso decorreria do fato do próprio Código declarar que a omissão é causal, logo não fazendo sentido algum equipará-la ou torná-la equivalente à causa.<sup>35</sup>

Em 1969 teve lugar um novo projeto de Código penal, desta vez comandado por Nelson Hungria, por designo do então Ministro Milton Campos. Tal projeto veio trazer importantes e marcantes inovações no que toca aos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios. Da exposição de motivos extrai-se a preocupação do legislador de que “*não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos da conduta típica de tais delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo*”.<sup>36</sup> Destaca a exposição introdutória que a responsabilização por esses crimes não decorria propriamente da causalidade, mas do fato do agente não ter impedido o resultado violando, assim, seu dever de garantidor. Portanto, julgou imprescindível para a caracterização de tais delitos a fixação das fontes do dever de atuar no texto legal.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Juarez; ACQUAVIVA, Marcus (orgs.). **Código penal**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 87.

<sup>32</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 69.

<sup>33</sup> HUNGRIA, **Comentários ao Código penal**, op. cit., p. 69.

<sup>34</sup> HUNGRIA, **Comentários ao Código penal**, op. cit., p. 70.

<sup>35</sup> HUNGRIA, **Comentários ao Código penal**, op. cit., p. 70.

<sup>36</sup> LEVAI, Emeric (org.). **Código penal**: Decreto-Lei n. 1.004 de 21 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 9. Da mesma forma ACOSTA, Walter. **Códigos penais comparados**. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1974, p. 10.

<sup>37</sup> LEVAI, **Código penal**, op. cit., p. 9.

Em seu art. 13, o Código de 1969 consignava que “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”, continuando em seu parágrafo segundo:

A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.<sup>38</sup>

Procedendo de tal forma, o Código de 1969 incorporou à legislação o limite tradicional ditado pela doutrina de longa data: a exigência da posição de garantidor. Como lembra Kaufmann, foi Nagler, inspirado pela teoria do dever de Feuerbach,<sup>39</sup> na primeira metade do século XX, o responsável por acrescentar aos delitos de omissão imprópria um novo elemento típico implícito ou não escrito, isto é, a posição de garantidor ou dever de garante.<sup>40</sup> O dever jurídico nasceria, basicamente, nos termos do projeto pátrio, da lei, do contrato ou da atividade anterior criadora do perigo. O legislador preferiu, entretanto, conforme se extrai da exposição de motivos, não adotar a expressão “*contrato*” por entender que o agente também pode assumir espontaneamente a função de tutela, ainda que sem mandato.<sup>41</sup>

Ocorre que o Código penal de 1969 nunca entrou em vigor, sendo revogado em seu período de vacância. Por esse motivo a parte geral de 1940 esteve em vigor até a promulgação da lei derivada do projeto da Comissão de reforma da parte geral do Código penal (1980-1984), então presidida pelo Ministro Francisco de Assis Toledo, da qual resultou na Lei n. 7.209 em 11 de julho 1984. O aprimoramento da legislação foi encampado pela então moderna concepção finalista, sendo algumas de suas principais inovações a inclusão do dolo na tipicidade e a adoção da teoria normativa da culpabilidade.<sup>42</sup>

Acompanhando o diploma de 1969, a reforma penal de 1984 manteve a previsão de introdução das hipóteses de posição de garantidor no atual parágrafo segundo do artigo 13, explicitando em quais ocasiões um determinado sujeito tem o dever de evitar um resultado lesivo.

Todavia, o texto final não foi aprovado sem discussões. Inicialmente o *caput* do art. 13 trazia a seguinte previsão: “*o resultado de que depende a existência do crime, somente é*

<sup>38</sup> LEVAI, *Código penal*, op. cit., p. 63. ACOSTA, *Códigos penais comparados*, op. cit., p. 50.

<sup>39</sup> Sobre o tema TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37. Segundo Tavares, Feuerbach foi o primeiro a “*eleger o contrato como fonte do dever jurídico*”.

<sup>40</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., p. 259.

<sup>41</sup> LEVAI, *Código penal*, op. cit., p. 9.

<sup>42</sup> Cf. DOTTI, René Ariel. *A posição sistemática da culpabilidade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

*imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido*”.<sup>43</sup> Tal disposição não submetia a omissão à causalidade, mas tão somente ao não impedimento do resultado proibido pela norma. Nota-se, desde logo, uma iniciativa da Comissão de dotar a omissão imprópria de um cariz eminentemente normativo.

Não foi o que ao final prevaleceu. Por proposição do Deputado Egídio Ferreira Lima, posteriormente ratificada pelo Congresso, acolheu-se a seguinte redação:

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.

(*omissis*)

§ 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

Além de confirmar a adoção da teoria formal do dever no texto da legislação, afastando-se assim substancialmente dos grandes Códigos que outrora a inspiraram, isto é, o italiano e o alemão, a nova parte geral conservou a disposição sobre a causalidade na omissão, dado ser esta um delito de resultado, reacendendo os debates sobre a exigência deste critério causal para sua configuração.

---

<sup>43</sup> Cf. SOUZA, **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 23.

### 3. O ALARGAMENTO DAS HIPÓTESES DE CRIMINALIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA E A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS LIMITATIVOS À SUA INCIDÊNCIA

Em 1970, Roxin já denunciava não poder mais o direito penal ser a barreira intransponível da política criminal, como queria Von Liszt.<sup>44</sup> A dogmática não pode se contentar com princípios dogmáticos abstratos, aliás, ela é tanto dependente, quanto conformadora da política legislativa. O injusto penal deve derivar-se, portanto, da função do direito penal.<sup>45</sup> Mesmo sobre a influência de outros fundamentos, Kaufmann, finalista, em sua monografia dedicada à temática da “*Dogmática de los delitos de omisión*”, já antecipava que “*el delito de omisión impropria debe su origen a necesidades de politica jurídica*”<sup>46</sup>.

Nesse sentido é impossível não citar, como análise preliminar, os influxos da contemporânea política criminal que conformam a intensificação da punição pela via omissiva imprópria. Aponta-se como fator primordial desse fenômeno, própria da sociedade pós-industrial, a sensação institucionalizada de insegurança, que demanda do Estado o estabelecimento de obrigações direcionadas a contingenciar os riscos daí advindos. Tal percepção de insegurança decorre, em especial, do não conhecimento dos fatores e causas que determinam os riscos que se colocam frente à sociedade. Como é difícil de identificá-los, a solução mediata que se tem buscado é a sua distribuição na vida pública.<sup>47</sup>

A aproximação ao debate da omissão imprópria no direito penal contemporâneo deve necessariamente passar pela discussão acerca da tendência expansiva do direito penal, em especial em seu ramo econômico. Ao lado da técnica dos crimes de perigo abstrato, que ocuparam a doutrina especializada no início dos anos 2000, hoje chama a atenção para o alargamento das hipóteses de imputação pela via omissiva imprópria.<sup>48</sup> Esse fato coloca uma série de questionamentos aos estudiosos dedicados ao direito penal.

Antecipa-se não se poder admitir, como parece tendência, o estabelecimento de deveres genéricos para a contenção de riscos abstratos, sob pena da instauração de um direito

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. Trad. Ricardo Robles Planas e Ivo Coca Vila. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, outubro de 2012, p. 4.

<sup>46</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 251.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. De Luiz Otávio Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

<sup>48</sup> Vide MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: parte generale**. 4ª ed. Milão: CEDAM, 2001, pp. 135-136. Segundo Mantovani “*Nel diritto penal moderno i reati omissivi hanno, però, subito una progressiva espansione, tale sospingere la dogmatica ad una revisione della stessa analisi del reato che, tradizionalmente incentra sul reato commissivo, oggi riserva al reato omissivo particolare attenzione*”.



penal do arbítrio. A tarefa da dogmática parece estar justamente em se pensar em um arsenal teórico capaz de evitar que todos sejam responsáveis por tudo, pregando sempre o primado da responsabilidade individual e subjetiva em detrimento de uma solidária e objetiva.<sup>49</sup>

### 3.1. A TENDÊNCIA EXPANSIVA DO DIREITO PENAL DO NÃO-FAZER

O significativo aumento das hipóteses de criminalização do *não-fazer algo devido* não é fenômeno isolado histórica ou socialmente. Tal fato tem seus marcos de aparecimento bem delimitados. Nesse sentido, Silveira critica uma visão positivista de análise científica do direito penal, segundo a qual haveria uma política criminal atemporal, desvinculada da temporalidade ou das sociedades que a determinam.<sup>50</sup> O direito, regido pelo paradigma positivista, circunscrevia-se tão somente pela *secura* da norma legal. No entanto, a complexidade do mundo contemporâneo exige um retorno à universalidade.<sup>51</sup> As intersecções entre Direito e Economia, próprias da globalização, são a marca distintiva do direito penal da atualidade.<sup>52</sup>

A passagem de um direito penal fundado no paradigma de responsabilidade individual para um direito penal empresarial, cuja problemática recai em estruturas hierárquicas de poder, estão na ordem do dia da dogmática penal.<sup>53</sup> Tal passagem altera de maneira significativa o modo pelo qual se atribui responsabilidade em matéria penal. A dificuldade de controle dos atos praticados por empregados, muitas vezes recobertos pelo anonimato da burocracia empresarial, importa agora em uma maior atribuição de deveres de vigilância e controle de riscos à cúpula das empresas. A opção pela omissão, nesse diapasão, aparece como tentativa de resolução de problemas de autoria no âmbito do direito penal econômico.<sup>54</sup>

A fragmentação desses deveres, no entanto, não pode admitir a responsabilização solidária, na qual várias pessoas são imputadas pela prática de fato comum, pela simples posição hierárquica que ocupam dentro de uma empresa ou em outra organização complexa. Tampouco o direito penal democrático pode admitir responsabilização objetiva, uma vez que

---

<sup>49</sup> Entre outros: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prefácio. In. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 14.

<sup>50</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 19.

<sup>51</sup> GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e o Direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. In. GROSSI, Paolo. **O Direito entre o poder e o ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 5.

<sup>52</sup> SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 19.

<sup>53</sup> SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 25.

<sup>54</sup> SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 22.

se exige para caracterização de um delito omissivo impróprio, além do dever e do poder de agir nas circunstâncias, o elemento subjetivo.<sup>55</sup> A questão que se coloca a partir dessa perspectiva é: “*como lidar com um direito repressivo lastreado [cada vez mais] em um não fazer?*”<sup>56</sup>

Tal opção político-criminal abre um infinito rol de possibilidades de imputação penal ao garante.<sup>57</sup> Citem-se as realidades do *Compliance*, a responsabilidade penal de gestores empresariais, as decisões de órgãos colegiados que causam resultados previstos como crimes, delitos cometidos por subordinados, sob a vigilância de superiores hierárquicos, responsabilidade penal pelo produto, amoldando-se a crimes como a lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), corrupção (nas formas dos art. 317 e 333 do Código penal), crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7492/86), crimes tributários (Lei 8.137/90), crimes ambientais (Lei 9.605/98), entre outros.

A forte tendência de administrativização do direito penal, marcadamente encontrada em regulamentações administrativas em matéria tributária, fiscal, ambiental, regulatória etc., em que a inobservância de tais previsões infralegais pode caracterizar um tipo penal, e a atribuição de determinados papéis específicos a certos agentes dentro do trânsito econômico a fim de garantir o cumprimento de regras regulatórias impõem à realidade contemporânea a suposta necessidade de recorrer, em excesso, à responsabilização penal pela via omissiva.<sup>58</sup>

O emprego da técnica das omissões impróprias no direito penal contemporâneo esbarra, no entanto, em alguns problemas de cunho dogmático e político-criminal. Dentre eles estão: a questão da legitimidade de tal forma de incriminação,<sup>59</sup> dado que recorre a construções marginais ao princípio da legalidade; as variadas formas de imputação e os diferentes critérios dogmáticos de atribuição da responsabilidade, que não encontram unanimidade nem na doutrina, muito menos na jurisprudência; o risco de atribuição de responsabilidade solidária, inadmissível em matéria penal, dada a divisão da vigilância e controle de riscos nos ambientes empresariais etc.

Como lembrado por Gimbernat Ordeig, em um Estado que se afirme social e democrático de Direito, a dogmática deve ser um instrumento imprescindível para manter o direito penal sob controle, para que os crimes e as penas não ultrapassem os anseios do

---

<sup>55</sup> Sobre esse fato, vide a questão da responsabilidade penal do *Compliance Officer*, a ser melhor explorada no final desta dissertação.

<sup>56</sup> Questão esta que se coloca SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 23.

<sup>57</sup> SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 23.

<sup>58</sup> SILVEIRA, **Direito penal empresarial**, op. cit., p. 47.

<sup>59</sup> Em relação às críticas apresentadas, por todos: TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., pp. 30 e ss.

legislador, a fim de que se criem leis penais com segurança jurídica e calculabilidade.<sup>60</sup> Não seria, pois, outro o objetivo aqui almejado: limitar o alcance da imputação pela via omissiva imprópria.

O recurso à omissão aparece como corolário da expansão do direito repressivo na continuação do que foi o incremento das formas de perigo abstrato, na passagem dos anos 90 para os anos 2000. Fazem parte do movimento de antecipação da tutela penal, com a finalidade de prevenir riscos genéricos a qualquer custo. Juntamente com Silveira, acredita-se que a omissão se colocaria em um estado ainda mais prévio que ao do perigo abstrato.<sup>61</sup> Explica-se.

O moderno direito penal reivindica para si a capacidade de controle universal sobre a sociedade e seus problemas, passando ao largo dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima.<sup>62</sup> Por esse motivo, não seriam suficientes apenas condutas ativas proibidas. Clama-se pela criminalização do simples deixar de fazer algo para prevenir potencial conduta lesiva futura.<sup>63</sup> No âmbito do direito penal econômico isso se mostra patente no estabelecimento de deveres de vigilância a agentes do sistema financeiros.<sup>64</sup>

De uma maneira geral, uma dupla via de sobrecriminalização<sup>65</sup> (expansão ou intervenção excessiva) por parte do sistema penal pode ser verificada: uma direta, decorrente do aumento da incidência típica, pelo incremento quantitativo de tipos penais de perigo ou omissivos, como problema claramente normativo; e uma indireta, por meio da imputação pela via omissiva imprópria.<sup>66</sup> Além da proliferação quantitativa, a expansão do direito penal também se manifesta qualitativamente.<sup>67</sup> A preocupação aqui exposta passa por esses dois âmbitos: em um primeiro momento, como enfrentar a construção do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios frente ao Estado Democrático de Direito, e, em um segundo, como limitar as formas de imputação por meio dos princípios garantistas do direito penal liberal.

<sup>60</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* Lima: ARA Editores, 2009, p. 43.

<sup>61</sup> SILVEIRA, *Direito penal empresarial*, op. cit., p. 49.

<sup>62</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010, p. 587.

<sup>63</sup> SILVEIRA, *Direito penal empresarial*, op. cit., p. 50.

<sup>64</sup> SILVEIRA, *Direito penal empresarial*, op. cit., p. 50. Também ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 112, 2015, p. 62.

<sup>65</sup> Da expressão anglo-saxã “*overcriminalization*”. Sobre tal fenômeno vide HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 109 e ss. Citado por SILVEIRA, *Direito penal empresarial*, op. cit., p. 48.

<sup>66</sup> SILVEIRA, *Direito penal empresarial*, op. cit., p. 51.

<sup>67</sup> PASCHOAL, Janaína. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 174.

Como crítica preliminar, note-se que a pretensão de prevenção universal da norma penal, ou do sistema de imputação, já nasce fracassada. Como assevera Albrecht, inexistem convincentes provas científicas da prevenção. Tal orientação, em sua vertente geral, permanece apenas como esperança. A ameaça, desestimular fatos delituosos, reintegração do apenado na sociedade e proteção da sociedade em relação a futuros crimes mostram-se exclusivamente como argumentos retóricos e ideológicos carentes de efetiva demonstração empírica,<sup>68</sup> dado que, na maioria das vezes, dados estatísticos apontam apenas uma visão parcial, tendo em vista a existência do que a criminologia crítica já tratou de nomear por cifra negra da criminalidade.<sup>69</sup>

Por outro lado, em sendo justificável a existência do direito penal, mesmo com todas as críticas que eventualmente mereça, para fins de sua legitimidade faz-se necessário sua compatibilização com os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Reafirma-se aqui ser o papel da doutrina o de se esforçar para que o direito penal proteja a liberdade pessoal acima de qualquer outro valor,<sup>70</sup> e não de qualquer risco advindo da organização da vida social, imposto por abstratos e questionáveis padrões de solidariedade.

### 3.2.A (D)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DA EXPANSÃO DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Em um primeiro momento, como propõe Bobbio, pode parecer que o incremento de responsabilização pela via omissiva esteja unicamente ligado a uma necessidade do modelo de Estado Social de Direito.<sup>71</sup> Para ele, nesse paradigma, o direito penal passa a também exigir determinados comportamentos, tendo efetivamente uma função promocional, com o fim de provocar, com isso, comportamentos desejáveis.<sup>72</sup> O processo de criminalização deixa

<sup>68</sup> ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 588.

<sup>69</sup> ALBRECHT, *Criminologia*, op. cit., p. 247: “Numerosos fatos puníveis podem ser mantidos na cifra negra, porque são relativamente protegidos em face de uma possível intervenção pelos órgãos de persecução, mediante bloqueio de denúncia”.

<sup>70</sup> ROXIN, Claus. *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. Cidade do México: Ubijus Editorial, 2008, p. 19. Anteriormente em COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Bem jurídico, proporcionalidade e inconstitucionalidade de normas penais. *Revista Bonijuris*, n. 638, v. 29, jan/2017, p. 13.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. Marxismo e a questão criminal. Carta a Alessandro Baratta. In. BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 268.

<sup>72</sup> BOBBIO, *Nem com Marx, nem contra Marx*, op. cit., p. 268. Segundo Tavares, “por força dessa forma de intervenção estatal se produz, também, uma alteração na estrutura da norma penal: em lugar de preceitos puramente proibitivos, revigora-se seu conteúdo mandamental. Elucidativos dessa mudança de estrutura são os textos das leis que definem os crimes contra a economia popular no Brasil, primeiro o Decreto-lei 869/1938,

de se estender tão somente no âmbito dos crimes de ação, para abarcar também transgressão de comandos. A explicação não nos parece se esgotar por aí.

Tavares assinala, por outro lado, que a verdadeira ascensão dos crimes omissivos impróprios se deu antes da divisa temporal apontada por Bobbio, isto é, quando da passagem do direito penal marcado pela lesão de um direito subjetivo, inspirado em Feuerbach, para a responsabilidade como consequência de um resultado produzido.<sup>73</sup> Essa alteração não derivaria de uma evolução histórica natural da dogmática penal, mas de uma premeditada modificação de política criminal.<sup>74</sup>

O marco histórico do incremento dessa reformulação político-criminal seria as codificações penais do século XIX. Citem-se os Códigos penais da Prússia de 1830 (§263) e da Áustria, de 1852 (§§ 87 e 139), que traziam previsões expressas sobre o cometimento de resultados lesivos por meio de omissões.<sup>75</sup> Nesse período também começam a surgir as primeiras orientações normativas que reorientam a estrutura dogmática dessa modalidade típica, diferenciando crimes omissivos próprios e impróprios, dependendo os primeiros de normas mandamentais e os segundos de normas proibitivas. Com o caminho aberto para se individualizar a responsabilidade penal por contextos específicos nos quais se encontra o sujeito e não mais dependentes da atuação do Estado, decorrente de preceitos normativos, Tavares aponta que a individualização da responsabilidade penal no direito penal contemporâneo encontra “*seu filão básico na compreensão dogmática da omissão*”.<sup>76</sup>

De fato, a instituição do Estado Social, conforme assevera Bobbio, é um importante marco no incremento da intervenção repressiva pela via omissiva, mas não para aí. Atualmente, a falência do Estado de bem-estar e o fenômeno da globalização nas sociedades pós-industriais aparecem como contextos históricos de maior preponderância,<sup>77</sup> a ponto de Silva Sánchez apontar que a reconstrução técnico-jurídica do direito penal na sociedade de risco importa na cólera punitiva dos delitos de comissão por omissão.<sup>78</sup>

---

*depois a Lei 1.521/1951. Nestas leis estão inseridos dispositivos de proteção às condições mínimas de subsistência do povo e o acesso aos gêneros de primeira necessidade. Para efetivar essa tarefa, ali estão previstos delitos omissivos próprios, que são criados exclusivamente, segundo aquele interesse de proteção, e cujo tipo principal dispõe acerca da negativa, por parte do fornecedor, da prestação de serviços essenciais (art. 2º da Lei 1.521/1951)”, cf. TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 40.*

<sup>73</sup> TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 38.

<sup>74</sup> TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 38.

<sup>75</sup> TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 39.

<sup>76</sup> TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 39.

<sup>77</sup> TAVARES, Teoria dos crimes omissivos, op. cit., p. 39.

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, A expansão do direito penal, op. cit., p. 39. Comissão por omissão, omissão imprópria ou omissão qualificada (Jescheck) serão aqui empregadas indistintamente.

O Estado neoliberal do fim do século XX é marcado pela diminuição do comprometimento perante pretensões sociais, de forma que o Estado interfira cada vez menos na economia. Segundo Tavares, a política criminal do Estado de bem-estar era caracterizada pelo controle formal de ações que lesariam o bem-estar de todos, enquanto que, no neoliberalismo, o emprego de instrumentos simbólico-preventivos, que em si não trazem a necessidade de demonstração empírica de sua utilidade são cada vez mais presentes.<sup>79</sup> Isso importa, na prática, no alargamento das hipóteses de deveres de organização social, passados do Estado para o particular, pelo fato daquele se desincumbir gradativamente das funções públicas que anteriormente lhe eram atribuídas.<sup>80</sup> Isso se nota, sobremaneira, nos deveres de autorregulação do mercado financeiro, por exemplo.

A globalização, a intensificação do livre mercado, o crescente número de agências reguladoras e a necessidade de programas de cumprimento por parte das empresas submeteram os indivíduos a novas regras e controles.<sup>81</sup> Segundo Tavares, a grande conquista do modelo de ciência penal funcionalista, isto é, a construção de um modelo de delito baseado na omissão, não é de forma alguma cientificamente neutro ou avalorado, mas está diretamente relacionado à evolução dos modelos estatais e econômicos.<sup>82</sup>

Para Paschoal, esse alargamento dos crimes omissivos impróprios está ligado a um crescente estabelecimento de deveres do tipo: relatar, noticiar, delatar.<sup>83</sup> Segundo a autora, no crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, poderia um funcionário de banco ser incriminado como coautor por, simplesmente, ter descumprido o dever administrativo de informar uma operação suspeita a um órgão oficial de controle, mesmo sem ter tido qualquer benefício econômico com a operação.<sup>84</sup> A exigência do *Compliance* em estruturas empresarias, como parece ter inaugurado tendência a Lei 12.846/2013, pode tornar, em um futuro não tão distante, normal esse tipo de criminalização e de imputação. Fácil notar-se aqui é que o direito penal, sob o pretexto do risco e da precaução, mesmo havendo possibilidade de controle das fontes de perigo distribuídas pela sociedade por modos diversos, usou esse fenômeno para o recrudescimento da punição e aumento desmesurado do controle social.<sup>85</sup>

Paschoal, nessa linha, assenta que:

---

<sup>79</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 41.

<sup>80</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 41.

<sup>81</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 42.

<sup>82</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 42.

<sup>83</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 119.

<sup>84</sup> PASCHOAL, op. cit., 2011, p. 120.

<sup>85</sup> Nesse sentido, PASCHOAL, **Ingerência indevida**, op. cit., p. 127.

as necessidades da sociedade do risco têm justificado um alargamento do conceito de garantidor (posição de garantidor) que dá fundamento à atribuição de responsabilidade a título de comissão por omissão. E o alargamento é tal, que chega perto do abandono deste importante limite para a intervenção estatal.<sup>86</sup>

O alargamento das hipóteses em que a lei, ou outra fonte de dever, impõe a necessidade de atuação para evitação de um resultado danoso chega ao ponto de vulnerar importantes limites ao poder punitivo estatal, como os princípios da culpabilidade e da responsabilidade individual. O direito penal, entendido como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, não pode ser visto como um *direito penal do garante*, mas antes disso, um *direito penal das garantias*,<sup>87</sup> herança sempre presente do iluminismo liberal, que desde Beccaria guia o direito penal até os dias atuais.

A legitimidade da incriminação omissiva, assim, deve depender necessariamente da exigência da demonstração empírica de sua utilidade e necessidade e, isso, como aponta Tavares, implica em três diferentes consequências. A primeira é a de que a omissão seja enfrentada em face de um substrato material (intervenção mínima ou subsidiária proteção de bens jurídicos), e não represente meramente um papel simbólico, como o argumento da prevenção de riscos abstratos parece conduzir. Em segundo lugar, como decorrência do princípio da legalidade, que sua estrutura seja concebida de forma a permitir aquele acusado de omitir de apresentar contraprova. E, em terceiro e último lugar, que de seu resultado, na omissão imprópria, corresponda a um ato danoso e lesivo a um bem jurídico fundamental.<sup>88</sup>

Antecipa-se que as respostas a estas demandas justificantes estão em três planos distintos que, a seguir, serão melhor explorados.<sup>89</sup> Em relação ao substrato material, a adoção de uma teoria material do dever, amparada na leitura orientada à lesão de um bem jurídico, em detrimento de uma teoria formal, como adotada pelo art. 13, § 2º do Código penal. A compatibilização com o princípio da legalidade passa necessariamente pelos critérios dogmáticos adotados para a caracterização do dever e do poder de agir nas circunstâncias, ou seja, na conformação do tipo objetivo. E por último, a correspondência do resultado a um ato lesivo ampara-se, como aqui se sustenta, em específicos critérios valorativos de imputação objetiva do resultado, nos termos consignados por Roxin.

---

<sup>86</sup> PASCHOAL, **Ingerência indevida**, op. cit., 2014, p. 14.

<sup>87</sup> Entre outros: PASCHOAL, **Ingerência indevida**, op. cit., 2011.

<sup>88</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 43.

<sup>89</sup> Cf. capítulo 7 infra.

### 3.3.A IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO COMO LIMITAÇÃO À INTERVENÇÃO REPRESSIVA INDEVIDA

O fundamento e a legitimidade do poder de punir do Estado não são, de todo modo, autoevidentes. Se assim é para o geral, também o será para o particular, no caso dos crimes omissivos impróprios. Como já salientou Jiménez de Asúa, não basta afirmar que o direito penal sempre existiu para que seja considerado justo, ou tampouco lícito.<sup>90</sup> Esta foi a conclusão dos partidários do tecnicismo jurídico, por exemplo, dentre os quais se destaca Rocco. Pretendia ele afastar do domínio dogmático qualquer investigação filosófica, considerada supérflua ou ainda, danosa à resolução de problemas práticos atinentes ao direito posto.<sup>91</sup> A pena não se justificaria por ideias filosóficas, mas sim por critérios de necessidade e utilidade.<sup>92</sup>

Rocco afirmava ser função da ciência jurídico penal “*la elaboración tecnicojurídica del derecho penal positivo y vigente, el conocimiento científico y no simplemente empírico del sistema de derecho penal*”<sup>93</sup>, relegando à dogmática uma tarefa descritiva e expositiva dos princípios fundamentais do direito positivo, em sua coordenação lógica e sistemática.

Apesar de ter sua importância história para o contexto no qual foi trabalhada, demandando-se um estatuto científico próprio para o direito penal, continuar a adotar uma concepção como esta é o mesmo que deslocar o ônus do controle da racionalidade do sistema penal do jurista para o legislador, como ato político, com todas as consequências daí advindas. Uma singela amostra é a adoção do critério do bem jurídico apenas como parâmetro interpretativo da lei penal, como propuseram os seguidores da chamada *Escola de Baden*.<sup>94</sup> Ao legislador seria livre escolher quais os bens jurídicos seriam merecedores de tutela penal, perdendo estes qualquer eventual potencialidade crítica de legitimidade da incriminação que pudessem apresentar. Infelizmente a realidade mostra ser tendência dos manuais da parte especial a indicação do objeto de tutela indicado pelos congressistas, sem nenhum questionamento.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**: Filosofía y ley penal. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 13.

<sup>91</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 13.

<sup>92</sup> Já exposto anteriormente em: COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Em defesa da dogmática jurídico penal**: O direito penal entre o real e o racional. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/em-defesa-da-dogmatica-juridico-penal/>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

<sup>93</sup> ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal**. Bogotá: Editorial Themis, 1982, p. 15.

<sup>94</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

<sup>95</sup> COSTA, **Em defesa da dogmática jurídico penal**, op. cit.



Montesquieu, no *Espírito das Leis*, afirmou que “*para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”.<sup>96</sup> Por esse motivo, deve ser papel da dogmática penal, constantemente, questionar a legitimidade da norma e pensar critérios de limitação ao poder punitivo, a fim de que este não produza abusos, exageros e arbitrariedades. Os limites ao poder de punir, amparados na legalidade, na dignidade da pessoa, na liberdade e na culpabilidade, devem ser a verdadeira preocupação de quem se ocupa com a ciência penal e nunca a justificação da norma penal por um aleatório critério político.

Como anteriormente se apontou, os crimes omissivos impróprios não se ligam propriamente a uma expansão quantitativa, mas sim qualitativa da norma penal. Isso se deve ao fato de que a omissão imprópria depende sempre da existência prévia de um tipo que descreve uma ação, dado que sua punibilidade está sempre vinculada a um dever especial, ao poder de agir, a um resultado lesivo a um bem jurídico e à equiparação entre ação e omissão. O aumento da responsabilização na forma comissiva por omissão está muito mais vinculado, assim, ao processo de imputação que se adota nessa equivalência aos tipos comissivos do que, propriamente, à proliferação da quantidade de tipos penais, em que mediatamente possa também estar a ela ligado.

Como decorrência do princípio da responsabilidade pessoal, para que um resultado seja objetivamente atribuível a alguém como obra sua demanda-se, além da causalidade (*ser*), critérios negativos que limitem a responsabilidade por meio de um raciocínio de imputação (*deve-ser*). Crê-se, assim, que a compreensão dos elementos de caracterização e os fundamentos de limitação à responsabilização por crimes omissivos impróprios estejam amparados na teoria da imputação objetiva. Nas palavras de Tavares, a teoria da imputação objetiva deve ser vista como restritiva da incidência da proibição, não como pretexto para alargá-la.<sup>97</sup> Esta é, pois, a premissa básica deste estudo.

---

<sup>96</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de Brède et de. **O espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

<sup>97</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 279.

#### 4. O CONCEITO DE OMISSÃO

Ao definir os elementos essenciais do conceito de conduta (ação ou omissão),<sup>98</sup> a doutrina, no decorrer do histórico da dogmática jurídico-penal, teve por objetivo principal realizar um papel uniformizador, de forma a evitar uma análise casuística da delimitação do conceito de delito, prezando-se sempre por uma noção de sistema na análise do caso.<sup>99</sup>

De fato, vale lembrar Gimbernats Ordeig, para o qual à dogmática penal cabe definir conceitos e impor limites de forma a possibilitar a aplicação segura e previsível do direito penal, subtraindo dele qualquer ranço de irracionalidade, improvisação ou arbitrariedade.<sup>100</sup> A definição do conceito de omissão, portanto, segue esta lógica. Faz ela parte da delimitação do que seja a conduta punível, facilitando a análise dos pressupostos de punibilidade e tencionando a aplicação uniforme do direito.<sup>101</sup>

Partindo-se do pressuposto de que a conduta humana é a base de toda reação jurídico-penal,<sup>102</sup> a definição da omissão como enlace e delimitação do restante do conceito analítico de crime, tal qual a ação, representa, em um direito penal democrático, repelir qualquer tentativa de estabelecimento de um direito penal de autor, ante a reafirmação de um direito penal do fato. Somente pode ser controlado e limitado democraticamente um sistema repressivo baseado no ato cometido e não em qualidades físicas ou psíquicas do indivíduo. Aliás, um direito penal do autor, possibilitando-se escolher as pessoas a quem o poder político queira perseguir, apenas favorece concepções autoritárias de Estado.<sup>103</sup>

Em realidade, o próprio princípio da legalidade disposto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou **deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**” (destaque acrescentado), consigna, quando da verificação de suas consequências penais, a necessidade de um direito penal do fato, haja vista ser possível submeter à legalidade apenas fatos ou omissões, e não modos de vida, pensamentos ou qualidade pessoais. Trata-se, isso sim, de um limite à atividade do legislador ordinário, ao impor a necessidade de que normas penais incriminadoras ou mandamentais

<sup>98</sup> Sobre a impossibilidade de conjugar ação e omissão sob um único conceito de conduta vide RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2011, p. 167.

<sup>99</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta no direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

<sup>100</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, op. cit., p. 43.

<sup>101</sup> GUARAGNI, **As teorias da conduta no direito penal**, op. cit., p. 39.

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. Luiz Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 10.

<sup>103</sup> MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 10.

estejam consignadas à conduta humana.<sup>104</sup> Transposto à seara penal, o mesmo entendimento deve ser consignado à interpretação do inciso XXXIX do mesmo art. 5º, quando dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.<sup>105</sup> Em assim sendo, passa-se à exposição dos limites do conceito de omissão definidos pelas diversas escolas penais representativas do direito penal continental.

#### 4.1. CAUSALISMO

O sistema causalista, doutrinariamente identificado pelas contribuições de Beling, Von Liszt e Radbruch,<sup>106</sup> foi a corrente doutrinária fortemente influenciada pelo positivismo naturalista do fim do século XIX e início do XX. Por isso, suas concepções são especialmente imbricadas com conceitos retirados da observação da realidade empírica, por meio de estruturas causais e naturais.

Para Beling, ação seria uma manifestação corporal externa, objetiva, uma inervação muscular, dotada de voluntariedade e produzida pelo domínio sobre o corpo, tal como levantar a mão, falar etc. A omissão, por sua vez, consistiria em um não fazer, isto é, distensão ou afrouxamento dos músculos.<sup>107</sup> A omissão, nesse sentido, não se refere a realização de determinado movimento corporal desta ou daquela forma. Ao revés, refere-se ao fato de não produzir um determinado comportamento no mundo exterior.<sup>108</sup> Poderiam ser as omissões de absoluta inatividade, esgotando-se em um mero não fazer, ou ainda poderia produzir um resultado positivo. Nesse último caso (omissão imprópria), trata-se da omissão de uma atividade que teria evitado o resultado típico.<sup>109</sup>

Beling ainda aduz que não há qualquer dúvida da existência de uma relação de causalidade entre o não-fazer e o resultado produzido no mundo exterior. Segundo o autor a celeuma residiria em uma questão jurídica: a de se analisar se a omissão pode ser vista dentro do referencial do *delito-tipo*. O verbo matar, por exemplo, compreenderia tanto o resultado causado por uma ação, quanto por uma não evitação do resultado, como no caso da mãe que

<sup>104</sup> Sobretudo GUARAGNI, *As teorias da conduta no direito penal*, op. cit., p. 49.

<sup>105</sup> Vide BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65, para quem “*o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo*” e que aspire à segurança jurídica.

<sup>106</sup> Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012.

<sup>107</sup> BELING, Ernst Von. *Esquema de direito penal*. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010, p. 30.

<sup>108</sup> BELING, *Esquema de direito penal*, op. cit., p. 74.

<sup>109</sup> BELING, *Esquema de direito penal*, op. cit., p. 74.

não proporciona o alimento devido a seu filho, ou do guia de excursão que deixa o turista cair na fenda de uma montanha, não lhe prestando auxílio para salvar-se.<sup>110</sup>

O dever jurídico, nesse caso, seria medida especial de antijuridicidade. Fala-se de um dever não de se omitir quanto ao resultado típico, mas sim de agir positivamente a fim de evitar que o evento venha a de fato se consumir.<sup>111</sup> Em síntese, a ação, como objeto da teoria do crime, era vista como mero processo mecânico, causal, que por enervação dá impulso à vontade, não tendo esta como pressuposto. Delimita uma alteração no mundo fático sem sequer que o autor o tenha querido ou possa prever as consequências desse seu atuar.<sup>112</sup> A omissão, nesse sentido, não teria qualquer referencial valorativo, mas tão somente é conceituada por Beling como uma distensão de músculos que, em seu sistema, situava-se no âmbito da ilicitude, quando de sua imputação em relação à norma jurídica *lato sensu*.

Esse paradigma teórico do direito penal exigiria tão só a relação de causalidade entre o fato e a vontade, para a configuração do delito, reservando o conteúdo da mesma, no que tange ao dolo ou a culpa, somente quando da análise da culpabilidade do agente. Ação, nesse sentido, seria “*o movimento corporal causado, por um ato voluntário, e se entendia, a esse respeito, por ‘voluntário’ todo ato ‘que livre da pressão mecânica ou psicológica, esteja motivado por representações’*”.<sup>113</sup>

Radbruch, indo em uma linha oposta a de Beling e se colocando entre o causalismo e o neokantismo, acrescentou que o conceito de omissão, ao contrário do que possa parecer, não sofreu influxo algum do conceito de ação. A ação seria, assim, caracterizada por três elementos: a vontade, o fato e a causalidade entre ambos.<sup>114</sup> O primeiro ponto a ser rebatido por Radbruch na omissão é a causalidade. Para o autor, apenas há causalidade entre uma modificação com outra modificação no mundo exterior, e do nada, nada pode resultar. Tampouco existiria a exigência de voluntariedade na omissão de um movimento corporal. Um ato volitivo demandaria a estimulação dos nervos motores, o que não haveria nas omissões.<sup>115</sup> Em que pese não seja causada pela vontade, ela pode ser querida. Para tanto, a representação do poder realizar o movimento corporal tendente a impedir o resultado típico deve advir de uma conduta dolosa.<sup>116</sup>

<sup>110</sup> BELING, **Esquema de direito penal**, op. cit., p. 75.

<sup>111</sup> BELING, **Esquema de direito penal**, op. cit., p. 75.

<sup>112</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. de Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 34.

<sup>113</sup> Idem, ibidem. Vide, nesse sentido, LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino. Rio de Janeiro: Briguet & C. Editores, 1899, p. 198.

<sup>114</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 161.

<sup>115</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 162.

<sup>116</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 163.

Ainda adita Radbruch que para a omissão também se deve negar a existência de um fato. Fato, para o penalista, é a conduta corporal causalmente conectada com o resultado. Ora, enquanto nos delitos próprios de omissão se pune porque se executa um movimento diverso do mandado ou não se cumpre propriamente nenhum movimento, nos delitos impróprios de omissão se atribui o resultado não a movimentos corporais diversos ou à inércia do sujeito ativo, mas somente à *inexecução* do movimento ordenado.<sup>117</sup> Pelo conjunto desses motivos, Radbruch conclui não ser possível subsumir o conceito de omissão ao de ação. Arremata sentenciando que “*o conceito de omissão se esgota completamente na negação de uma determinada ação, não afirma uma ação distinta nem nega alguma ação em geral*”<sup>118</sup>. Nada tem em comum a omissão com a ação, aliás, aquela se esgota ao negar esta. Nessa lógica, assim como que não se possa apresentar a díade sob a perspectiva de “*a*” e “*não-a*”, também não é factível pregar ação e omissão sob um conceito superior ou algo semelhante.<sup>119</sup>

No Brasil, Nelson Hungria e Anibal Bruno são aqueles que melhor representam a teoria causalista incipiente no início à meados do século XX, baseando seus conceitos de omissão em dados naturais, isto é, pré-jurídicos. Para Nelson Hungria, a ação consistiria em um “*voluntário movimento corpóreo*” e a omissão em uma “*voluntária abstenção de movimento corpóreo*”<sup>120</sup> (*non facere quod debet facere*). A omissão imprópria consistiria em uma “*inação contrária ao dever jurídico de agir, constituindo, em si mesma, o crime*”<sup>121</sup>, ou seja, o resultado de ação causada ou não impedida, como ensejo a produção de um dano posterior, não previsto expressamente em um tipo penal específico.

Anibal Bruno, por sua vez, considera que “*todo crime é ação*”,<sup>122</sup> estabelecendo como critérios para classificação de crimes, decorrente dessa sua primeira conclusão, tanto a forma da ação quanto a natureza de seu resultado.<sup>123</sup> Assim deriva que a omissão imprópria seria das espécies de tipo comissivo, comissão por omissão. Esta consistiria em produzir, por meio de um não-fazer, um resultado definido na lei como crime. O resultado – comum aos crimes

<sup>117</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 166.

<sup>118</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 167. Tradução de: “*el concepto de omisión se agota completamente en la negación de una determinada acción; no afirma una acción distinta ni niega alguna acción en general*”.

<sup>119</sup> RADBRUCH, **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**, op. cit., p. 168. Nas palavras de Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes, tendo Radbruch por neokantista, afirmam: “*Radbruch, por seu turno, destacaria a impossibilidade de utilizar um supraconceito (Oberbegriff) de ‘ação’, que abarcasse a ‘ação’ e a ‘omissão’*”. BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

<sup>120</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. 1º vol. 2º tomo. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 10.

<sup>121</sup> HUNGRIA, **Comentários ao Código penal**. 1º vol. 2º tomo, op. cit., p. 42.

<sup>122</sup> BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 218.

<sup>123</sup> BRUNO, **Direito penal**, op. cit., p. 218.

comissivos e comissivos por omissão – para o penalista seria consequência do simples movimento corpóreo do agente. Trata-se, para o autor, de um crime comissivo, mas que tem como causa do resultado a omissão.<sup>124</sup>

Ocorre que, ante o exposto, a teoria causalista não apresentou um satisfatório conceito de omissão, visto que desconsidera, em primeiro lugar, sua vocação normativa amparada na inobservância de um dever jurídico imposto por uma norma mandamental. Além disso, um conjunto de outros fatores soma-se a este para confirmar a superação do modelo de explicação causalista da teoria da conduta.

Welzel aponta como problema fundamental desta teoria o fato de ser totalmente alheia à função constitutiva da vontade, fator que o finalismo considera como determinante do direcionamento da ação. A ação, para o causalismo, seria baseada em ato voluntário qualquer, apenas importando a intencionalidade quando da análise da culpabilidade, e não na conduta obra do sujeito ativo<sup>125</sup>. Nesse sentido, começa a fracassar a teoria causalista na configuração da tentativa. A tentativa, segundo Welzel, não pode ser concebida como mero processo causal, mas tão só como ação que se direciona a um resultado previamente almejado.<sup>126</sup> Não bastaria a voluntariedade para caracterizar a ação. Aliás, a vontade deve ser encarada como um de seus elementos constitutivos.

Da mesma forma, a doutrina naturalista não fornece bases sólidas para a delimitação dos crimes culposos, pois sua consecução não estaria no resultado causado, mas na ação defeituosa, isto é, não no desvalor do resultado, mas no desvalor da ação, pois o resultado apenas será antijurídico se for produzido “*como consequência da falta de observância do cuidado devido*”.<sup>127</sup> A superação de um paradigma puramente naturalista, com a consequente inclusão de fatores valorativos na teoria do delito, por força da filosofia neokantiana, começou a remodelar a teoria do delito em meados da primeira metade do século XX.

#### 4.2. NEOKANTISMO

Seguiu o causalismo naturalista a chamada corrente neokantiana, ou causalismo valorativo, muito influenciada pelo paradigma da filosofia dos valores. O positivismo-naturalista, próprio para explicações ligadas às ciências naturais, isto é, ao campo do ser, foi

---

<sup>124</sup> BRUNO, **Direito penal**, op. cit., p. 220.

<sup>125</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., p. 35.

<sup>126</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., p. 35.

<sup>127</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., p. 37.

abandonado das ciências sociais, que passaram a ser associadas ao dever ser, baseado em premissas valorativas e não na mera observação do mundo externo. Nessa perspectiva, as normas jurídicas não possuiriam valor intrínseco, mas seriam inspiradas por valores prévios. No âmbito do direito penal, quem melhor representou a corrente neokantiana talvez tenham sido Mezger e E. Mayer.<sup>128</sup>

Tais autores elaboraram um sistema de teoria do delito em que cada uma de suas categorias (conduta, tipicidade, ilicitude e antijuridicidade) seriam derivadas de valores específicos deduzidos dos fins atribuídos ao direito penal, superando então as descrições empíricas dos movimentos corporais próprias do causalismo naturalista.<sup>129</sup> Sob a influência desta concepção filosófica, por exemplo, ficaram muito bem delimitados os objetos de estudo da criminologia e da dogmática. Enquanto a primeira se basearia no método causal-explicativo (indutivo),<sup>130</sup> a segunda seria ditada pelo método compreensivo-axiológico (dedutivo), próprio das ciências do espírito. O penalista estaria, pois, liberado do positivismo criminológico, podendo assim se dedicar mais ativamente à elaboração técnico-jurídica do direito penal, verdadeiro “*tubo de ensaios de todas as elucubrações em torno da essência e dos fins do Direito penal*”, nas palavras de Muñoz Conde.<sup>131</sup>

A repercussão da teoria neokantiana na teoria do delito foi marcante. Além do reconhecimento de elementos subjetivos no injusto e de elementos normativos na culpabilidade, reconhecendo, assim, a inexistência de taxativa separação entre os dois setores,<sup>132</sup> no âmbito da teoria da ação, deixou de considerá-la como mero movimento corporal do causalismo, passando a concebê-la a partir do destaque de um significado social, passando a ser designada como “*comportamento humano*”.<sup>133</sup> O que interessa notar é que o

<sup>128</sup> Sustentando essa posição: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225. A obra representativa apontada por Busato: MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. Cf. também TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 314. Do mesmo modo MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

<sup>129</sup> MUÑOZ CONDE, **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**, pp. 2-3.

<sup>130</sup> A criminologia ficaria a cargo dos cientistas naturais que, estudando os mesmos problemas que os juristas, o fariam de acordo com métodos e pontos de vista diferentes. Cf. MUÑOZ CONDE, **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**, p. 3.

<sup>131</sup> MUÑOZ CONDE, **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**, p. 3. Para Muñoz Conde, a polêmica causalismo-finalismo serviu, “à parte de suas indubitáveis repercussões no aperfeiçoamento do sistema da teoria do delito, de pretexto para pôr à margem, consciente ou inconscientemente, os grandes problemas políticos (-criminais) postos em evidência pela inacabada reforma penal da República de Weimar”. Idem, p. 7.

<sup>132</sup> Cf. BUSATO, **Direito penal**, p. 226.

<sup>133</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: \_\_\_\_\_ (org.) **El sistema moderno del derecho penal**: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1992, p. 67. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Trad. Jorge Bofia Gensch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 269. Também BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, **Direito penal**, op. cit., p. 127.

conceito de ação perde sua condição de primazia na teoria do delito para o conceito de tipo, conclusão esta fortemente influenciada pela filtragem das categorias por aspectos valorativos (logo, normativos) e pelas conclusões de Radbruch, pela impossibilidade de um conceito unitário-sistemático de conduta.<sup>134</sup>

No que toca à omissão, Mezger aponta realmente ser importante a demonstração de que aquele que omite é o penalmente responsável pelo advento do resultado, uma vez que se *esperava* uma conduta apta a evitá-lo, dada existência de determinado dever especial que impunha ao omitente a proteção dos bens jurídicos da vítima.<sup>135</sup> Quem não realizava a ação esperada, responderia pela omissão. Entretanto, a discussão estava em quem esperaria tal ação, não se estabelecendo um padrão normativo para tanto, mas simplesmente pautas culturais, o que importaria à volta a um direito penal pré-iluminista.<sup>136</sup>

Em que pese os esforços empreendidos pela corrente filosófico-epistemológica neokantista na doutrina do crime, as estruturas básicas do conceito analítico de crime somente foram radicalmente alteradas com o finalismo, que teve por principal mérito trazer para a ação típica a intencionalidade e não mais somente a voluntariedade.

#### 4.3. FINALISMO

Para Welzel, a ação humana seria “*estrutura lógico-objetiva absolutamente fundamental para o Direito Penal*”.<sup>137</sup> Sendo a finalidade “*vidente*” e a causalidade “*cega*”,<sup>138</sup> o conteúdo da vontade não poderia mais ser relegado a mero dado da culpabilidade do agente, mas agora seria determinante para sua ação ou omissão. Para Welzel, a “*espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal*”.<sup>139</sup>

Desde o ponto de vista ontológico, próprio do finalismo, a omissão não é, em si, considerada uma ação. Em verdade, comporta-se, com esta, no sentido de “A” e “não-A”. Para Welzel, não se pode transportar as características da ação para a omissão, sem notar o seu

<sup>134</sup> Cf. BUSATO, **Direito penal**, op. cit., p. 226.

<sup>135</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 314. A teoria da ação esperada será retomada mais à frente quando do enfrentamento das teorias da causalidade aplicáveis à omissão.

<sup>136</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul ; BATISTA, Nilo et all. **Direito penal brasileiro**. 2º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 350.

<sup>137</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In. \_\_\_\_\_ (org.) **El sistema moderno del derecho penal**: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1992, p. 55.

<sup>138</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., p. 27.

<sup>139</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., p. 28.



verdadeiro sentido. No entanto, as duas modalidades devem ser consideradas como espécies do gênero conduta, regidas pelo critério da vontade final.<sup>140</sup>

Isto não quer dizer que a omissão não faça referência sempre a uma ação, uma vez que só se pode falar em omissão de uma ação mandada (*ex nihilo nihil fit*). Nesse sentido, para Welzel, “*omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción*”.<sup>141</sup> Assim sendo, omissão, para o finalismo, é um não realizar uma ação possível que esteja subordinada ao poder final de fato de uma pessoa concreta.<sup>142</sup>

Tal ação exigida pela norma mandamental supõe que a pessoa tenha conhecimento da situação em que ela seja chamada a atuar e, também, esteja em condições de reconhecer e poder escolher os meios adequados para levar a cabo seu objetivo. Trata-se da derivação da ideia central da doutrina finalista segundo a qual “*a ação humana é o exercício da atividade final*”.<sup>143</sup> Além disso, por último, a possibilidade física real de empregar os meios previamente eleitos, executando assim o ato planejado.<sup>144</sup>

Lembra Welzel que à omissão não é própria nem a causalidade, nem a finalidade. Não há que se falar em falta de vontade orientada à realização de uma omissão ou ao dolo como nos delitos de ação. O elemento subjetivo da omissão, para Welzel, diz respeito à consciência do poder de atuar. O pai, ao ver o filho se afogando, tem consciência de poder salvá-lo. A omissão inconsciente também preenche o conceito de omissão para o autor. Trata-se do caso daquele sujeito que tem o conhecimento da ação possível, mas não conhecimento do seu próprio poder de fato, como no exemplo de alguém que ao ver uma criança se afogando, acredita não poder salvá-la por não saber nadar.<sup>145</sup>

Welzel critica a solução de Mezger, segundo a qual somente pode-se omitir uma ação esperada. Para o penalista de Bonn, comprovar a não execução de uma ação, submetido ao poder de fato do sujeito ativo, depende de um mero juízo objetivo, não da espera da execução de uma ação. As ações possíveis subordinadas ao poder de fato do indivíduo são indeterminadas. A execução de uma ação pressupõe um interesse em relação a ela. O juízo objetivo do qual depende a verificação se a ação respectiva dependia do poder de fato do

---

<sup>140</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11ª ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976, p. 276.

<sup>141</sup> WELZEL, **Derecho penal alemán**, op. cit., p. 277.

<sup>142</sup> WELZEL, **Derecho penal alemán**, op. cit., p. 277.

<sup>143</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 41.

<sup>144</sup> WELZEL, **Derecho penal alemán**, op. cit., p. 277.

<sup>145</sup> WELZEL, **Derecho penal alemán**, op. cit., p. 278.

autor é absolutamente independente de se qualquer pessoa tenha esperado essa ação ou não no momento de sua execução.<sup>146</sup>

Fazendo depender a omissão à uma atividade final possível, na busca de tentar conciliar o conteúdo ontológico da ação com os preceitos da omissão, Welzel acaba por desnaturar esse fundo ontológico, pois passa a trabalhar com dados eminentemente normativos/valorativos, “*ao afirmar que a omissão é sempre a omissão de uma ação determinada*”.<sup>147</sup>

Kaufmann, considerado pelo próprio Welzel como aquele que traçou as bases fundamentais da teoria finalista da omissão,<sup>148</sup> em sua monografia dedicada à dogmática dos delitos de omissão, datada de 1959, assim consignou:

De la consideración antropológica de la naturaleza se desprende lo que el mandato puede exigir a la persona: el empleo de su poder, de la capacidad específicamente humana de fijarse tareas, elegir los medios para realizarlas y emplear la voluntad como factor determinante de realización. Así pues, sólo cabe ordenar acciones finales: no es el ‘causar’ lo que puede ser contenido de la obligación de hacer, sino sólo la aplicación consciente de la dirección de voluntad, el poner causas con vistas a fines conseguibles.<sup>149</sup>

O conteúdo finalístico da omissão, portanto, para Kaufmann, é sempre referido à uma ação final. O autor sustenta que a norma mandamental pode exigir o emprego do poder e capacidade do sujeito em eleger os meios para realizar ações determinantes que evitem resultados normativamente indesejados, isto é, o mandado somente pode abranger o que tenha que ser realizado mediante uma ação final.<sup>150</sup>

As normas jurídicas, consubstanciadas em proibições e mandados, por esse motivo, não podem ter por objeto processos causais cegos, mas tão somente ações direcionáveis finalisticamente. Enquanto as proibições, que conformam delitos comissivos, proíbem condutas cuja vontade esteja dirigida a produzir um resultado ou um efeito concomitante à ação, socialmente indesejado; os mandados, que conformam delitos omissivos, exigem a realização de ações para se evitar resultados socialmente indesejados.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> WELZEL, **Derecho penal alemán**, op. cit., p. 278.

<sup>147</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 63. Tentando corrigir o artificialismo de um conceito de finalidade potencial, Maurach inclui logo no conceito de ação dados normativos, complementando o sentido ôntico da ação por meio de critérios axiológicos. Com Maurach, a ação finalista deixa de ser tão somente ontológica e passa a ser ôntica-normativa. Cf. MAURACH, Reihart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Trad. de Jorge Bofill. Buenos Aires: Astrea, 1995. Citando Maurach, TAVARES, **Teorias do delito**, op. cit., p. 63.

<sup>148</sup> WELZEL, **El nuevo sistema de derecho penal**, op. cit., passim.

<sup>149</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 25.

<sup>150</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 25.

<sup>151</sup> WELZEL, **O novo sistema jurídico-penal**, op. cit., pp. 32-33.

Em que pese toda a construção filosófica e dogmática do finalismo, e as heranças que deixou marcada em toda a tradição jurídico-penal posterior, principalmente a passagem do dolo e da culpa para a estrutura do tipo penal, esta corrente tem sido sistematicamente abandonada pelos penalistas de renome internacional e nacional.<sup>152</sup> A grande crítica que se faz à teoria finalista é a de que “*não é possível compor-se uma identidade entre ser e natureza*”,<sup>153</sup> entre sujeito e objeto de maneira estática. No âmbito dos delitos de omissão, assinala-se ainda a contradição sistemática entre um conceito ontológico puro de ação com as características normativas próprias ao dever de agir exigido pela norma mandamental.<sup>154</sup>

#### 4.4. CONCEITO SOCIAL

Ao lado do finalismo, desenvolveu-se outra teoria da conduta, a social. Teve ela por mote estar em uma posição intermediária entre causalismo e finalismo, definindo a ação como fenômeno social.<sup>155</sup> Dentre seus principais defensores estão Eb. Schmidt, Wessels, Jescheck entre outros. Inicialmente, a teoria social da ação foi uma tentativa de adequar o causalismo às necessidades da ordem jurídica, principalmente no que tange à omissão.<sup>156</sup> Posteriormente veio a tomar contornos próprios como uma teoria autônoma.

Segundo Wessels, a teoria social vê na relevância social do atuar ou do omitir humano o critério comum a todas as formas de comportamento. Tenta ela ser uma perspectiva conciliatória, agregando ação objetiva (Engisch, Eb. Schmidt, Maihofer), colocação do fim subjetivo (Jescheck), e a estrutura pessoal da ação (Kaufmann).<sup>157</sup> Tinha por pretensão transformar o conceito de ação em fundamento comum a todas as formas de manifestação da conduta penalmente relevante. Criticava a teoria causal por esta desprezar o fato de que a

---

<sup>152</sup> Sobretudo GRECO, Luís. **En Alemania, el finalismo está muerto**. Disponível em <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>. Acesso em 01 de outubro de 2016. Cite-se, ainda, no Brasil, a mudança de posição de Juarez Tavares, que em sua obra “**Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980” ainda sustentava a teoria finalista, sistematicamente mudou seu entendimento em obras posteriores, principalmente quando da edição de sua “**Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000” e no “**Direito penal da negligência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003”. Na Espanha, apenas para fins de exemplo, cite-se, principalmente, Enrique Bacigalupo e Francisco Muñoz Conde. Em Portugal Jorge de Figueiredo Dias. Ainda sustentam, entretanto, a teoria finalista, no Brasil, apenas exemplificativamente, Luiz Régis Prado e Juarez Cirino dos Santos, na Espanha, José Cerezo Mir, e na Alemanha Hans Joachim Hirsch.

<sup>153</sup> TAVARES, **Teoria dos Crimes Omissivos**, op. cit., p. 247.

<sup>154</sup> TAVARES, **Teorias do delito**, op. cit., p. 89.

<sup>155</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 22. Do mesmo modo, SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 89.

<sup>156</sup> TAVARES, **Teorias do delito**, op. cit., p. 91.

<sup>157</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 20.

pessoa tem representações de valor no mundo da vida, não tomando decisões de forma puramente causal. Da mesma forma, opunha-se ao finalismo por não acreditar que o agir humano corre sempre nos estreitos limites da finalidade.<sup>158</sup>

Nas condutas determinadas pelo subconsciente e nas omissões, assinala Wessels, falta, na maior parte dos casos, o direcionamento finalístico do acontecer causal. Falta finalidade, e não relevância social, na conduta da mãe que permanece inerte não impedindo seu filho, em decorrência de uma falsa representação, de tomar um líquido passível de lhe causar a morte. Aqui não há vontade nem dirigibilidade causal por parte da mãe.<sup>159</sup>

Para o direito penal dever-se-ia preferir, nas palavras de Wessels, a construção da ação como “*conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana*”.<sup>160</sup> Nesse conceito englobam-se tanto a conduta comissiva quanto a omissiva. Em um plano meramente ontológico como o finalista, isto não era possível, pois a partir de uma análise normativa antagonismos incompatíveis eram verificáveis. A relevância social, nessa perspectiva, deve ser encarada como a conduta que relaciona o indivíduo com o seu meio, segundo efeitos desejados e não desejados.<sup>161</sup>

Os delitos omissivos, que podem ser próprios e impróprios, diferenciar-se-iam pelo fato de os primeiros esgotarem-se na infração de uma norma mandamental ou na simples omissão da ação exigida, enquanto os segundos apresentam-se como delitos de resultado.<sup>162</sup> Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, são aqueles em que o omitente está obrigado a impedir o resultado, por estar na posição de garantidor. Nesse caso, a omissão equivale à realização do tipo por uma ação.<sup>163</sup>

Segundo Jescheck, a omissão não é, em si, final, uma vez que se caracteriza em função do emprego da energia esperada.<sup>164</sup> Para reunir ação e omissão sob um único conceito,<sup>165</sup> o autor recorre a um ponto de vista superior de natureza valorativa, a fim de reunir no âmbito normativo aquilo que seria inconciliável no plano ontológico. Essa síntese, que objetiva o conceito social de ação, busca a relação do comportamento com o mundo circundante, concebendo a ação como comportamento socialmente relevante.<sup>166</sup> Tal qual a ação, baseada

<sup>158</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 21.

<sup>159</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 21.

<sup>160</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 22.

<sup>161</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 22.

<sup>162</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., pp. 157-158.

<sup>163</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 158.

<sup>164</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 1 v. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 296.

<sup>165</sup> Discordando, pois, da posição de Radbruch, cf. JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, 1 v., op. cit., p. 295.

<sup>166</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, 1 v., op. cit., p. 296.

na finalidade ou na mera causação, a inatividade manifesta-se frente à determinada expectativa de ação, afetando a relação do indivíduo com o mundo que o circunda.<sup>167</sup>

#### 4.5. CONCEITO NEGATIVO

Concebido inicialmente por Herzberg e Behrendt, teve sua sistematização realizada por H. Otto. Por essa perspectiva, define-se o conceito de ação dentro da lógica da teoria do delito, afastando-se de posições ontológicas ou pré-jurídicas.<sup>168</sup> Assim, “*ação é a evitável não evitação do resultado na posição de garantidor, compreensível como omissão da contradição mandada pelo ordenamento jurídico*”.<sup>169</sup> Ação se observa quando o autor realiza o que não deve realizar, enquanto a omissão é a não realização do que se deveria realizar.<sup>170</sup>

Funda-se essa teoria no chamado princípio da evitabilidade, insculpido no § 13 do Código penal alemão, que trata da comissão por omissão.<sup>171</sup> O conceito de ação, assim, parte do conceito de omissão. O sujeito ativo tem o poder de influir sobre o resultado, por meio de sua vontade, mas não o faz. Independente da norma ser proibitiva ou mandamental, a possibilidade de evitar o comportamento proibido se configura como pressuposto da norma penal em geral, e não como dado pré-normativo. Ação e omissão, assim, pertenceriam ao tipo de injusto, não se configurando pré-juridicamente.<sup>172</sup>

Podem ser apresentadas críticas a essa concepção, tanto em plano teórico, quanto em plano metodológico. Em nível conceitual, Cirino dos Santos afirma que, em que pese a conduta ter como parâmetro a norma penal, tendo relevância penal apenas a ação ou omissão que se amolde à norma, a ação, como categoria do ser, é sempre anterior ao tipo.<sup>173</sup> Esta crítica somente é justificável caso se prefira um conceito ontológico de conduta, o que

<sup>167</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, 1 v., op. cit., pp. 296-297.

<sup>168</sup> Poucos manuais se referem a tal conceito de conduta no direito brasileiro. Parece-nos, na vanguarda, SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 92. Mais recentemente BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Lições fundamentais de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406.

<sup>169</sup> SANTOS, **Direito penal**, op. cit., pp. 92-93.

<sup>170</sup> SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 93.

<sup>171</sup> “*Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.*”. Cf. ALEMANHA. **Código Penal alemán**. Trad. Cláudia Lopez Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 8. No mesmo sentido: SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 93.

<sup>172</sup> SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 93.

<sup>173</sup> SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 94.

retornaria à problemática quanto à caracterização normativa da omissão. Em nível metodológico, não seria aconselhável acumular o tipo com problemas extratípicos.<sup>174</sup>

#### 4.6. CONCEITOS PÓS-FINALISTAS

Os conceitos pós-finalistas de omissão partem, fundamentalmente, da crítica às concepções ontológicas de Welzel e de Kaufmann, que predominaram na discussão dogmática do século XX. Dentre as dificuldades para se sustentar um conceito finalista de omissão, pode-se citar, como fez Radbruch, que o conceito de omissão esgota-se completamente na negação de uma determinada ação,<sup>175</sup> não sendo possível abarcar ação e omissão conjuntamente em um conceito superior de conduta. Welzel e Kaufmann vão, justamente, no caminho contrário. Tentam encontrar, tanto na ação, quanto na omissão, um denominador comum baseado na finalidade, na primeira, real e, na segunda, tão somente potencial.<sup>176</sup> As tendências pós-finalistas, nessa linha, identificando a impossibilidade de submeter-se a omissão à uma categoria ontológica, preferem abordagens linguísticas ou normativas. Como tendências contemporâneas, podem-se apontar como representantes dessa linha os conceitos significativos de Vives Antón e Martínez-Buján Pérez, e os funcionalismos, em sua versão sistêmica de Jakobs, e teleológica-racional de Roxin.

##### 4.6.1. Concepção significativa de omissão

Considerada por Martínez-Buján Pérez como a primeira teoria do delito do século XXI,<sup>177</sup> a teoria significativa da ação parte de bases filosóficas próprias. Com a pretensão de propor uma nova perspectiva que critique os sistemas da teoria do delito fundados no paradigma da consciência, de inspiração kantiana e hegeliana, recorre à filosofia da linguagem de Wittgenstein que, por sua vez, centra seu problema de investigação no

---

<sup>174</sup> SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 94.

<sup>175</sup> RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema de Derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2011, p. 167.

<sup>176</sup> Entre outros BUSATO, Paulo. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 84-85.

<sup>177</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A concepção significativa de ação**. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais de delito. Trad. Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3

“*significado*”.<sup>178</sup> Segundo Vives Antón, a comprovação das teorias científicas mostram-se na prática, e a prática se expressa por meio da ação, devendo se buscar, por meio desta, a origem do significado. As práticas sociais, que delimitam condutas e objetos, permitem substituí-los por signos linguísticos representados simbolicamente. O significado consiste, assim, no uso de tais signos ou palavras.<sup>179</sup>

Para Vives Antón, o delito não é um objeto real, sobre o qual possa se derivar um sistema de estrutura objetiva.<sup>180</sup> O autor não pretende, no entanto, destruir o edifício dogmático construído há mais de dois séculos, mas propor uma nova maneira de determinar o significado dos conceitos.<sup>181</sup> Em primeiro lugar, Vives Antón propõe o restabelecimento do “*sentido da pergunta pela ação*”.<sup>182</sup> Segundo Martínez-Buján Pérez a doutrina buscou no conceito de ação o que esta não podia lhe fornecer, isto é, um fundamento unitário para a responsabilidade. Deduz-se das conclusões de Vives Antón não ser possível a formulação de um conceito superior de ação no qual se possa congrega ações e omissões. Não se trata mais de questionar o que os homens fazem, mas o significado do que fazem, “*não como substrato, mas como sentido*”.<sup>183</sup>

Não é mais necessário recorrer a parâmetros psicofísicos, internos ou externo, mas a regras, a aparatos normativos. Isso importa em afirmar que a ação, como não é mais considerada um fato específico, não pode mais ser a pedra de toque do sistema de imputação. Antes disso, a conduta servirá como interpretação que, variando segundo diversos tipos de normas sociais, amoldar-se-ão a uma descrição típica. A conduta passa a ser não um substrato, mas um sentido conforme atribuição de um sistema normativo.<sup>184</sup> Assim como a ação, a omissão, segundo a teoria significativa, não é um problema de substrato, mas de sentido.<sup>185</sup> A posição de dever na qual se configura o tipo de omissão depende de circunstâncias externas e objetivas, a partir das quais se pode dizer que quem omite não age no *sentido* esperado pela norma.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p. 464.

<sup>179</sup> VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal**, op. cit., p. 466.

<sup>180</sup> VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal**, op. cit., p. 489.

<sup>181</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, **A concepção significativa de ação**, op. cit., p. 5.

<sup>182</sup> VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal**, op. cit., pp. 103 a 140. Citado por MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, **A concepção significativa de ação**, op. cit., p. 9.

<sup>183</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, **A concepção significativa de ação**, op. cit., p. 11.

<sup>184</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, **A concepção significativa de ação**, op. cit., p. 12.

<sup>185</sup> VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal**, op. cit., p. 258.

<sup>186</sup> VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal**, op. cit., p. 291. Da mesma forma, citando-o, ZINI, Julio. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 116.

#### 4.6.2. Funcionalismo sistêmico de Jakobs

O sistema dogmático de Jakobs parte de pressupostos filosóficos específicos dos quais deriva o autor todas as consequências para a teoria do delito. Seu funcionalismo penal se traduz como aquela teoria por meio da qual o direito penal está direcionado a garantir as expectativas normativas da sociedade.<sup>187</sup> Partindo de uma perspectiva neo-hegeliana, sustenta que o direito penal se presta a contradizer a negação das normas que determinam a identidade da sociedade, confirmando assim essa própria identidade por meio da pena. O ramo repressivo, assim, restabelece a vigência perturbada da norma cada vez que haja uma infração à mesma.<sup>188</sup>

Se o direito penal age perante uma perturbação social, o conceito de sujeito não pode estar separado da sociedade, mas sempre ser mediado por ela. Por isso a pessoa deve ser considerada adstrita a determinadas competências em função do cumprimento de certas normas, enquanto “*expectativa social institucionalizada*”.<sup>189</sup> Ser pessoa é representar um papel, sendo que seu comportamento somente pode ser interpretado no contexto de seu sentido subjetivo quando se conheçam os percalços da vida de quem o realiza. Pode-se prever o comportamento de um cristão ou de um egocêntrico, por exemplo.<sup>190</sup>

Na tentativa de desenvolver um padrão para o comportamento, Jakobs pensa em um padrão vinculante que possa representar qualquer um, o que importa em deixar de lado peculiaridades subjetivas. Assim, não se tomam os intervenientes como indivíduos com pretensões diversas, mas a teoria da imputação objetiva de Jakobs apenas os considera como devem ser desde o ponto de vista do direito, isto é, objetivamente. Jakobs pensa em uma teoria unitária da posição de garantidor, e conceitua ação, na qual também pretende abarcar a omissão como “*converter-se de maneira individualmente evitável em razão de determinado resultado*”.<sup>191</sup>

Com a pretensão de definir um conteúdo da teoria do tipo objetivo, Jakobs propõe uma teoria unitária da posição de garante tanto para os delitos de ação quanto os de

<sup>187</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 9.

<sup>188</sup> JAKOBS, **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**, op. cit., p. 12.

<sup>189</sup> JAKOBS, **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**, op. cit., p. 35.

<sup>190</sup> JAKOBS, **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**, op. cit., pp. 35-37.

<sup>191</sup> JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. In. JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AdHoc, 1996, p. 102. Assim também RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 74.



omissão.<sup>192</sup> Isso é derivação da distinção proposta por Jakobs entre os delitos realizados pela criação de um risco comum, advindos do âmbito de *competência organizacional* (derivados de deveres gerais do status de cidadão na sociedade); e os delitos derivados de deveres especiais previstos pelo ordenamento jurídico, no âmbito *institucional* (violadores de regras de caráter especial).<sup>193</sup> Essa proposição está para além da divisão tradicional entre delitos de ação e de omissão, já que essas categorias englobam as duas formas de comportamento. Não se trata de definir a natureza externa da conduta, mas a caracterização normativa da responsabilidade, fundada na teoria da imputação objetiva, que determina a identificação da posição de garantidor.<sup>194</sup> Jakobs tenta mostrar que a teoria da relação específica de imputação e o conceito de ação são, em síntese, o mesmo problema, pois a teoria da imputação tem por objeto a ação (e, por conseguinte, a omissão), em virtude de sua natureza normativa.<sup>195</sup>

Tal qual na ação, para Jakobs na omissão tem lugar a atribuição de uma consequência produzida pelo ser humano. Na omissão imprópria, equivalente à comissão, a atribuição se faz somente à pessoa especialmente implicada as quais se chamam de garantes, “*e esta denominação não é mais que outro nome com o que se faz referência a um segmento daquele âmbito que se esboçou para o delito de comissão sob o rótulo de ‘imputação objetiva’*”.<sup>196</sup> A omissão só é atribuível se a abstenção do sujeito na salvação de um perigo é determinante para a ocorrência do resultado. A unificação de ação e omissão sob o conceito de comportamento é indiferente, uma vez que nos dois casos se está a falar da vinculação do ser humano a um curso que conduz a um resultado.<sup>197</sup>

Como crítica, pode-se apontar que a simples consideração do âmbito de validade da norma não oferece qualquer possibilidade de impor barreiras ao legislador em relação a aspectos valorativos da vida social, mas, tão somente, em relação à Constituição. A proposição, nesse sentido, seria a de que toda norma que não fira diretamente preceitos

---

<sup>192</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2013, p. 99.

<sup>193</sup> CANCIO MELIÁ; SUÁREZ GONZÁLEZ; PEÑARANDA RAMOS, **Um novo sistema do direito penal**, op. cit., p. 100.

<sup>194</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal**: Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 971. Também em CANCIO MELIÁ; SUÁREZ GONZÁLEZ; PEÑARANDA RAMOS, **Um novo sistema do direito penal**, op. cit., p. 100.

<sup>195</sup> JAKOBS, **Fundamentos del derecho penal**, op. cit., p. 74

<sup>196</sup> Tradução de “*y esta denominación no es más que otro nombre con el que se hace referencia a un segmento de aquel ámbito que he esbozado para el delito de comisión bajo el rótulo de ‘imputación objetiva’*”. Cf. JAKOBS, **Fundamentos del derecho penal**, op. cit., p. 99.

<sup>197</sup> JAKOBS, **Fundamentos del derecho penal**, op. cit., p. 99.

constitucionais é perfeitamente válida e sua contravenção merece a necessária reação com o fim de prevenção geral positiva.

#### 4.6.3. Funcionalismo teleológico-racional de Roxin

O conceito de ação como manifestação da personalidade, segundo Roxin, é apto a ser elemento básico que abarque todas as formas de expressão da conduta delitiva. Incluem-se nesse conceito as ações dolosas, imprudentes e também as omissões.<sup>198</sup> Roxin atribui, pois, ao conceito de ação, a função de elemento básico de suporte e ligação da teoria do delito. Segundo o penalista, ação é tudo o que se possa atribuir a um ser humano, enquanto “*centro anímico-espiritual de acción*”.<sup>199</sup> O conceito de ação como manifestação da personalidade abrange tanto formas pré-jurídicas de entender a ação (movimento muscular), como formas normativistas (não evitação evitável), que, por sua vez, abrangem uma realidade sobre a qual recai uma primeira valoração jurídica da teoria do crime.<sup>200</sup>

A omissão somente será manifestação da personalidade por meio de uma expectativa de ação, funcionando para reafirmar o conceito de ação como elemento de enlace ou união da teoria do delito.<sup>201</sup> Aqui a justificação da separação sistemática entre omissão e tipo é necessária a fim de elucidar tal posicionamento. Simplesmente um não-fazer é irrelevante no trânsito social, pois fazer nada, para ter algum significado, depende das expectativas de ação que recaiam sobre determinada pessoa e isso está separado da valoração jurídica (tipo). Se alguém não cumprimenta um conhecido, isto pode ser considerado como uma manifestação da personalidade e, portanto, uma omissão, dado que pelos usos sociais seria esperada tal saudação. Daí ser isso uma injúria, nesse caso, está reservado à análise no âmbito do tipo.<sup>202</sup> A relevância jurídico-penal fica reservada ao tipo.

---

<sup>198</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 255. Sobre a teoria da ação de Roxin, na Alemanha, vide: SCHÜNEMANN, **Introducción al razonamiento sistemático del derecho penal**, op. cit., pp. 51 e ss. Na Espanha, SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **Aproximación ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 121 e ss. Em Portugal, FIGUEREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 212 e ss. No Brasil, vide também SANTOS, **Direito penal**, op. cit., pp. 94-96. BEM; MARTINELLI, **Lições fundamentais de direito penal**, op. cit., pp. 405-406; BUSATO, **Direito penal e ação significativa**, op. cit., pp. 135-138; GUARAGNI, **As teorias da conduta em direito penal**, op. cit., pp. 260 e ss. Dar-se-á, preferência, no entanto, ao próprio Tratado de Roxin.

<sup>199</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 252.

<sup>200</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 256.

<sup>201</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 257.

<sup>202</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 257.

Mas há casos, principalmente no direito penal econômico, em que a expectativa de ação nos crimes omissivos se funda normativamente, como no caso do estabelecimento de deveres de informação, de noticiar, de delatar etc., em que o próprio tipo converte um não-fazer em uma omissão. Nesse caso o tipo é pressuposto da ação (omissão).<sup>203</sup> Além disso, em parte das omissões não é separável ação e tipo, de tal forma que para se comprovar a existência do comportamento faz-se necessário consultar o tipo. Frise-se que a realidade não se funda somente de elementos corporais e psíquicos, mas também de elementos valorativos, sociais, éticos e jurídicos, que também são decisivos para a caracterização do que se manifesta pela personalidade. Nos crimes por ação nem sempre é imperioso recorrer a tais outros critérios, mas nas omissões, a esfera social e a determinação do mandado jurídico revestem-se como distintivos para sua configuração.<sup>204</sup>

No caso das omissões, o objeto de valoração somente surge mediante um ato jurídico de valoração, isto é, a manifestação da personalidade depende do mandado típico de atuar, mostrando um enlace estrutural entre *ser* e *dever ser* próprio do comportamento criminoso.<sup>205</sup> Vê-se, assim, que o conceito de ação de Roxin, que abarca a omissão, é, sobretudo, um conceito normativo, indo na contramão dos modelos causal e final. Em que pese ser um supraconceito válido para todas as formas de comportamento, não tem a pretensão de buscar um substrato material em comum a essas formas. Esse elemento em comum não é senão a imputação à esfera individual do sujeito, de alguma manifestação externa como obra sua, isto é, de sua personalidade.<sup>206</sup> É, outrossim, normativo, mas não normativista como o idealizado por Jakobs, uma vez que acolhe conhecimentos empíricos decorrentes da realidade do mundo da vida. É valorativo no sentido de que considera a manifestação da personalidade como critério jurídico decisivo para o exame da ação.<sup>207</sup>

Roxin reconhece, todavia, que os critérios básicos da teoria do delito pensados para os delitos cometidos por ação não podem ser aproveitados, na totalidade, para os delitos cometidos por omissão. A causalidade da comissão, como no caso de quem mata alguém ativamente, é diferente de quem omite salvá-la.<sup>208</sup> Parte desta confusão, segundo Roxin, decorre do chamado princípio da reversão desenvolvido por Kaufmann, pelo qual ação e omissão se diferenciam por *A* e *não-A*, ou seja, para a omissão valeria o contrário da ação. O dolo, por exemplo, consistira não na decisão de omitir, mas na falta de intenção de efetuar a

<sup>203</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 257.

<sup>204</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 258.

<sup>205</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 258.

<sup>206</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 265.

<sup>207</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 265.

<sup>208</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 753.

ação mandada. Roxin rechaça tal princípio, pois partiria este de estruturas ontológicas, próprias do finalismo. Quando, de outro modo, um sistema penal parte de valorações político-criminais, como o sistema funcionalista teleológico, estas valem tanto para ações como omissões. A decisão de lesar um bem jurídico pode se dar tanto ativa, quanto omissivamente.<sup>209</sup>

Outro fato que deve ser anotado quanto à omissão, que a faz exigir um tratamento dogmático distinto, em que pese derivar da mesma base normativa da ação (manifestação da personalidade), deve-se ao fato de somente poder ser autor de uma omissão quem esteja descrito no tipo penal ou quem tenha o dever de evitar o resultado, isto é, em ambas as hipóteses, trata-se de delitos de infração de dever. Na primeira está-se frente a um delito omissivo próprio e na segunda um delito omissivo impróprio, em que se corresponde a realização de um crime comissivo. São, pois, requisitos desses últimos, o dever de agir nas circunstâncias, a cláusula de correspondência a um delito ativo, e a capacidade individual de agir como requisito da ação esperada.<sup>210</sup>

Pensando em um conceito pré-típico de omissão, que possa ser abarcado por um supraconceito geral de ação como manifestação da personalidade, Roxin o submete a dependência de dois requisitos cumulativos: a) a expectativa de ação e b) a capacidade individual de ação.<sup>211</sup> O primeiro requisito fundar-se-ia social ou individualmente. Quem promete uma carta a alguém e não a envia, omite. Se faltar tal expectativa não há que se falar em omissão. Trata-se de limitação material no qual se circunscreverá o tipo. A omissão só realiza o tipo se contrariar uma expectativa de ação jurídico-penalmente relevante (a omissão de socorro, por exemplo, prevista no art. 135 do CP). Todavia, há casos em que a omissão depende do estabelecimento prévio de um dever normativo para caracterizar a expectativa de ação penalmente relevante, isto é, não pode ser caracterizada pré-típicamente, como já citado acima. Nesse caso, somente a introdução de um dever jurídico pode converter em omissão o que antes não era nada.<sup>212</sup> Nessa hipótese, por exemplo, os deveres exigidos pelas normas tributárias ou de regulação econômica.

---

<sup>209</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 754.

<sup>210</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 754.

<sup>211</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 755. Sustentando seu conceito pré-típico de omissão Roxin fornece o seguinte exemplo: “*Cuando alguien en un círculo en el que se reza o se canta no reza o no canta con los demás omite un cántico conjunto o una oración conjunta. Este ‘no hacer con los demás’ es una manifestación de la personalidad exactamente igual que lo hubiera sido la activa participación en las actividades comunes. El concepto de manifestación de la personalidad abarca además incluso la omisión inconsciente. Cuando alguien olvida algo importante se manifiesta en ello su personalidad como la de una persona distraída o descuidada*”.

<sup>212</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 755.

O segundo requisito para a caracterização da omissão é a capacidade individual de ação. A impossibilidade física de efetuar a ação esperada por parte do destinatário da norma importa na ausência de tal condição, como o caso do pai que não sabe nadar e, por isso, não pode salvar seu filho que se afoga; ou quando a distância geográfica impossibilita a ação. Pode também decorrer da falta de conhecimentos, de recursos ou de aptidões específicas. Quem desconhece a manobra de salvamento para alguém que se engasga não comete omissão.<sup>213</sup> A capacidade de ação, isto é, de cumprir o mandado exigido pela norma, deve ser analisada, portanto, nos termos da situação concreta quando, razoavelmente, possa-se atuar. Caso contrário, a incapacidade e, por conseguinte, a ausência de omissão, há de ser reconhecida. Questões problemáticas recaem sobre se a ação salvadora seria passível ou não de suprimir a omissão, isto é, o dever e a capacidade de atuar. O *Bundesgerichtshof*, equivalente alemão do Superior Tribunal de Justiça, tem precedente no sentido de que somente a falta de efetividade de uma ação salvadora considerada previsivelmente como segura pode afastar a caracterização da omissão.<sup>214</sup>

#### 4.7.A OMISSÃO NO *COMMON LAW*

No direito penal anglo-saxão, as preocupações quanto à omissão não se mostram tão teóricas como no direito penal alemão e, conseqüentemente, no direito penal continental, mas antes disso, revestem-se de um cunho mais pragmático. Na sistemática do *Common Law*, assim como no direito continental, as omissões podem ser de duas ordens: a) pela quebra de um dever de atuar consagrado na lei (*breach a legal duty to act*); e b) quem, infringindo seus deveres não intervenha, sendo possível sua intervenção para evitar um dano como a morte ou a destruição de propriedade, por exemplo, no caso dos delitos de omissão imprópria ou comissivos por omissão<sup>215</sup>. A diferença entre os dois é que no primeiro caso não se exige a produção de um dano ou perigo, senão que a mera inobservância do dever já é suficiente.<sup>216</sup>

A responsabilidade no caso de omissões impróprias depende de deveres específicos. A ausência de movimento nada causa por si mesma. Mas como assinala Fletcher, a imposição

<sup>213</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 756.

<sup>214</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 756. Sobre o precedente consultar BGH NStZ 2000, 415.

<sup>215</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*. Granada: Comares: 2002, p. 49.

<sup>216</sup> PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*, op. cit., p. 49. Na sistemática anglo-americana, o critério de diferenciação entre uma espécie e outra de omissão não adquire muita relevância prática, dado ser um sistema pragmático. Fletcher que introduziu essa divisão, a nível acadêmico, no direito americano.

desses deveres gera alguns problemas, sob a ótica da legalidade, dado que, no *Common Law*, eles são elaborados jurisprudencialmente.<sup>217</sup> O *Model Penal Code* (Código penal modelo) de 1962, concebido pelo *American Law Institute*, previu em seu art. 201(3)(b) que “a responsabilidade por comissão de um delito não pode basear-se em uma omissão (...), salvo se a lei imponha o dever de realizar o ato omitido”.<sup>218</sup> A “lei” a que se refere este artigo é a lei em sentido material, a qual também considera o precedente judicial, e não somente a lei em sentido formal.<sup>219</sup>

O *actus reus*, no direito anglo-americano, aglutina todos os elementos constitutivos do delito que não digam respeito à disposição mental (*mens rea*). Nos delitos de comissão por omissão é necessário, para a caracterização do *actus reus*, avaliar a existência de uma fonte de dever de atuar (critérios desenvolvidos a partir do crime de homicídio, como aponta Piña Rochefort).<sup>220</sup> Não existe, pois, uma regra geral que permita elucidar quando exista um dever cuja omissão gere responsabilidade. Isto é, não existe um estabelecimento genérico de obrigações que seja equivalente à omissão de socorro, por exemplo. Em geral, reconhecem-se como fontes de dever de atuar: a) *Deveres emanados da lei*: como nos exemplos de atos cometidos por cães perigosos, no caso do cão fora de controle de seu dono; b) *Deveres emanados de um contrato*: como no exemplo do guarda-farol que se esquece de acender o farol e provoca um acidente marítimo, ou do salva-vidas em relação ao salvamento do banhista; c) *Deveres emanados da criação prévia de um risco*: quando o agente provoca o risco que pode se verificar no resultado. Quem criou o risco tem o dever de evitar o resultado, como no caso de quem deixa um cigarro aceso e com isso coloca fogo na cortina; d) *Deveres emanados de princípios morais*: deveres que circundam as relações familiares, assim como deveres decorrentes de relações parentais (considerados como vínculo moral); e) *Deveres emanados de uma obrigação de controle*: caso de responsabilidade indireta como nos casos de gestões empresariais em que o dono ou o administrador deve responder por condutas de seus empregados, por estarem sob a presunção de não haver exercido o que era exigível de seu dever de controle. Em certas ocasiões há responsabilidade do administrador mesmo tendo demonstrado que não omitiu ou tenha exercido o controle que era a ele exigível. Essa hipótese, no entanto, sempre encontra sua origem na lei. Cite-se como exemplo o dono de loja

<sup>217</sup> FLETCHER, George. **Conceptos básicos de derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 79

<sup>218</sup> Tradução de: “la responsabilidad por comisión de un delito no puede basarse en una omisión..., salvo que la ley imponga el deber de realizar el acto omitido”, cf. FLETCHER, **Conceptos básicos de derecho penal**, op. cit., p. 83.

<sup>219</sup> FLETCHER, **Conceptos básicos de derecho penal**, op. cit., p. 83.

<sup>220</sup> PIÑA ROCHEFORT, **La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”**, op. cit., p. 51.

punido pela venda de bebida fora do horário permitido ou o dono de veículo de transporte por não haver pagado o excesso de carga.<sup>221</sup>

A discussão dos delitos de omissão no direito anglo-americano seguiu um caminho distinto daquele existente no direito continental. A celeuma encontra-se na questão de se omissão era ou não, ou se deveria ser, um *actus reus* suficiente para afirmar a responsabilidade de um sujeito. A polêmica está em se os delitos de omissão representam ou não uma maior intervenção do Estado na esfera individual e na liberdade dos cidadãos.<sup>222</sup> De igual modo, a discussão sobre a moralização do direito penal (por meio de deveres de solidariedade/deveres de socorro e salvamento) em um sistema como o inglês que admite deveres emanados de princípios morais também é candente,<sup>223</sup> o que não seria admissível no Brasil, por exemplo, pelo princípio do *nullum crimen sine lege*. No entanto, não se verificam muitos autores que pretendam extirpar do sistema os delitos de omissão, mas sim autores que sustentam uma necessária limitação às hipóteses de sua aplicação.<sup>224</sup>

#### 4.8. NOSSA POSIÇÃO

Na atual discussão do direito penal, não há mais quem sustente o finalismo como modelo apto a fornecer uma resposta útil e prática para a ação/omissão jurídico-penalmente relevante.<sup>225</sup> Não há nele qualquer potencial teórico ou prático a fim de representar um avanço na teoria do delito, pouco podendo contribuir uma posição ontológica. O futuro da discussão da dogmática penal, por conseguinte, parece estar nas teorias pós-finalistas que, por sua vez, também não estão imunes a críticas.

Uma teoria significativa da omissão perde de vista o substrato material sobre o qual deva ser edificado o conceito analítico de crime. Ao reduzir as discussões aos signos linguísticos, acaba por tornar o conceito de ação/omissão meramente simbólico, não

<sup>221</sup> *In totum*, PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*, op. cit., pp. 51-53.

<sup>222</sup> PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*, op. cit., p. 54.

<sup>223</sup> PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*, op. cit., p. 54.

<sup>224</sup> PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”*, op. cit., p. 55.

<sup>225</sup> Cf. GRECO, Luís. **En Alemania, el finalismo está muerto**. Disponível em <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>. Acesso em 01 de outubro de 2016. Para Luís Greco, “Hoy, en Alemania, el finalismo está muerto. Su último gran exponente, Hans-Joachim Hirsch, falleció en el 2011. En el penalismo contemporáneo alemán no quedaron más finalistas que continuarán la teoría”.

permitindo que a definição de conduta funcione como limite empírico das balizas do penalmente relevante. Importante destacar que a função de delimitação que cumpre a concepção de conduta é a de viabilizar a matéria-prima sobre a qual se edifica a estrutura do fato punível, dado que a realização do tipo se subsume à base material manifestada externamente.<sup>226</sup> Resumir os problemas que envolvem a teoria do delito a questão do sentido e, com isso, espiritualizar o conceito de conduta a níveis de tamanha abstração vai na direção oposta de um estrato substancial capaz de não segregar a ação ou omissão a uma finalidade meramente simbólica e sem condições de impor limites à intervenção repressiva.

As mesmas consequências, mas por outros fundamentos, seguem à teoria normativista de Jakobs. Sua teoria, segundo a qual a ação seria a causação de um resultado individualmente evitável abrange tanto ações quanto omissões. Como não há causação em sentido naturalístico na omissão, Jakobs delimita a responsabilidade como decorrente da evitação de um acontecimento cujas condições foram postas por outra parte, pressupondo inevitabilidade. Omissão assim seria a não-evitação evitável do resultado. As críticas aqui dirigidas referem-se justamente ao fato de Jakobs abstrair de seu conceito de conduta o sujeito, sendo indiferente a noção de ser humano enquanto pessoa concreta, quando sintetiza o problema da ação à evitabilidade de um resultado normativo.<sup>227</sup> Parece, pois, haver uma contradição na derivação da definição de pessoa do conceito de ação. Resumir o sujeito como mero sistema de imputação pode conduzir a consequências como a de haver uma ação/omissão sem que efetivamente nada aconteça no mundo fático.<sup>228</sup> A ação/omissão só existe como causalmente imputável. A conversão em razão determinante do resultado está amparada exclusivamente em critérios normativos de imputação objetiva.<sup>229</sup> A abstração de elementos empíricos da conduta como forma de limitação da responsabilidade penal nesse caso também não nos fornece um conceito de omissão apto para um direito penal democrático e limitado.

Roxin, por sua vez, já defendeu diversas opiniões sobre o conceito jurídico-penal de conduta. Em um primeiro momento, em seu texto “*Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*”<sup>230</sup>, pregava o penalista que o conceito de ação já estaria abarcado pelo tipo,

<sup>226</sup> GUARAGNI, **Teorias da conduta em direito penal**, op. cit., p. 45.

<sup>227</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 341; GUARAGNI, **Teorias da conduta em direito penal**, op. cit., p. 311.

<sup>228</sup> “*De outra banda, evitabilidade é possibilidade de evitar, de maneira que a ação é a possibilidade de evitar uma diferença de resultado em relação ao status anterior. Ora, no plano hipotético – possibilidade de evitar – pode-se projetar a diferença de resultado (exemplo: morte de uma pessoa atualmente viva) e sua evitabilidade, com o que chegaríamos – num manejo puro do conceito de Jakobs – à existência de uma ação sem que nada ocorresse no mundo!*”, cf. GUARAGNI, **Teorias da conduta em direito penal**, op. cit., p. 312.

<sup>229</sup> GUARAGNI, **Teorias da conduta em direito penal**, op. cit., pp. 312-313.

<sup>230</sup> ROXIN, Claus. *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*. In. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. de Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004, pp. 91 e ss.



devendo, pois, aquele ser abandonado, pois na prática em nada esse conceito teria contribuído para a evolução da teoria do delito.<sup>231</sup> Para essa primeira posição de Roxin, que tinha por objetivo a crítica da teoria finalista, a finalidade é um elemento que depende exclusivamente da ordem jurídica e, em assim sendo, não poderia existir ação pré-jurídica. Os fenômenos jurídicos não seriam meramente causais, pois dependeriam de fatores de significação social específicos.<sup>232</sup> Quanto às omissões, Roxin critica a posição de Welzel e Kaufmann de colocar a causalidade no dolo e afirmar que, por não serem as omissões causais, também não se poderia haver omissões dolosas. O penalista dá o seguinte exemplo: se o pai deixar uma criança se afogar em uma banheira, mesmo sabendo ter o dever de salvá-la, ele representa para si o cálculo prévio do resultado e, com isso, compreende seu significado jurídico. Nesse sentido, um conceito finalista de omissão também não seria justificável.<sup>233</sup>

Ocorre que, na evolução de seu pensamento, Roxin alterou sua posição sobre o conceito de conduta. De acordo com Greco, seguiu Roxin uma posição conciliadora, pela qual mantém como importante um conceito de conduta, admitindo agora ser a expressão da personalidade do agente, abarcando tanto ação como omissão, como anteriormente se viu.<sup>234</sup> Entretanto, mesmo sua posição atual não está isenta de críticas. Figueiredo Dias aponta críticas tanto à função de ligação, quanto à função de delimitação do conceito de Roxin. Em relação à primeira, o autor português salienta que o comportamento, em vários casos como no da omissão, somente pode constituir expressão da personalidade a partir de uma prévia valoração jurídica, antecipando-se com isso a tipicidade.<sup>235</sup> No que toca à segunda, sentença que não é um conceito apriorístico que fornece a função de delimitação, mas sim seus resultados os quais se reputam assertivos, ou seja, que atendam as exigências normativas do tipo. Por exemplo, comportamentos de pessoas coletivas, atos reflexos, praticados sob forte emoção etc., dependem necessariamente de valoração típica para sua exclusão, não sendo possível, apenas pelo critério da manifestação da personalidade excluí-los de plano.<sup>236</sup>

Mesmo podendo ser apresentadas algumas críticas ao conceito pessoal de conduta, pela perspectiva aqui exposta, acredita-se ser o que melhor pode representar uma visão crítica e limitativa da expansão dos crimes omissivos. Segundo Tavares, posição com a qual concordamos, é a teoria de Roxin capaz de fornecer um substrato material à análise da

---

<sup>231</sup> ROXIN, *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, op. cit., p. 93.

<sup>232</sup> ROXIN, *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, op. cit., p. 102.

<sup>233</sup> ROXIN, *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação*, op. cit., p. 108.

<sup>234</sup> GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In. GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (orgs). *Temas de direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148.

<sup>235</sup> FIGUEREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, op. cit., p. 213.

<sup>236</sup> FIGUEREDO DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, op. cit., p. 214.

omissão, o que, apesar de não bastar para sua configuração dogmática, demonstra que tal conceito, decorrente de uma valoração jurídica do tipo penal, serve em última análise para a proteção de bens jurídicos. Com isso, procura-se afastar de todas as confusões proporcionadas pelas teorias anteriores, seja de um conceito pré-jurídico seja finalista, mas que pode, de todo modo, ser analisado a partir do ponto de vista da norma mandamental.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 253.

## 5. OMISSÃO PRÓPRIA E IMPRÓPRIA: CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

A diferenciação entre omissão própria e imprópria é candente para distinguir os critérios específicos de responsabilização e adequação típica em cada modalidade delitiva. Ao que parece, na esteira de Jescheck, a distinção remonta a Luden, para quem a essência dos delitos de omissão própria estaria no fato de consistirem na infração de um mandado e não se direcionarem a vulneração de direitos subjetivos de outrem, enquanto que a omissão imprópria se direcionaria à lesão de um bem jurídico.<sup>238</sup> Admitir, por um lado, serem os crimes omissivos próprios delitos de mera (in)atividade é considerar que a conduta será tão somente subsumida ao tipo penal. De outro lado, considerando-se os crimes omissivos impróprios como delitos de resultado é o mesmo que afirmar que este deverá ser atribuído ao sujeito ativo por um processo de imputação.

No entanto, a doutrina não é uníssona quanto aos critérios de diferenciação. Acerca de tais requisitos para individualizar omissão própria e imprópria, Felino Rodrigues destaca, a princípio, três: o normativo, em relação a natureza mandamental ou proibitiva da norma violada; o tipológico, condizente a existência de um tipo próprio ou determinado a margem da lei; e o critério tradicional que afirma serem os crimes omissivos impróprios dependentes de um desvalor de resultado, enquanto que os próprios seriam de mera conduta.<sup>239</sup>

### 5.1. CRITÉRIO NORMATOLÓGICO

Este critério, como já antecipado, diz respeito à natureza da norma que se viola. É apresentado por autores como Wessels<sup>240</sup> e Maurach.<sup>241</sup> Kaufmann, dissertando sobre a teoria da norma de Binding, afirma que a norma penal, em sentido lato, é a regra jurídica que gera um determinado dever, encerrando em seu preceito primário “*um mandamento de não agir pela forma ali descrita, ou de praticar o ato exigido no dispositivo*”.<sup>242</sup> As primeiras são as

<sup>238</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 2º v. Trad. de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 832. Sobre a bipartição entre delitos omissivos próprios e impróprios vide também FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. Bologna: Zanichelli Editore, 1990, pp. 319 e ss.

<sup>239</sup> RODRIGUES, A **teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., pp 15-24.

<sup>240</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., pp. 157-158.

<sup>241</sup> MAURACH, Reihart. **Tratado de derecho penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, pp. 262-164.

<sup>242</sup> KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Trad. de Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 22.

normas proibitivas e, as segundas, mandamentais. O sujeito ativo, nesse sentido, não age contrariamente à lei penal (sendo esta diferente da norma), pois age exatamente como o descrito em seus elementos típicos.<sup>243</sup> Para Binding, um positivista,<sup>244</sup> o autor não viola a lei, mas sim a norma nela descrita. Ao ato ou omissão culpável contrário à norma se dá o nome de crime.<sup>245</sup> Às proibições “*cabe impedir as modificações que ofendam a ordem jurídica, quando resultem de atos humanos*”.<sup>246</sup> Já aos comandos ou mandamentos, cabe “*causar as modificações indispensáveis à ordem jurídica*”,<sup>247</sup> produzidas por ato positivo do sujeito ativo.

Nesse cenário é que Felino Rodrigues afirma, como primeiro critério distintivo da omissão própria da imprópria, que as primeiras infringem as normas preceptivas, enquanto as segundas, normas proibitivas.<sup>248</sup> De antemão, notam-se problemas na diferenciação das duas espécies por esse critério. Em primeiro lugar, por desconsiderar que as duas espécies estão contidas no mesmo gênero, isto é, a omissão *lato sensu*, e que o distintivo de tal gênero é justamente o fato de infringirem normas mandamentais.<sup>249</sup>

Além disso, também não parece adequado promover a suficiente distinção entre as espécies de omissão pelo fato de que as normas proibitivas não importam apenas em uma vedação, mas também em um mandamento de agir com cautela. Da mesma forma, os comandos também contém, em si, uma proibição de não praticar uma ação que possa impedir a superveniência do resultado ao qual se está obrigado a evitar.<sup>250</sup> Ao descumprir um mandado de evitar a morte de alguém, ao mesmo tempo se viola a proibição de matar. Ao se vulnerar um mandado, um determinado comportamento será típico no mesmo sentido de uma proibição.<sup>251</sup> Eis o caráter bilateral do preceito primário, que não permite, somente com base nesse critério, derivar consequências práticas de tal diferenciação.

<sup>243</sup> KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 17.

<sup>244</sup> Para Binding o direito “*não passa da vontade jurídica declarada duma fonte de direito*”. Cf. KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 24.

<sup>245</sup> KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 26.

<sup>246</sup> KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 23.

<sup>247</sup> KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 23.

<sup>248</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 16. Nesse sentido FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**, volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 413: “*Crimes omissivos próprios ou puros são aqueles que consistem na simples violação de uma ordem. Omissivos impróprios ou comissivos por omissão seriam os crimes que se concretizam na violação de uma proibição através da abstenção de uma atividade*”.

<sup>249</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 16. No mesmo sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delito de omisión: concepto y sistema**. 2ª ed. Buenos Aires: BdeF, 2010, p. 187.

<sup>250</sup> KAUFMANN, **Teoria da norma jurídica**, op. cit., p. 23.

<sup>251</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 28.

A diferenciação entre mandado e proibição somente poderia ser defendida de um ponto de vista formal, puramente linguístico com base na estrutura de formulação da norma, ou seja, sempre secundária – e aqui uma crítica à teoria positivista de Binding. A contraposição essencial de um modo ou de outro da formulação normativa dependerá, outrossim, de intenções práticas ou da técnica legislativa adotada por critérios político-criminais específicos, que em nada alteram o conteúdo do objeto da regra jurídica.<sup>252</sup> O fato de haver razões de técnica legislativa para adotar uma ou outra fórmula não indica nada essencial quanto ao conteúdo da norma. Nada obstará a previsão de omissão de socorro na forma proibitiva ou do crime de homicídio na forma mandamental. Em última análise, a limitação da liberdade imposta pela intervenção do poder punitivo depende somente do conteúdo da norma e não da forma como ela vem veiculada. Depende, isto sim, da substância material que constitui a pretensão de proteção do bem jurídico e não de critérios formais eleitos pelo legislador.<sup>253</sup> De outro modo, perder-se-ia o potencial crítico do bem jurídico às decisões legislativas.<sup>254</sup>

E, por fim, não é possível deduzir se determinada pessoa estava ou não obrigada a realizar determinada ação da existência isolada e abstrata do mandado. Há que se juntar a esse requisito a possibilidade de levar a cabo a realização da ação exigida pela norma mandamental (*ultra posse nemo obligatur*).<sup>255</sup> Para a concreção do dever de atuar, contudo, faz-se necessário além do mandado, da capacidade de ação. Na hipótese da ocorrência de um acidente, a eficácia em concreto da norma depende imperiosamente da possibilidade de intervenção do sujeito. O mandado somente se realiza para quem tem a capacidade de ação. E é aqui que se diferenciam a validade abstrata da norma e a eficácia concreta do dever jurídico.<sup>256</sup>

---

<sup>252</sup> SILVA SÁNCHEZ, **Delito de omisión**, op. cit., p. 188.

<sup>253</sup> SILVA SÁNCHEZ, **Delito de omisión**, op. cit., p. 191.

<sup>254</sup> Sobretudo em ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como crítico ao legislador em xeque. In. ROXIN, Claus; LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 70 e ss.

<sup>255</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 29.

<sup>256</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., pp. 29-30. Até o citado concordamos com Kaufmann. Discordamos de seu ponto de vista, no entanto, quanto ao conteúdo que este fornece para a capacidade de ação. Para sua teoria finalista, a capacidade de ação não dizia respeito a capacidade de realizar a ação devida, ou a capacidade volitiva de realizar qualquer ação. Capacidade de ação, para Kaufmann, é em determinado momento e circunstância, poder levar a cabo uma ação concreta, descrita abstratamente no mandado, sendo que estes têm por objeto ações finais. Em assim sendo, capaz de ação é aquele que pode realizar uma ação final. Cf. KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 30

## 5.2. CRITÉRIO TIPOLÓGICO

Outro critério é aquele atinente ao tipo penal. É apresentado por autores como Kaufmann<sup>257</sup> e Welzel.<sup>258</sup> Com base nele, os crimes omissivos próprios seriam aqueles previstos em um tipo específico, tal qual o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código penal) ou o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código penal). O conteúdo típico esgotar-se-ia com a não realização da ação mandada pela norma, com a mera inobservância do comando.<sup>259</sup> Trata-se de um dever geral descrito no preceito primário do tipo penal, cujo fundamento é, em última análise, o princípio da solidariedade.<sup>260</sup> Já os crimes omissivos impróprios seriam manejados por “*uma construção jurisprudencial e doutrinal à margem da lei*”,<sup>261</sup> fazendo-se depender de uma delimitação de deveres especiais de garantidor encontrados na parte geral do Código (art. 13, § 2º do Código penal), com seu resultado previsto em um tipo comissivo.

Enquanto nos delitos de ação estabelece-se uma norma negativa (não matarás, não furtarás etc.), nos delitos de omissão própria o tipo estaria a enunciar um preceito positivo (como no art. 269 do Código penal: denunciarás à autoridade pública etc.). O deixar de denunciar, nesse caso, preenche o tipo.<sup>262</sup> Já na omissão imprópria far-se-ia depender da posição de garantidor e da possibilidade de realizar a ação. Como se extrai das lições de Fragoso, os pressupostos de fato que configuram a posição de garantidor são elementos não escritos do tipo,<sup>263</sup> cabendo a quem especialmente, por força da norma, deva ser o responsável pela preservação do bem jurídico.<sup>264</sup>

Todavia, na mesma linha de Felino Rodrigues, esse critério também parece insuficiente, vez que meramente formal e estabelecido segundo um critério extrínseco da lei, sem importar a verificação de qualquer conteúdo material nela contido, abstraindo-se qualquer contorno estrutural específico.<sup>265</sup> Como alerta Munhoz Netto, em um sistema penal democrático, não parece ser possível admitir que um comportamento possa ser constituído por

<sup>257</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit.

<sup>258</sup> WEZEL, *Derecho penal alemán*, op. cit., pp. 239-240.

<sup>259</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*: comunicação ao XIII congresso internacional de direito penal, Cairo, 1984. Curitiba: UFPR, 1983, p. 17.

<sup>260</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo et all. *Direito penal brasileiro*. 2º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

<sup>261</sup> RODRIGUES, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, op. cit., p. 17.

<sup>262</sup> CIRILO DE VARGAS, José. *Do tipo penal*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74.

<sup>263</sup> FRAGOSO, HUNGRIA, *Comentários ao Código penal*, volume I, Tomo II, op. cit., p. 415. Aliás, algo que já é antecipado pelo próprio Kaufmann (*supra*).

<sup>264</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*: comunicação ao XIII congresso internacional de direito penal, Cairo, 1984. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23.

<sup>265</sup> RODRIGUES, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, op. cit., p. 19.

mera contrariedade ao tipo ou desobediência à norma. O delito constitui-se como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado. A identificação do bem jurídico é que garante o conteúdo do âmbito da autonomia individual face ao arbítrio punitivo estatal.<sup>266</sup> Reproduzindo as palavras de Munhoz Netto, “*não se duvida que há certos deveres fundamentais de solidariedade humana, cuja violação pode e deve ser erigida a delito, quando com ela se afete um bem jurídico*”.<sup>267</sup> Em assim sendo, igualmente insuficiente tal critério.

### 5.3.CRITÉRIO TRADICIONAL

Por fim, o critério tradicional que é previsto por teóricos como Jescheck<sup>268</sup> e Antolisei.<sup>269</sup> De acordo com Felino Rodrigues é o mais adequado, mas que entende somente ser suficiente quando conjugado com os demais anteriormente descritos. De acordo essa posição, afirma-se que a distinção fundamental entre ambos as classes de delitos omissivos se dá pelo critério do resultado.<sup>270</sup> Os crimes omissivos puros seriam aqueles classificados como de *mera conduta*,<sup>271</sup> bastando a inobservância do dever geral para configurar o tipo, não se produzindo qualquer efeito independente.<sup>272</sup>

Por outro lado, o resultado jurídico seria essencial aos delitos omissivos impróprios, caracterizando-se como delito material, uma vez que “*punido em função do desvalor do resultado*”.<sup>273</sup> O evento lesivo seria decorrência do seu não impedimento pela ação mandada e omitida. Como delitos de resultado, os delitos omissivos impróprios suscitariam discussões acerca de ser necessária a comprovação da causalidade entre a conduta omitida e o resultado previsto no tipo comissivo. Não antecipando o debate doutrinário que terá lugar mais a frente, é possível prever nunca ter havido unanimidade sobre o tema.

<sup>266</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit, p. 17.

<sup>267</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 18.

<sup>268</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, (Tomo II), op. cit., p. 833.

<sup>269</sup> ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Milão: Giuffrè, 1969, p. 195. Para Antolisei: “*(...) colui che determina un risultato mediante un’omissione non ne risponde sempre: ne risponde quando sia venuto meno ad un obbligo giuridico. La causalità, dunque, non basta: occorre in più l’esistenza, per il soggetto, dell’obbligo di compiere una data azione, e precisamente quella azione che avrebbe impedito il verificarsi dell’evento*”.

<sup>270</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 20.

<sup>271</sup> Felino Rodrigues os classifica como de “*mera atividade*”. No entanto, não nos parece lógico classificar um delito omissivo como de atividade. Cf. RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 20.

<sup>272</sup> Sobre a classificação dos tipos penais vide: SANTOS, **Direito penal**, op. cit., , pp. 107 e ss.

<sup>273</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 20.

Apesar de oferecer uma alternativa ao formalismo, de elementos meramente normativos ou tipológicos, permitindo a análise por meio de um substrato material, o da necessidade de um resultado, mesmo que não natural-causal, mas de um evento que não se observaria se a ação a qual a ordem jurídica obrigava tivesse sido realizada, o presente aspecto diferenciador não basta sozinho. Para os crimes de omissão próprios, a mera não realização da ação mandada pela norma já importaria em sua consumação. Como já se assinalou acima, a exigência da lesão a um bem jurídico não admitiria delitos de mera desobediência. Isso poderia levar à consequência, como adverte Munhoz Netto, de considerá-los como delitos de perigo.<sup>274</sup>

#### 5.4.NOSSA POSIÇÃO

Mister se faz, pois, delinear uma breve síntese do até aqui exposto. Preliminarmente, do ordenamento jurídico, dois tipos de crimes omissivos são verificáveis: os próprios (ou puros) e os impróprios (ou comissivos por omissão ou omissivos qualificados). Aqueles poderiam ser classificados como os que estão expressamente tipificados na lei, contendo um simples mandado geral e indistinto de ação, como exemplo a omissão de socorro, do art. 135 do Código penal. Tem-se entendido serem estes delitos de perigo, em que o resultado constituiria apenas causa de aumento de pena (como o é no tipo dado como exemplo), sendo a incriminação baseada em função da preservação de bens jurídicos fundamentais<sup>275</sup>.

Os delitos de omissão imprópria, por sua vez, seriam aqueles em que o objeto do mandado abarcaria os deveres especiais de evitar determinados resultados, isto é, dano ou perigo de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados.<sup>276</sup> Este comando incumbe àquele que está em posição de garantidor, ou seja, ao responsável pela preservação do bem jurídico eleito

---

<sup>274</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 19.

<sup>275</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. Crimes Omissivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 20, ano 20, Curitiba: UFPR, p. 88, 1980.

<sup>276</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal: Parte general**. Madrid: Akal, 1994, p. 258. Veja-se, por exemplo, a possibilidade de praticar por omissão os crimes de perigo. Trata-se, como aqui se critica, de notória antecipação indevida da tutela penal, sendo, a nosso ver, ilegítima a intervenção. O tipo de incêndio, previsto no art. 250 do CP, por exemplo, normalmente classificado pela doutrina como de perigo concreto, a princípio poderia ser praticado por omissão imprópria. Nesse sentido, Regis Prado/Carvalho: *“Ademais, é perfeitamente admissível o delito de incêndio por omissão. Para que se configure o incêndio como delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão, exige-se a presença de uma situação típica – consubstanciada na produção iminente de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido (incolumidade pública) –, da não realização da ação dirigida a evitar o resultado, da capacidade concreta de ação – que pressupõe o conhecimento da situação típica e do modo de evitar o resultado –, da posição de garantidor do bem jurídico e da identidade entre omissão e ação”*. Vide PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 539.



pela norma. Trata-se, portanto, de delito especial próprio.<sup>277</sup> Exemplo insigne é o do médico que, dolosa (art. 121, *caput*, Código penal) ou culposamente (art. 121, §3º, CP) deixa de salvar a vida de um paciente, podendo e devendo fazê-lo nas circunstâncias, ao não administrar de medicamento no momento correto; ou ainda em profissional da enfermagem que, no cuidado de idosos, deixa de alimentá-los, quando era seu dever fazê-lo, causando-lhes a morte por inanição.

São cabíveis, outrossim, algumas objeções aos critérios apresentados. Como aqui se sustenta, a omissão surge da manifestação da personalidade, sendo necessários os requisitos da expectativa de ação e da capacidade individual de agir.<sup>278</sup> Todavia, há casos em que a expectativa de ação somente pode ser caracterizada na dependência de um dever normativo, e nesta última hipótese, deve-se incluir a maioria dos delitos omissivos impróprios. Isto é, *a omissão imprópria nasce em virtude de um juízo de imputação produzido no tipo penal*.<sup>279</sup> A imputação da conduta ao sujeito responsável se dá pela não realização de uma atuação positiva prevista *ex ante* como apta para salvaguardar o bem jurídico protegido. Nesse caso, o juízo de imputação sujeitar-se-á à conduta efetiva do sujeito ativo (expectativa de ação e capacidade), e à sua atuação para evitar a lesão de um bem jurídico protegido, não somente negativamente, mas também de maneira positiva.<sup>280</sup>

Esta pretensão de proteção do bem jurídico, individualizada em um dever de agir, segundo Silva Sánchez pode, indistintamente, expressar-se tanto por meio de uma norma mandamental quanto por meio de uma norma proibitiva. Entretanto, em virtude da técnica adotada na legislação, usual é a utilização de normas preceptivas, as quais, na omissão imprópria, necessitam da combinação com os delitos comissivos previstos na parte especial do Código e na legislação extravagante, pelo fato de se punir o resultado neles previsto, por isso *comissão por omissão*.<sup>281</sup> O caráter decisivo nos crimes por omissão imprópria, portanto, é a consecução de prestações positivas de quem ocupa a posição de garantia do bem jurídico em favor de quem a norma eleja como destinatários de tal atuação. Seja para evitar lesões de determinados indivíduos à esfera jurídica de outrem seja para obrigar alguém a agir em benefício de um indivíduo, os objetivos político-criminais subjacentes à norma podem ser alcançados por um ou por outro modal deôntico.<sup>282</sup>

<sup>277</sup> MUNHOZ NETTO, **Crimes omissivos**, op. cit., pg. 88.

<sup>278</sup> Vide o ítem 4.6 *supra*.

<sup>279</sup> SILVA SÁNCHEZ, **El delito de omisión**, op. cit., p. 195.

<sup>280</sup> SILVA SÁNCHEZ, **El delito de omisión**, op. cit., p. 195.

<sup>281</sup> Vide SILVA SÁNCHEZ, **El delito de omisión**, op. cit., p. 195.

<sup>282</sup> SILVA SÁNCHEZ, **El delito de omisión**, op. cit., p. 196.

Igualmente, como já se antecipou, um critério puramente tipológico também não fornece uma solução adequada à problemática. Um exemplo prático ajuda a elucidar tal entrave. A consideração de que delitos omissivos próprios seriam crimes comuns quanto ao sujeito ativo, possuindo um tipo penal próprio, enquanto que os omissivos impróprios seriam delitos especiais próprios, pois somente cometidos por determinadas pessoas que estariam na posição de garantidor (art. 13, § 2º da parte geral do Código penal)<sup>283</sup> também oferece algumas confusões. O crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código penal), em que pese ter tipo próprio, não decorre de um dever geral de solidariedade, pois é um crime próprio quanto ao sujeito ativo. O critério tipológico, aqui, nada nos indica quanto a sua natureza classificatória. Decisivo, outrossim, parece o fato de não exigir o advento de resultado naturalístico para sua consumação.<sup>284</sup> Do mesmo modo os crimes previstos nos artigos 10<sup>285</sup>, 12<sup>286</sup>, e 23<sup>287</sup> da Lei 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional), em que não obstante terem tipo próprio, também são tipos especiais próprios em relação à autoria, quando submetidos à regra do art. 25 da referida lei<sup>288</sup>. Quando a norma imponha, portanto, uma necessidade de atuação positiva, estabelecendo um dever especial para evitar determinada lesão, parece estar-se frente a um delito omissivo impróprio, dado que, como crimes próprios, estipulam uma posição de garantidor.<sup>289</sup>

<sup>283</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 23.

<sup>284</sup> Sobre a classificação do delito de apropriação indébita previdenciária consultar, dentre outros comentadores: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 856.

<sup>285</sup> “Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou **omitir** elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa” (destaque acrescentado).

<sup>286</sup> “Art. 12. **Deixar**, o ex-administrador de instituição financeira, **de apresentar**, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (destaque acrescentado).

<sup>287</sup> “Art. 23. **Omitir**, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (destaque acrescentado).

<sup>288</sup> “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado)”.

<sup>289</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 310. Para Tavares, também podem ser classificados como omissivos impróprios os crimes de abandono de incapaz (art. 133 do Código penal), e o crime de omissão previsto na Lei de Tortura (art. 1º, § 2º: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos”). Assim também a jurisprudência: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. ART. 68 DA LEI N.º 9.605/98. CRIME COMUM QUE PODE SER PRATICADO POR QUALQUER PESSOA INCUMBIDA DO DEVER LEGAL OU CONTRATUAL DE CUMPRIMENTO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, AS CONDUITAS, EM TESE, DELITUOSAS. RECURSO PROVIDO. **1. O delito previsto no art. 68 da Lei dos Crimes Ambientais, isto é, “[d]eixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”, está inserido no rol dos crimes contra a administração pública ambiental, classificando-se como crime omissivo impróprio em que o agente deixa de praticar o ato, contrariando o dever de fazê-lo para evitar o resultado lesivo ao meio ambiente. 2.** Com relação ao sujeito ativo, verifica-se que a melhor exegese conduz no sentido de que o crime pode ser

Resta o critério do resultado, que se mostra como decisivo para a caracterização do crime omissivo impróprio, desde que combinado com o princípio da ofensividade e a necessidade de lesão a um bem jurídico. Nesse diapasão, não podemos concordar integralmente com Munhoz Netto quando este afirma que a “*antijuridicidade nos delitos omissivos impróprios não reside, por conseguinte em causar o resultado lesivo, posto que a omissão não é causal (...). A antijuridicidade destes comportamentos reside em descumprir o dever de garantidor*”.<sup>290</sup> A mera inobservância do dever sem a superveniência de um resultado lesivo não consuma um delito comissivo por omissão, no máximo permitindo a caracterização da modalidade tentada. A tentativa de se afastar a causalidade por um argumento retórico não convence, uma vez que a decisão político-criminal, nesse caso, é punir a lesão ao bem jurídico, consubstanciada em um evento e não somente o descumprimento do dever. Aliás, a necessidade do resultado é traço categórico sem o qual não se pode falar que a omissão imprópria nasce de um processo de imputação.

Sem embargo, parece que, no Brasil, a prática dos tribunais pouco se tem dedicado à elucidação teórica dos diferentes requisitos para a consumação de tais modalidades de crimes, bem como há escassez de doutrina, ainda que representativa, sobre o tema. Atenta-se a uma dificuldade do órgão acusatório em, por vezes, subsumir de maneira adequada e consistente a simples descrição do fato à construção teórica de um delito omissivo impróprio,<sup>291</sup> principalmente no âmbito dos delitos econômicos e empresariais,<sup>292</sup> atribuindo-se a posição

---

praticado por qualquer pessoa incumbida desse dever legal ou contratual, não sendo exigido, como fizeram as instâncias ordinárias, tratar-se de funcionário público. 3. Recurso especial provido para determinar o recebimento da exordial acusatória, nos termos do verbete sumular n.º 709 do Supremo Tribunal Federal. (STJ - REsp: 1032651 SC 2008/0036818-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2012). Destaque acrescentado.

<sup>290</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 23.

<sup>291</sup> Em nível processual, sobre a impossibilidade de *emendatio libelli*, demonstrando a relevância prática da distinção entre crimes omissos próprios e impróprios: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. OMISSÃO DE SOCORRO. ART. 135 DO CP. NÃO CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. 1. *Tendo a denúncia efetivamente imputado aos recorridos o crime de tentativa de homicídio por omissão (crime omissivo impróprio), e não o crime de omissão de socorro (crime omissivo próprio), não se mostra cabível a emendatio libelli, a fim de receber a denúncia pela prática do delito tipificado no artigo 135 do Código Penal*. 2. Recurso não provido. (TRF-4 - RCCR: 50027816320124047008 PR 5002781-63.2012.404.7008, Relator: Artur César de Souza, Data de Julgamento: 23/04/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 23/04/2013). Destaque acrescentado.

<sup>292</sup> PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO – PROMOÇÃO DE SAÍDA DE MOEDA DO PAÍS – MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO-DECLARADOS NO EXTERIOR – SONEGAÇÃO FISCAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEÇA GENÉRICA QUE NÃO NARRA SATISFATORIAMENTE AS CONDUTAS DO PACIENTE – ACUSAÇÃO EMBASADA TÃO-SOMENTE NO FATO DE SER ELE REPRESENTANTE DE PESSOA JURÍDICA ENVOLVIDA EM NEGOCIAÇÕES FRAUDULENTAS – IMPOSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA REPUDIADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO – INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CORRELAÇÃO ENTRE SUAS CONDUTAS NARRADAS NA DENÚNCIA E OS TIPOS PENAIIS IMPUTADOS – ORDEM CONCEDIDA. 1. A denúncia formalmente correta e capaz de ensejar o efetivo exercício da ampla defesa deve individualizar os atos praticados

de garante à dirigentes de empresas que sequer tinham poder de controle sobre a fonte do perigo para a evitação do resultado.<sup>293</sup>

Pretender critérios dogmáticos genéricos e em descompasso com as finalidades de um direito penal democrático importa em uma insuportável vulneração dos princípios da culpabilidade, da responsabilidade pessoal e subjetiva. Como aqui se afirma, e sempre oportuno lembrar, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLV consagrou o princípio segundo o qual a pena somente pode ser atribuída àquele que se provar que cometeu determinado crime. Os requisitos de caracterização dos crimes omissivos impróprios devem ser todos provados. Caso contrário, a absolvição se impõe pelo princípio do *in dubio pro reo*.<sup>294</sup> Nem a responsabilidade penal solidária nem a objetiva encontram amparo no Estado Democrático de Direito, merecendo ser veementemente repelida qualquer tentativa legislativa ou jurisprudencial de afirmá-la em função dos princípios constitucionais e legais que regem o direito penal contemporâneo.

---

pelos denunciados e que contribuíram para o resultado criminoso. **2. O simples fato de uma pessoa pertencer à diretoria de uma empresa, por si só, não significa que ela deva ser responsabilizada pelo crime ali praticado, sob pena de consagração da responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo nosso direito penal. Precedentes.** 3. É possível atribuir a todos os denunciados a prática de uma mesma conduta (denúncia geral), desde que todos tenham dela participado, porém, é inadmissível a imputação de vários fatos a um acusado sem demonstrar, nem sequer em tese, sua contribuição (ação ou omissão) para seu resultado, pois neste caso não se tem uma denúncia geral, mas genérica (...)” (STJ – HC 117.306/CE – Relatora Exma. Ministra Jane Silva – 6ª Turma – unânime – julgamento em 03.02.2009)

<sup>293</sup> Ideia que mais a frente se desenvolverá.

<sup>294</sup> Assim, há precedentes: APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. ARTIGO 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA PARA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE QUE A RÉ TENHA CONCORRIDO PARA INFRAÇÃO PENAL NA FORMA DESCRITA NA DENÚNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. *A ausência de prova segura de que a acusada concorreu para a prática do crime induz à absolvição, nos termos do artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.* 2. Hipótese dos autos em que a apelante foi condenada pela prática do crime de homicídio culposo de sua filha, que morreu, segundo auto de necropsia, por asfixia, diante da aspiração de leite, quando estava sob os cuidados de adolescente. No entanto, no cotejo da prova oral, os elementos são insuficientes acerca da previsibilidade do resultado pela acusada, bem como do nexo de causalidade entre a omissão (negligência) e a morte da vítima, impondo-se a absolvição. 3. O homicídio é o crime modelo, em torno do qual desenvolveu-se toda a teoria geral do delito, e com olhos na figura comissiva dolosa. *O apuro dogmático permite, óbvio, cogitar-se de crime omissivo impróprio culposo, mas, diante da extensão típica e abertura da conduta proibida, é preciso prova mais robusta e, até, imputação mais clara, sob pena de recair-se, perigosamente, em responsabilidade penal objetiva.* RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70060314416, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 17/09/2014). (TJ-RS - ACR: 70060314416 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 17/09/2014, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2014). Destaque acrescentado.

## 6. OS LIMITES DA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Segundo Ferrajoli, o problema da legitimidade do direito penal importa na questão da justificação do próprio Estado de Direito,<sup>295</sup> por ser aquele a manifestação mais violenta e mais lesiva aos direitos fundamentais do cidadão e, sem sombra de dúvida, “*mais suscetível de se degenerar em arbítrio*”.<sup>296</sup> Há de se ter em conta, como faz Roxin, que o Estado de Direito deve proteger o cidadão não somente *pelo* direito penal, mas também *do* direito penal, impondo, assim, limites ao poder punitivo, a fim de que o indivíduo não esteja sujeito à intervenção penal excessiva ou arbitrária.<sup>297</sup> Esse papel de limitar o ramo repressivo do ordenamento jurídico cabe à dogmática que, manejando os princípios consagrados constitucionalmente, como os da culpabilidade, da proporcionalidade, da lesividade etc., pretende impedir, no marco da legalidade, a imposição de sanções penais sem a devida individualização da responsabilidade.<sup>298</sup> A calculabilidade e a segurança jurídica são duas metas essenciais da dogmática jurídico-penal.

Tem centralidade nessa missão, portanto, o princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal), como preceito básico do Estado de Direito. A lei penal protege o cidadão, tanto aquele que pratica fatos puníveis quanto aquele que não se tem motivo para punir, de intervenções indevidas consubstanciadas em condutas que não estejam clara e formalmente declaradas como puníveis antes do fato.<sup>299</sup> Como corolário da legalidade, o correto conhecimento do âmbito da proibição, como forma do indivíduo orientar sua conduta, é um imperativo. Por isso, a proibição de leis indeterminadas como medida de garantia (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). A hipótese de criminalização por infringir o “*bem comum*”, por exemplo, é proibido por tal preceito.<sup>300</sup> Tal raciocínio conduz, da mesma forma, à proibição do estabelecimento de deveres genéricos que torne impossível o conhecimento da obrigação por parte daquele que deveria assumir a posição de garantia, ou de

<sup>295</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4ª ed. Trad. de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

<sup>296</sup> FERRAJOLI, **Direito e razão**, op. cit., p. 196. Anteriormente em COSTA, **Bem jurídico, proporcionalidade e inconstitucionalidade de normas penais**, op. cit, p. 14.

<sup>297</sup> ROXIN, **Derecho penal**, (Tomo I), op. cit., p. 137.

<sup>298</sup> ROXIN, **Derecho penal**, (Tomo I), op. cit., p. 137. Acerca de um projeto penal constitucionalmente orientado como aqui se propõe vide RAMACCI, Fabrizio. **Corso di diritto penale**. 3ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2005, pp. 46 e ss.

<sup>299</sup> ROXIN, **Derecho penal**, (Tomo I), op. cit., p. 138.

<sup>300</sup> ROXIN, **Derecho penal**, (Tomo I), op. cit., p. 144.

deveres de solidariedade indeterminados, que conduza a uma insegurança coletiva quanto ao que juridicamente se espera de cada cidadão dentro da sociedade.<sup>301</sup>

O déficit de legitimidade dos crimes omissivos impróprios parece estar justamente na problemática que envolve sua compatibilização com o princípio da legalidade. A equiparação entre ação e omissão, para fins da caracterização da comissão por omissão, muito embora essa equivalência não seja apreensível como dado da realidade, é um instrumento doutrinário que tenta agregar a dogmática dos delitos de omissão às definições tradicionais de delito, tendo em vista a expansão interventiva no tocante às normas mandamentais. A realidade deixa de ser objeto de regulação em face de uma construção normativa, ou seja, arbitrária. Não se pode alterar o mundo da vida normativamente, senão a partir de certos limites empíricos e racionais.<sup>302</sup> Aderindo à posição de Tavares, pode-se afirmar que a simulação da realidade por meio de fórmulas normativas dá lugar a uma legislação que, ao fim e ao cabo, torna-se simbólica, convertendo-se em simples processo de preservação da ordem e desconsiderando os limites à intervenção repressiva, adstritos a um resultado lesivo ou perigoso a um bem jurídico fundamental.<sup>303</sup> Por este motivo, uma análise preliminar quanto à compatibilização dessa classe de delitos com o princípio da legalidade se faz necessária. Do mesmo modo, o resultado como fundamento de diferenciação e limite de intervenção, merece algumas notas introdutórias, principalmente por servir de razão e justificativa que permite a incidência dos critérios normativos de imputação objetiva. Essas são, pois, as balizas do substrato dogmático.

---

<sup>301</sup> Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTS. 40 E 48, AMBOS DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. AUSÊNCIA. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. OMISSÃO IMPRÓPRIA. DESCARACTERIZADA. DEVER DE AGIR IMPOSTO POR LEI. INCABÍVEL DEVER GENÉRICO IMPOSTO PARA TODA COLETIVIDADE. 1. A denúncia se baseia no laudo de exame de constatação de dano ambiental para comprovar o prejuízo do meio ambiente, entretanto, o próprio laudo não define a causa do desmatamento. A mera presunção a respeito de conduta delituosa não pode configurar o tipo penal em análise, impossibilitando o recebimento da denúncia. 2. Não se pode confundir crime permanente, em que a consumação se protai no tempo, com delito instantâneo de efeitos permanentes, em que as conseqüências são duradouras. 3. Nos termos do art. 13, § 1.º, do Código Penal, a omissão é penalmente relevante quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado, o que não é a hipótese dos autos. 4. *A obrigação genérica atribuída a todos os cidadãos de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, consoante o art. 225 da Constituição Federal, não se amolda ao dever imposto por lei de cuidar, proteger e/ou vigiar, exigido na hipótese de crime omissivo impróprio.* 5. Recurso especial não conhecido. Concedido habeas corpus, de ofício, para declarar extinta a punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 48 da Lei n.º 9.605/98, em face da ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva. (STJ - REsp: 897426 SP 2006/0234184-6, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 27/03/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.04.2008 p. 1). Destaque acrescentado.

<sup>302</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 278.

<sup>303</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 278.

## 6.1. OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como anteriormente já se explorou à exaustão, no ordenamento jurídico pátrio, duas modalidades de crimes omissivos se evidenciam: os próprios e os impróprios. Sem a necessidade de rememorar aqueles, pois foge ao nosso objeto, pode-se sintetizar que os delitos de omissão imprópria são aqueles delitos de resultado decorrentes de uma norma mandamental, que descreve deveres especiais de evitar determinadas lesões a bens jurídicos penalmente tutelados.<sup>304</sup>

O primeiro questionamento que aqui se coloca reside na denominação dos crimes omissivos *impróprios* ou *comissivos por omissão*. Para Tavares, as duas denominações seriam inadequadas.<sup>305</sup> A manutenção dessa denominação é decorrência da prática doutrinária ou jurisprudencial. Para Jescheck, a impropriedade estaria no fato de que o autor não se limita a pura insubordinação, mas mediante sua inatividade causa um resultado que, em outras circunstâncias, seria produzido por um atuar positivo.<sup>306</sup> Impõe-se ao garante, nesse caso, um dever de evitar o resultado, pertencendo a produção do mesmo ao tipo. Jescheck também discorda de tal terminologia tradicional, preferindo a denominação omissão simples (própria) e qualificada (imprópria).<sup>307</sup> Qualificada no sentido de que os sujeitos devem possuir uma qualidade especial, não inerente às pessoas em geral, isto é, são garantidores da evitação de um resultado lesivo a um bem jurídico, nada tendo a ver a gravidade do fato.<sup>308</sup> Aliás, não é incomum verificar na legislação comparada uma especial causa de atenuação de pena, caso o resultado tenha sido causado omissivamente.<sup>309</sup>

Ocorre que, na quase totalidade dos casos, os delitos omissivos impróprios não encontram representação própria na parte especial do Código penal, muito menos na legislação especial.<sup>310</sup> O legislador, a fim de operacionalizar a punibilidade de tais delitos equiparou a não evitação do resultado à causação por uma atuação positiva. Na grande

<sup>304</sup> BACIGALUPO, **Principios de derecho penal**, op. cit., p. 258.

<sup>305</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 312.

<sup>306</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, 2º v., op. cit., p. 832.

<sup>307</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, 2º v., op. cit., p. 834.

<sup>308</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 312.

<sup>309</sup> Como prevê, por exemplo, o inciso (2) do § 13 do Código penal alemão: “*La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso I*”, que prevê as causas gerais de atenuação. Vide: ALEMANHA. **Código penal alemán**. Trad. Cláudia Lopez Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 8. Do mesmo modo o inciso 3 do art. 10º do Código penal português: “*No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada*”. Vide nota 306.

<sup>310</sup> Alguns delitos da parte especial permitem sua classificação como omissivo impróprio, como o crime de abandono de incapaz (art. 133 do Código penal), em que há o estabelecimento de um dever especial e não de um dever geral de solidariedade, isto é, estabelece uma posição de garantidor, pois para que se configure depende que aquele que seja abandonado esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo.

maioria dos casos, os tipos da parte especial descrevem a causação de um resultado por comissão e não incluem a omissão.<sup>311</sup> Segundo Jescheck, foi adotado um procedimento para que a omissão indevida fosse também abarcada na literalidade dos delitos de comissão. Em primeiro lugar, partiu-se do pressuposto de que os delitos de ação também poderiam ser realizados pela não evitação do resultado. Em segundo, tendo que se determinar quem poderia ser autor dos crimes omissivos impróprios, já que o dever não podia ser distribuído indistintamente, restringiu-se a um rol de garantes. E, por fim, essencial para sua imputação objetiva, foi preciso admitir um nexo de causalidade hipotético, já que a omissão equivalia à ação.<sup>312</sup> A adaptação das necessidades próprias do tipo omissivo aos delitos comissivos teve lugar pela via da “*complementação judicial do tipo*”.<sup>313</sup> E isso levou à discussão sobre a compatibilidade desta construção dogmática com a função de garantia da lei penal. Podem-se admitir delitos omissivos impróprios não regulados pela lei? A causalidade hipotética poderia substituir a causalidade real, à luz do princípio da proibição da analogia (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)?<sup>314</sup>

Mesmo antes do advento da regulamentação legal com a inclusão de cláusula específica na parte geral do Código penal, a doutrina dominante já vinha admitindo como lícita a omissão imprópria baseada na legitimidade dos delitos de comissão correspondentes. Com a introdução da disposição legislada do dever de evitar um resultado quando “*la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción*”,<sup>315</sup> as dúvidas foram em parte aclaradas. No tocante à proibição da analogia, fica a doutrina, também em parte e com muitas reservas, satisfeita com o texto legal.<sup>316</sup> O caput do art. 13 do Código penal brasileiro afirma que igualmente à ação, também é causal a omissão: “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Todavia, suscitou outra classe de problemas, em especial sobre o conteúdo de tal causalidade. A interrogante passa a ser a constatação da causalidade, ora como condição, ora como curso causal hipotético baseado em um juízo de probabilidade ou, ainda, exclusivamente amparada por critérios normativos de risco permitido. O mandado de determinação da lei também estaria satisfeito pela delimitação das posições de garante previstas no art. 13, § 2º do Código penal. Cabe aqui acrescentar mais algumas dúvidas em relação ao direito penal brasileiro.

---

<sup>311</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2º v., op. cit., p. 836.

<sup>312</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2º v., op. cit., p. 836.

<sup>313</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2º v., op. cit., p. 836.

<sup>314</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2º v., op. cit., pp. 836-837.

<sup>315</sup> Referência ao § 13 do Código penal alemão, cf. ALEMANHA. *Código penal alemán*, op. cit., p. 8.

<sup>316</sup> JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2º v., op. cit., p. 837.



Diferentemente do Código penal alemão (§ 13),<sup>317</sup> português (art. 10)<sup>318</sup> e italiano (art. 40)<sup>319</sup> que, quando se referem às omissões impróprias, tratam tão somente da equiparação entre a omissão e os delitos de ação,<sup>320</sup> a reforma penal da parte geral de 1984 incluiu no Código penal brasileiro um rol de deveres específicos atinentes à configuração das posições de garante (art. 13, § 2º), tal como faz o art. 11 do Código penal espanhol.<sup>321</sup> Como visto anteriormente, a redação original do Código penal de 1940 não trazia nenhuma disposição equivalente, limitando-se o art. 11 do referido diploma a afirmar que 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*”. O recurso a esse método de tipificação justifica-se dada a inexistência de qualquer previsão quanto à punibilidade da omissão imprópria, tanto na parte especial quanto na legislação extravagante em matéria penal, ao contrário do que ocorre com os crimes culposos, por exemplo, que somente admitem punição quando expressamente consignados na estrutura do tipo penal (vide, para tanto, o disposto no parágrafo único do art. 18 do Código penal).<sup>322</sup>

A discussão que aqui se vê posta é justamente se esta atual construção do modelo de imputação da omissão imprópria, baseado em geral na equiparação entre ação e omissão e, no caso do Brasil, no rol de deveres especiais de garante, seria suficiente a cumprir os ditames constitucionais e infraconstitucionais da legalidade, da culpabilidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade que devem imperar no direito penal contemporâneo e liberal. Não se pode

<sup>317</sup> “§ 13. Comisión por omisión (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1”. Cf. ALEMANHA. **Código penal alemán**, op. cit., p. 8.

<sup>318</sup> “Artigo 10º Comissão por acção e por omissão 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada”.

<sup>319</sup> “Art. 40 - Rapporto di causalità - Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

<sup>320</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: Uma análise à luz do Código penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 102.

<sup>321</sup> “Artículo 11 Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

<sup>322</sup> “Art. 18 - Diz-se o crime: (in omissis) **Crime culposo II - culposo**, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos **expressos em lei**, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (destaque acrescentado). Anteriormente em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., p. 89.

dizer, assim, ultrapassada tal celeuma em torno da compatibilidade entre a legalidade e a omissão imprópria, uma vez que sobre este assunto ainda se mobiliza a doutrina, seja nacional ou internacionalmente, chegando a diversas conclusões tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.<sup>323</sup>

Há os que sustentam a inclusão de uma cláusula genérica de equiparação entre ação e omissão na parte geral do Código penal,<sup>324</sup> tal qual acontece nos principais países europeus de *Civil Law*, Alemanha, Portugal e Itália, e como poderia ocorrer no Brasil caso o projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal (Projeto de novo Código penal) tivesse sido aprovado e promulgado na sua primeira versão.<sup>325</sup> Por outro lado, Tavares propõe a previsão expressa de tais delitos na parte especial do Código, nos moldes já adotados em relação aos delitos culposos. Para o autor:

A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição por omissão. Só desta forma poder-se-ia satisfazer ao sentido do empreendimento de afirmar que a omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.<sup>326</sup>

Infelizmente, por essa proposta demandar-se-ia atividade positiva do legislador. Uma solução mais concreta haveria de ser pensada no marco da norma positiva, isto é, doutrinária e jurisprudencialmente. Nesse âmbito, afirma Tavares que o patamar de aceitabilidade dos crimes omissivos impuros em relação à legalidade estaria na identificação da norma preceptiva, em conjugação com a norma proibitiva, sempre em relação a um dever específico que, no caso do Brasil, encontra-se previsto na parte geral do Código penal,<sup>327</sup> estabelecendo previamente os sujeitos obrigados, e por fim e essencialmente, o dever de evitar um resultado lesivo a um bem jurídico. A aplicação do preceito de direito positivo, contudo, depende de uma atividade discricionária, valorativa, tanto do Ministério Público ao imputar *in abstracto* a prática da conduta ao sujeito, quando da proposição da exordial acusatória, quanto do Juiz no momento da imputação, seja na sentença condenatória, seja na descaracterização do delito, em

---

<sup>323</sup> Anteriormente em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., p. 89.

<sup>324</sup> BIERRENBACH, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit. 1996, p. 103.

<sup>325</sup> A primeira versão do projeto de novo Código penal (PLS 236/2012) previa, em seu artigo 17, parágrafo único, uma cláusula de correspondência, segundo a qual “*omissão deve equivaler-se à causação*.” No entanto, após a primeira emenda do Projeto, tal parágrafo foi excluído, mantendo-se apenas a referência às hipóteses em que subsiste o dever de agir.

<sup>326</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 313. Do mesmo modo, anteriormente em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., p. 90.

<sup>327</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 313.

caso de absolvição por atipicidade. Na hipótese de pairar dúvida acerca do âmbito de aplicação da norma, como no caso da configuração dos crimes omissivos, é aos princípios penais essenciais ao Estado de Direito liberal e aos critérios normativos de imputação que cabe a tarefa de impor limites à atuação jurisdicional, de maneira a não permitir que a valoração da posição de garante, no caso concreto, seja fundamentada arbitrariamente. É o arbítrio do julgador ao valorar as circunstâncias caracterizadoras do dever de evitar o resultado sem qualquer critério que, nessas circunstâncias, configura vulneração insuportável ao princípio da legalidade.<sup>328</sup>

Por esse motivo, também, não se pode considerar o tipo dos crimes omissivos impróprios como aberto. Para Kaufmann, os delitos omissivos impróprios apenas se relacionariam com os delitos de comissão pela referência aos mesmos bens jurídicos protegidos e pela mesma cominação penal, mas sua tipificação decorre de via própria, não tipificada legalmente,<sup>329</sup> dependendo, no caso do Brasil, de uma análise prévia dos deveres especiais de garantia, previstos no art. 13, § 2º do Código penal. Os tipos abertos ao menos encontram seus elementos aglutinadores previamente dispostos na parte especial, faltando-lhes, todavia, um de seus elementos caracterizadores. O tipo de omissão imprópria não se encontra escrito. Depende, pois, de uma conversão valorativa. É por isso que, conclui Kaufmann, seguido por Tavares, apesar de todo esforço doutrinário, somente a lei, através de uma tipificação concreta, pode oferecer uma solução adequada à problemática da omissão em contraste com o princípio da legalidade.<sup>330</sup> Esta posição parece a mais ajustada ao mandado de determinação e à função de garantia da lei penal, exigidos pelo Estado de Direito. Todavia, não se olvida de que tal conclusão refere-se a uma alternativa de *lege ferenda*, pugnando-se a tipificação, como é feita em relação aos crimes culposos, especificamente em relação aos crimes omissivos em cada tipo penal singular.<sup>331</sup>

## 6.2. O CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO COMO CRIME DE RESULTADO

Vencida a exposição das controvérsias postas pela doutrina em relação à compatibilização dos crimes omissivos impróprios com o princípio da legalidade, outra baliza

---

<sup>328</sup> Anteriormente em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., p. 90.

<sup>329</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 288.

<sup>330</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 288.

<sup>331</sup> Anteriormente em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., p. 91.

fundamental para o tratamento dogmático de tal classe de crimes, haja vista ser seu sustentáculo estrutural e parâmetro de diferenciação com os delitos omissivos próprios, é a necessidade de um resultado para sua consumação. O resultado, como aponta Cirilo de Vargas, pode ser entendido de duas formas: uma “*naturalista*”, sendo o mesmo entendido como modificação do mundo exterior produzida pela conduta humana como seu efeito, e outra “*normativista*”, sendo ele identificado com o conceito de dano (real ou potencial), em que “*o resultado seria a lesão, ou perigo de lesão, do bem jurídico, produzida pelo delito*”.<sup>332</sup> De todo modo, essas posições parecem convergir no sentido de que não se pode considerar o resultado como elemento da conduta, tal qual almejavam os causalistas,<sup>333</sup> pois o efeito não está contido na causa. A relevância penal do resultado só se afirma no tipo, e é aí que deve ser considerado elemento. A ação só pode ser tida como fator causal, sendo o evento sua consequência.<sup>334</sup>

Ocorre que o funcionalismo teleológico, na tentativa de superar tanto a teoria causalista quanto a finalista, alterou o conteúdo do tipo objetivo. Desde o causalismo naturalista, entende-se o tipo objetivo como o conjunto esquemático de ação, nexos causal e resultado. O finalismo pouco alterou esse esquema, apenas trouxe ao tipo o componente subjetivo consubstanciado na finalidade (dolo). A imputação objetiva vem justamente para promover a modificação dessa representação do tipo em ação, resultado e causalidade.<sup>335</sup> E este é, aqui, o ponto decisivo. Para que o fato seja considerado objetivamente típico – e aqui se inclui a omissão imprópria – seria imprescindível um conjunto de requisitos que fariam de uma causação (ou não impedimento do resultado), uma causação típica, violadora da norma, ou, em outras palavras, objetivamente imputável.<sup>336</sup> Esses requisitos seriam: a) a criação ou o incremento de um risco juridicamente desaprovado; e b) a realização deste risco no resultado. No primeiro critério esbarrariam as ações que não criam ou aumentam riscos e as que, mesmo

<sup>332</sup> CIRILO DE VARGAS, **Do tipo penal**, op. cit., p. 86. Ainda, na doutrina brasileira, sobre o conceito de resultado: CUNHA LUNA, Everardo. **O resultado no direito penal**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 33; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, São Paulo Bushatsky, 1976, p. 152; CIRINO DOS SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 107, que define tipos de resultado como aqueles em que há uma “*separação espaço-temporal entre ação e resultado, ligados por relação de causalidade*”.

<sup>333</sup> Criticando a posição de ser o resultado elemento da ação, Vargas opõe os seguintes argumentos: “*a) nos crimes culposos, o agente só quer a ação; não quer o resultado, nem mesmo eventualmente, pois, do contrário, responderia a título de dolo, já que o Código adotou, nesse particular, as teorias da vontade e do consentimento. O resultado, portanto, não pertence à ação; b) assentado que o resultado é uma modificação do mundo exterior, como se explica a ‘consequência natural da ação’ nos crimes formais e nos omissivos puros, em que o mundo exterior não foi modificado?; c) diz Cunha Luna: ‘Não se entende que o resultado esteja na própria ação, como se o efeito pudesse estar na própria causa. O resultado não pode ser absorvido pela ação, porque causa e efeito são termos distintos’*”. Cf. CIRILO DE VARGAS, **Do tipo penal**, op. cit., p. 86.

<sup>334</sup> CIRILO DE VARGAS, **Do tipo penal**, op. cit., p. 86.

<sup>335</sup> GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 6-7.

<sup>336</sup> GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit., p. 7.

perigosas, respeitam as exigências de cuidado e são, por isso permitidas. No caso de intervenções cirúrgicas seguindo os preceitos da *lex artis*, o médico que age conforme as normas não teria praticado um homicídio.<sup>337</sup> Não basta somente a criação ou incremento do risco, mas que o resultado seja decorrência desse risco, sendo o segundo critério a realização do risco. O exemplo é o famoso caso citados por manuais da vítima de um ferimento de bala que falece em virtude do tombamento da ambulância. O risco criado pelo autor do crime não se realizou no resultado, sendo substituído por outro.<sup>338</sup> Com a teoria da imputação objetiva houve uma reestruturação do esquema do tipo objetivo, o qual aqui se seguirá, sendo, a partir de agora, necessário para sua caracterização a ação/omissão, o nexos de causalidade, o resultado, a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.<sup>339</sup> Sabendo-se, pois, o que é a teoria da imputação objetiva, uma breve exposição de seu contexto, antecedentes e consequências se impõe.

O retorno ao interesse pela teoria da imputação objetiva encontra lugar em um artigo de Roxin, dedicado à *Festschrift* para Richard Honig, publicado inicialmente em 1970.<sup>340</sup> O ponto de partida foi a insuficiência das teorias da relação de causalidade no âmbito da ciência do direito penal, como forma de enfrentar o problema da atribuição da responsabilidade. A questão girou em torno dos critérios em relação aos quais seria possível imputar um resultado a determinado indivíduo como obra sua. Apoiando-se em Honig, afirmava que “*se a atuação da vontade não é típica, não existe absolutamente nenhuma acção (sic) no sentido que interessa ao direito penal*”.<sup>341</sup> Esclarecia Roxin que a tarefa da dogmática no direito penal é justamente a imputação de resultados, a qual necessariamente se faz depender da violação de exigências normativas, devendo a conduta adequar-se às exigências típicas, condizentes ao dever de não produzir resultados típicos.<sup>342</sup>

---

<sup>337</sup> GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit., p. 8.

<sup>338</sup> GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit., p. 8.

<sup>339</sup> GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit., p. 9.

<sup>340</sup> Tal artigo encontra tradução portuguesa: ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004. Sobre o transcorrer histórico da fundamentação da teoria geral do delito até o artigo de Roxin, vide: GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit., pp. 57 e ss.

<sup>341</sup> HONIG, citado por ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 147.

<sup>342</sup> Anteriormente em COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. In. BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscila; SCANDELARI, Gustavo. **Perspectivas em ciências criminais**: Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016, pp. 529 e ss.

A imputação, portanto, obriga uma análise condicional de determinada conduta ter criado um risco juridicamente desaprovado de lesão a um bem jurídico.<sup>343</sup> Sob essas circunstâncias, Roxin afirma categoricamente que a imputação do tipo objetivo só é um problema de parte geral nos casos dos denominados *delitos de resultado*, os quais exigem a ocorrência de um resultado lesivo no mundo exterior, dando-se em um momento temporal e espacial distinto da ação, sendo certa a exigência do tipo penal da lesão para que haja a consumação do crime.<sup>344</sup> Com base nessas premissas é possível diferenciar dois momentos primordiais: a imputação do comportamento e a imputação do resultado. No primeiro, Roxin considera o “*comportamento pessoalmente imputável*”, isto é, o primeiro critério para que algo possa ser considerado como ação ou omissão.<sup>345</sup> As causas de exclusão importam na ausência da imputação do comportamento. Já em uma segunda etapa, seria necessário acrescentar a imputação do resultado, determinante para dotar a conduta de conteúdo. Aqui estariam os critérios por ele pensados, com base na ideia de criação de um risco, para a atribuição do resultado.<sup>346</sup>

Os crimes omissivos impróprios, nesse sentido, decorrem do dever de evitar um *resultado* típico previsto em um tipo comissivo na parte especial. É assim que prevê o § 2º do art. 13 do Código penal, quando em sua parte inicial assim dispõe: “[a] omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Dogmaticamente, entendem-se como requisitos indispensáveis à caracterização dessa modalidade de crimes: “a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em vista a omissão; c) a ocorrência da situação de fato de que deflui o dever de agir”<sup>347</sup>. Isto é, como sintetiza Cirino dos Santos, “o tipo de omissão de ação imprópria exige, ainda, a produção do resultado típico como consequência causal da omissão da ação mandada”<sup>348</sup>.

Partindo dessas conclusões prévias é que se pode afirmar que os critérios da teoria da imputação objetiva deveriam ser aplicados aos chamados delitos omissivos impróprios na

<sup>343</sup> Roxin deriva a ideia de exposição a risco do conceito de bem jurídico. Cfr. ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 148. Sobre as bases epistemológicas da teoria de Roxin vide: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>344</sup> Nesse sentido ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 345. Nas palavras de Roxin: “*La imputación al tipo objetivo solo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor (...). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§123) o el falso testimonio (§154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial*”

<sup>345</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 161.

<sup>346</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 530.

<sup>347</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 24.

<sup>348</sup> CIRINO DOS SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 200.

nova conformação de seu tipo objetivo. É com base nessa ideia que as considerações a seguir serão tecidas. Serão apresentados, em primeiro lugar, os critérios dogmáticos tradicionais de acordo com um modelo de responsabilização classicamente adotado pela doutrina. Em seguida, a fim de se pensar critérios restritivos de configuração típica, e tendo em conta que se trata de uma modalidade de crime de resultado, passar-se-á ao questionamento sobre a existência ou não de um nexo de causalidade verificável entre a omissão ou a ação mandada e o resultado produzido. Baseando-se nesta conclusão e, tendo em vista a incapacidade da teoria da equivalência dos antecedentes causais para, em si considerada, atribuir responsabilidade penal, avaliar-se-ão os critérios propostos por Roxin para limitar os exageros da causalidade, com o auxílio de preceitos normativos.

## 7. MODELOS DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

O problema da estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios tem recebido uma diversidade de propostas de tratamento dogmático por parte da doutrina. Diversas soluções são apresentadas relativas aos critérios necessários para a sua punibilidade. Se por um lado isso incentiva a evolução científica do tema suscitando discussões, por outro gera uma série de inconvenientes. A controvérsia doutrinária acarreta a diversidade de soluções e, com isso, a insegurança jurídica sobre quais requisitos devem ser comprovados para fins de responsabilização.<sup>349</sup> Schünemann chega a afirmar que no âmbito dos crimes omissivos impróprios ainda não se teria proferido a última palavra, mas, em razão disso, viver-se-ia um verdadeiro “*caos dogmático*”,<sup>350</sup> dentro do qual cada autor tenta defender sua própria dedução, sendo a jurisprudência completamente alheia a tais debates, buscando suas soluções em mera casuística.<sup>351</sup>

Anota Schünemann que, em países como a França e a Inglaterra, não se chegou a nenhuma sistematização digna de nota no tocante à dogmática dos crimes omissivos impróprios. Na Alemanha, de outra sorte, ter-se-ia desenvolvido um número incalculável de teorias que se contradizem, aparentemente. Para o penalista, “*não é tranquilizadora, nesse contexto, a consideração de que na dogmática jurídico-penal alemã, caracterizada pelo princípio da ‘hiper-sofisticação’ (Überfeinerung), ao fim e ao cabo, tudo seria defensável e discutível*”.<sup>352</sup> Não obstante, a partir da identificação de tal panorama, parece possível sintetizar quais as controvérsias e os pontos de partida das discussões travadas até então no âmago da imputação jurídico-penal, dado que na omissão imprópria se está a tratar da equiparação da conduta ativa e a relação do sujeito responsável com o resultado por ele produzido, por meio de um não fazer algo mandado.<sup>353</sup>

As soluções práticas para questões de imputação do resultado a um sujeito penalmente responsável encontram-se, como já se viu, no âmbito do tipo objetivo. Nesta estrutura que não

<sup>349</sup> ROCHA, A **relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 171.

<sup>350</sup> 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. Trad. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 160 e ss. Citado também por ROCHA, A **relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 171.

<sup>351</sup> SCHÜNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 160.

<sup>352</sup> SCHÜNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 163.

<sup>353</sup> SCHÜNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 163.



de se analisar as relações entre a omissão e o resultado típico.<sup>354</sup> Tendo em vista a existência de várias proposições teóricas sobre o tema, adotar-se-á, apenas para fins metodológicos, a proposta de Rocha, que agrupa os modelos de responsabilização em dois grupos: um clássico/tradicional e um restritivo.<sup>355</sup> O primeiro agrupando os requisitos tradicionalmente apontados pela doutrina e o segundo agregando critérios restritivos de configuração do tipo objetivo, atualizados pela contemporânea dogmática penal, isto é, pela renovação do conteúdo da causalidade e pelos critérios normativos de imputação objetiva que, como já se viu, nos termos do funcionalismo teleológico de Roxin.

### 7.1. MODELO TRADICIONAL

Sob um viés eminentemente dogmático, é opinião comum afirmar que a comissão por omissão, ou omissão imprópria, deva ser entendida como “*a infracción de un ‘mandado de evitar el resultado’, por el deber de garante*”.<sup>356</sup> Isso significa afirmar que, como consequência, a inexistência de tipo específico na parte especial demanda, para fins de sua punibilidade, a equiparação da omissão ao atuar positivo. Isto é, o sujeito que omite, responde pelo resultado previsto na descrição típica de um crime comissivo (por isso, *comissivo por omissão*).<sup>357</sup> Nesse panorama assegura Kaufmann que “*cabe cometer también ‘por omisión’ la mayoría de los delitos comisivos*”.<sup>358</sup>

Tendo em vista a amplitude da incidência da omissão imprópria no âmbito dos crimes de resultado e a inexistência de previsão específica na parte especial, a doutrina, ao longo dos anos, tem pensado critérios segundo os quais se permita a responsabilização por esses crimes de maneira restritiva, limitada e racional. O primeiro grupo de propostas, na linha metodológica que adota Rocha, requer um número menor de requisitos para sua caracterização, denominado pelo autor como corrente minimalista.<sup>359</sup> Preferimos, no entanto,

<sup>354</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 183.

<sup>355</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., pp. 183 e ss.

<sup>356</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., p. 250.

<sup>357</sup> Não se pretende aqui voltar à discussão acerca das normas proibitivas e mandamentais, já abordadas nos critérios de diferenciação entre crimes omissivos próprios e impróprios, as quais circunscrevem cada tipo de delito. No entanto, apenas para fins de nota, considera-se como acertada a tese de Bacigalupo, o qual, apoiando-se em Nagler e Kaufmann, chega à conclusão de que detrás de cada tipo penal existe uma norma, sendo o mandado ou a proibição apenas formas de expressão dessa norma. Para tanto, vide: BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 97.

<sup>358</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., p. 21. Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, *Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, op. cit., p. 527.

<sup>359</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 183.

chamá-la de proposta clássica ou tradicional. Para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, nessa hipótese, seriam necessários: “a) *situação de perigo para o bem jurídico tutelado*; b) *omissão da ação devida*; c) *resultado típico*; d) *posição de garantidor*; e) *possibilidade de atuar para evitar o resultado*”.<sup>360</sup> Não são exigidos aqui nem causalidade, nem a imputação objetiva. Sobre cada um desses requisitos se passa a discorrer.

### 7.1.1. A situação de perigo para o bem jurídico<sup>361</sup>

Assis Toledo, com a reforma da parte geral do Código penal em 1984, afirmava que, com a inclusão do §2º do art. 13 do CP, “o problema da causalidade nesses delitos omissivos por omissão (...) perde a relevância”.<sup>362</sup> Não nos parece, no entanto, assim tão simples. A reforma de 1984 nada mais fez do que adotar, no supracitado dispositivo, a chamada teoria formal do dever jurídico. Tal teoria foi dominante no início do século XX, nada mais sendo do que a aplicação da técnica positivista à questão da posição de garantidor.<sup>363</sup> Herança da construção setecentista de Feuerbach, tal teoria formal pretendia “vincular a condição de exigência de um comportamento a uma norma jurídica explícita”,<sup>364</sup> ou seja, a uma lei ou um contrato, pretendendo, com isso, resolver o problema da causalidade da omissão, como afirmou Assis Toledo.

Todavia, tal visão estritamente legalista da construção da omissão imprópria, fazendo referência à conjugação da norma proibitiva com a norma mandamental (contida na cláusula do art. 13 da parte geral do Código penal), desconsidera qualquer substrato material em relação à norma penal, isto é, sua função de proteção contra lesões ou exposições à perigos concretos a um bem jurídico penalmente tutelado, com base em uma finalidade racional de evitação de práticas danosas à conservação da sociedade e proteção de direitos fundamentais.<sup>365</sup> Convém lembrar as palavras de Polaino Navarrete, para quem:

<sup>360</sup> ROCHA, A **relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 183. Rocha aponta serem adeptos dessa orientação: FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290; REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 332; SANTOS, **Direito penal**, op. cit., pp. 204 e ss.

<sup>361</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., pp. 104 e ss.

<sup>362</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.116.

<sup>363</sup> BUSATO, **Direito penal**, op. cit., 2013, p. 294.

<sup>364</sup> BUSATO, **Direito penal**, op. cit., 2013, p. 294.

<sup>365</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b, pp. 18-19.

*la conminación penal desconectada del presupuesto del bien jurídico incurre, de modo excesivo, en el peligro de una pena 'moralizadora' y, con ello, en una inconveniente constatación de la esfera de la libertad individual, frente a la que sólo aparecen legitimadas las intervenciones necesarias socialmente, en todo caso en una democracia liberal.*<sup>366</sup>

Tal desconsideração do bem jurídico não é possível de ser compatibilizada com a opção direcionada à funcionalização que o direito penal passou a admitir, principalmente depois da segunda metade do século XX. Em outras palavras, o direito penal no contexto de um Estado de Direito Democrático, que admite em seu texto constitucional, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas e invioláveis, formal e materialmente, impostas como limites ao poder estatal (art. 60, § 4º da Constituição Federal), os princípios da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX da CF); da culpabilidade (art. 5º, inciso XLV da CF); da humanidade e da proporcionalidade das penas (art. 5º, incisos XLVI e XLVII da CF).

Partindo-se do pressuposto da insuficiência de uma teoria formal do dever, uma das principais contribuições de Munhoz Netto em relação à dogmática dos crimes omissivos foi, em plena década de 1980 no Brasil, enunciar a necessidade de limitar o arbítrio estatal da jurisdição bem como de demarcar as balizas do legislador na tipificação de condutas contrárias à preservação da vida em sociedade civil em relação à insuportável ingerência estatal.<sup>367</sup>

Partindo-se da premissa que crime é somente aquela conduta que ofende bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, sempre tendo como referência a pessoa humana como destino, de maneira a preservar o máximo de liberdade possível ao cidadão, impõe-se uma limitação ao legislador, no momento da criminalização primária, e ao juiz, quando da criminalização secundária,<sup>368</sup> uma vez que a tipificação omissiva demasiadamente incerta acarreta a possibilidade de posturas autoritárias restritivas da liberdade além do legal e racionalmente razoável. Para Munhoz Netto, o valor essencial da segurança jurídica é, em um Estado de Direito, absolutamente contrário ao livre arbítrio do Judiciário, em especial, quando da equiparação da omissão à comissão pelos critérios excessivamente abertos.<sup>369</sup>

<sup>366</sup>POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal: Parte general**. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1984, p. 130. Cf. REGIS PRADO, Luis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 2011, p. 21. Regis Prado cita a seguinte afirmação atribuída a POLAINO NAVARRETE: “*sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito*”.

<sup>367</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 14.

<sup>368</sup> Sobre a análise criminológica de tais conceitos vide: ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et all.* **Direito penal brasileiro**. 1º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

<sup>369</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit, p. 14.

A adoção de uma teoria material do dever coloca o conceito de bem jurídico no centro da discussão, exigindo a efetiva lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico para que fique constatada a existência de um dever jurídico, não sendo suficiente a mera adequação formal normativa às hipóteses de garantidor. Neste sentido, a compatibilização da teoria formal do dever – que, apesar de não bastar em si, não deve ser de todo abandonada em função de uma única cláusula de correspondência, que geraria mais confusão do que soluções práticas – com uma teoria material, na linha do que a doutrina tem proposto, importa em submeter os critérios fixados pela lei (art. 13, § 2º do Código penal): a) à função do direito penal de protetor de bens jurídicos concretos (com a criação de deveres de assistência e proteção); e/ou b) ao dever de vigilância sobre uma fonte de perigo (com mandamentos de controle e segurança).<sup>370</sup>

No âmbito do primeiro critério, Muñoz Conde ainda o subdivide em outros três outros. Primeiramente, em virtude de um vínculo natural dentro de um mesmo âmbito familiar, decorrente dos preceitos de direito de família, garantindo-se a vida, a saúde e a integridade física de seus familiares,<sup>371</sup> que no direito positivo pode se subsumir tanto alínea “a”, quanto da alínea “b” do parágrafo 2º do artigo 13 do Código penal. O dever de proteção ao filho, criança ou adolescente, encontra-se no art. 227 da Constituição Federal, enquanto que a proteção do cônjuge encontra amparo na assunção voluntária em virtude do vínculo matrimonial regulado pelo direito privado. Um segundo grupo seria em relação à garantia em uma comunidade de perigo, como no caso dos esportes, praticados em grupos, que envolvem risco, como no caso do alpinismo, trilhas selvagens etc., em que um se responsabiliza pela proteção de outros, lançando cordas, preparando o terreno, abrindo a mata entre outras ações.<sup>372</sup> O terceiro grupo, por fim, seria o das aceitações voluntárias específicas, que segundo Muñoz Conde se dá principalmente no âmbito da medicina e na observação de crianças pequenas por parte de babás. Esta hipótese está positivada na alínea “b” do parágrafo segundo do art. 13 do Código penal. Já no âmbito do domínio material de uma fonte de perigo emerge a ideia de ingerência, positivada pela alínea “c” do parágrafo segundo do art. 13 do Código penal.

Como se nota, para conclusão, tanto o critério formal quanto o critério material devem ser lidos conjuntamente quando da análise do art. 13, § 2º do Código penal. A admissão somente da teoria formal remete a um positivismo acríptico de meados do século XIX, além da

---

<sup>370</sup> Nesse sentido MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 36. Na mesma linha BUSATO, **Direito penal**, op. cit., p. 296. Também TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit.

<sup>371</sup> MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 36.

<sup>372</sup> MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 36.

negação da função precípua do direito penal de proteção de bens jurídicos. Já a aceitação somente de uma teoria material importaria em uma análise irrestrita do fenômeno da omissão imprópria, admitindo-se, assim, que a maioria dos tipos comissivos possam ser praticados por comissão por omissão, sem limitação específica sobre em quais hipóteses estaria o garante obrigado à evitação do resultado. Sem as hipóteses formais descritas na lei, voltar-se-ia à discricionariedade judicial anterior à reforma de 1984, em que as posições de garantidor estavam tão somente na dependência de sistematização jurisprudencial.

### 7.1.2. A omissão da ação devida e resultado típico<sup>373</sup>

Acredita-se não ser possível admitir, como queriam os causalistas, que a omissão imprópria baseie-se simplesmente em um *non agere*, isto é, que de sua estrutura poderia derivar um resultado naturalístico, uma consequência no mundo fático. Ao contrário, quando decorrente eminentemente de um dever, somente pode-se concebê-la no plano da tipicidade. Uma omissão pré-típica apenas seria possível quando de expectativas sociais específicas, e ainda assim, quando considerada como manifestação da personalidade, como já se afirmou anteriormente. De outro modo, não se pode admitir uma omissão pré-típica.<sup>374</sup>

Como lembra Muñoz Conde, “*omitir é um verbo transitivo, sempre que se omite se omite algo*”.<sup>375</sup> Nesse sentido, deixar de fazer, no sentido jurídico-penal, sempre possui como referência uma ação mandada pela norma impositiva. Para o mesmo autor, “*a omissão penalmente relevante, a nível do tipo de injusto do delito, é a omissão da ação esperada*”,<sup>376</sup> logo, a ação imposta pela norma mandamental. Não se trata, a nosso ver, de referência à ação propriamente dita, mas sim uma referência ao dever de agir imposto pela norma. Consuma-se a omissão impura, ao nível típico, quando o agente, querendo ou não observando o cuidado requerido, deixa de atuar conforme o mandamento, produzindo um resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico protegido.

Referendando tal posição é que Muñoz Conde arremata: “*por isso, a omissão penalmente relevante não pode ser compreendida em um plano exclusivamente ontológico,*

<sup>373</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 547 e ss.

<sup>374</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2010, p. 347.

<sup>375</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 266 e ss. Nossa tradução.

<sup>376</sup> MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 30.

*sendo também necessário situá-la em referência às categorias da tipicidade e da antijuridicidade (...) para apreender sua essência*”.<sup>377</sup> Se o sujeito tinha o dever de realizar determinada conduta e não o fez quando, nas circunstâncias, o podia, sempre em referência a um tipo incriminador de resultado existente, estar-se-á frente a um delito omissivo impróprio.

Na estrutura do delito omissivo impróprio como de infração de um dever é que surge a referência à chamada posição de garantidor. A posição de garante, nas palavras de Bacigalupo, “*não é um elemento de autoria exclusivo dos delitos impróprios de omissão, porque também nos delitos tipificados, nos quais se exige evitar um resultado, o omitente é garante*”.<sup>378</sup> No entanto, quando se traz à discussão o dever de garantia, não se está já a tratar da imputação do resultado da omissão imprópria, mas tão só se referindo ao *desvalor da ação*. A imputação, como se está frente a um delito de dano, depende necessariamente do resultado consubstanciado na lesão do bem jurídico penalmente tutelado, além do que se deve analisar se realmente havia condições e possibilidades fáticas da realização da ação que evitaria tal resultado (*realização do risco no resultado*), hipótese em que, se for impossível, nada há de se imputar ao agente ou, sendo o caso, somente a modalidade tentada.<sup>379</sup>

### 7.1.3. Posição de garantidor

A importância prática da distinção entre omissão própria e imprópria, como se fez anotar anteriormente, entre outras, reside no fato de que a posição de garantidor se limita à comissão por omissão.<sup>380</sup> Uma das novidades introduzidas pela reforma penal de 1984, nos termos do já anteriormente assinalado, foi a previsão das hipóteses de posição de garantidor no atual parágrafo segundo do artigo 13 da parte geral, explicitando em quais ocasiões um determinado sujeito tem o dever de evitar um resultado lesivo. Com a adoção da teoria formal, o Código se afastou dos diplomas que outrora o inspiraram, tal qual o alemão e o italiano. No entanto, parece ser tendência a previsão no texto legal das posições de garantia, assim

<sup>377</sup> MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 31.

<sup>378</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 263. No original: “*no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos improprios de omisión, porque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado el omitente es garante*”.

<sup>379</sup> GRECO, Luis. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades** (Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código penal, 2012, p. 44. As demais discussões condizentes ao resultado típico foram antecipadamente tecidas no item 6.2.

<sup>380</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 763.

ocorrendo no artigo 11 do Código penal da Espanha de 1995<sup>381</sup> e no artigo 10 do diploma português.<sup>382</sup> Como esclarece a própria “*Exposición de motivos de la nueva parte general del Código penal*” (item 13), introduziu-se no texto da legislação as hipóteses em que estará presente o dever de agir, identificando os sujeitos aos quais se destinam as normas mandamentais. Em clara simpatia com a teoria formal do dever jurídico, previu-se ser relevante a omissão quando alguém: a) tenha por lei a obrigação de cuidado; b) tenha, por outra forma, assumido a responsabilidade de evitar o resultado; ou ainda c) por comportamento anterior tenha criado risco de ocorrência de lesão. No entanto, no estudo de cada uma dessas hipóteses é possível submeter a incidência da criminalização a limites específicos.

Tal concepção formal do dever jurídico remonta a um princípio aceito na dogmática penal desde Nagler, segundo o qual a punibilidade da omissão imprópria se faz depender de uma posição de garantidor.<sup>383</sup> A teoria formal, reportando-se inicialmente à Feuerbach (a lei e o contrato) e Stübel, faz com que o conteúdo desta posição legal baseie-se em obrigações derivadas da lei, de um contrato ou de um atuar precedente.<sup>384</sup> Desde então, pois, nota-se a despreocupação da ideia de lesão a um bem jurídico para a configuração do crime comissivo por omissão.<sup>385</sup> Já tendo sido antecipada tal discussão, pode-se acrescentar, com Roxin, que tal teoria formal não pode mais encontrar vigência. Não bastaria a mera contravenção à norma de dever para se configurar um delito de omissão impróprio. Por isso, desde Kaufmann, com sua chamada teoria das funções, concebe-se uma ideia de posição de garante fundada sobre a ideia de bem jurídico.<sup>386</sup> De um lado estaria o “*dever de proteger os bens jurídicos de determinadas pessoas contra perigos (posição de garante de guarda ou proteção [Obhutsgarantenstellung])*” e de outro “*o dever de controlar fontes de perigo para os bens jurídicos alheios (posição de garante de vigilância ou controle*

<sup>381</sup> “*Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”.

<sup>382</sup> “*Artigo 10º Comissão por acção e por omissão 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada*”.

<sup>383</sup> Cf. ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Lúcia (orgs.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 304-305.

<sup>384</sup> Cf. ROXIN, O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto, op. cit., pp. 304-305.

<sup>385</sup> ROXIN, O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto, op. cit., pp. 304-305.

<sup>386</sup> KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, op. cit., p. 290.

[*Überwachungsgarantenstellung*])”.<sup>387</sup> Um exemplo da primeira hipótese seria o caso dos pais em relação ao dever de proteção de seus filhos menores. Na segunda, o dever de segurança de tráfico, do empregador em relação às atividades de risco da empresa e de seus subordinados, isto é, o dever que tenha o sujeito de assegurar os riscos em seu âmbito de competência.<sup>388</sup>

Schünemann apresenta outro critério, partindo da premissa de que a grande maioria dos crimes por ação se caracterizariam pelo fato do sujeito ativo possuir domínio do fato. Tendo em vista a equiparação entre ação e omissão, seria correto, por meio de um raciocínio analógico, aproximar o critério do domínio do fato nos delitos ativos também para a omissão. É isso que faz ao propor o critério do “*domínio sobre o fundamento do resultado*”, que elege como elemento central da teoria da posição de garante.<sup>389</sup> Para Schünemann, o decisivo na imputação é a relação entre o “*centro pessoal de controle*” e o “*movimento corporal causador do resultado*”, sendo que a imputação de um resultado a alguém, como obra sua, ocorrerá nos termos nos quais exerça um domínio sobre o fundamento de tal resultado.<sup>390</sup> Como na comissão, o domínio da vontade não se dá somente com referência a conduta, mas ao “*acontecimento global*” com referência à autoria, na medida em que enquanto fundamento do resultado também fundamenta a autoria, assim também deveria proceder com a posição de garantidor, para que se possa fazer um paralelo com a relação com o resultado.<sup>391</sup> Assim, Schünemann propõe a superação da divisão clássica das posições de garantidor em deveres de proteção e responsabilidade por uma fonte de perigo, instituídas em função da proteção de determinados bens jurídicos. Para o autor, o sistema constituído a partir do domínio sobre o fundamento do resultado seria decomposto em: a) domínio sobre o desamparo de um bem jurídico; e b) domínio sobre a causa essencial do resultado. No primeiro caso estariam as posições de garantidor decorrentes da comunidade de vida e de perigo, e a assunção sobre a guarda de um bem jurídico desamparado. No segundo, por sua vez, englobariam os deveres

---

<sup>387</sup> ROXIN, **O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto**, op. cit., p. 305. Vide especialmente KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., pp. 290-291. No mesmo sentido ZAFFARONI; BATISTA et all., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., p. 360: “*Temperando o esquematismo do critério formal, é indispensável que o obrigado se encontre concretamente em uma estreita e especial relação vital com o bem jurídico, cuja integridade depende concretamente de sua intervenção: só no plano concreto se pode vislumbrar com clareza o garantidor (enquanto o obrigado tem existência puramente normativa)*”

<sup>388</sup> ROXIN, **O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto**, op. cit., p. 306.

<sup>389</sup> SCHUNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 171. Da mesma forma ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 852.

<sup>390</sup> SCHUNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 171.

<sup>391</sup> SCHUNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 171.



atinentes ao controle sobre coisas perigosas e domínio sobre pessoas ou funções perigosas.<sup>392</sup> O domínio sobre o fundamento do resultado seria, para Schünemann, uma estrutura fundamental de autoria, tanto para os crimes de ação quanto para os de omissão, assim funcionando como critério unificador da imputação, como decorrência da cláusula de equivalência.<sup>393</sup>

Uma análise detalhada de cada uma das hipóteses previstas no art. 13, § 2º, do Código penal, colacionando doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência, direito comparado e submetendo-as aos filtros constitucionais da legalidade e da ofensividade permitirá estabelecer o sentido, o alcance e os limites de cada uma das posições de garantidor legalmente estabelecidas. Com as disposições relativas às posições de garante, ficam estabelecidas as balizas dogmáticas sobre as quais se erigem o *desvalor da conduta* nos crimes omissivos impróprios.

#### 7.1.3.1. Quem, por lei, tenha a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância<sup>394</sup>

A alínea “a” do parágrafo segundo do art. 13 do Código penal prevê, como primeira hipótese de posição de garantia, que o dever de agir incumbe a quem “*tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*”. Da análise da literalidade do texto legal, depreende-se a necessidade de analisar essa modalidade, portanto, sob dois aspectos. O primeiro deles é a referência à “*lei*” (parte inicial) e o segundo é o que delimita seu conteúdo, ou seja, a “*obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*” (parte final).

A lei a que se refere tal alínea deve ser entendida como a lei formal,<sup>395</sup> penal ou extrapenal (Código civil, leis profissionais etc.), ou seja, aquela aprovada mediante o devido processo legislativo, conforme os trâmites e competências delimitadas na Constituição Federal. Nesse sentido, apenas pode-se considerar como aptos a atribuir o dever legal aqueles tipos normativos com natureza legal previstos no art. 59 da Constituição, quer sejam emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e decretos legislativos.<sup>396</sup> Em relação às medidas provisórias, vislumbramos a necessidade de interpretá-las

<sup>392</sup> SCHÜNEMANN, *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*, op. cit., pp. 171-172.

<sup>393</sup> SCHÜNEMANN, *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*, op. cit., p. 172.

<sup>394</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em SIQUEIRA, COSTA, *A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva*, op. cit., pp. 99 e ss.

<sup>395</sup> Para ZAFFARONI; BATISTA et al., *Direito penal brasileiro*, 2º v., op. cit., p. 359, “*neste primeiro grupo de casos, é indispensável que o dever de atuar provenha de lei em sentido material e formal, sem o que teríamos ofensa ao princípio da legalidade*”.

<sup>396</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 320.

restritivamente, vez que são editadas em caráter de urgência, podendo, inclusive, serem dotadas de excepcionalidade. A própria Constituição, em seu artigo 62, § 1º, inciso II, alínea “b” proíbe a edição de medidas provisórias sobre matéria penal. Em que pese se admitir normas penais e extrapenais, constitucionais ou infraconstitucionais na delimitação do dever, não se pode crer que uma norma constitucionalmente excepcional, cujo um dos requisitos para sua publicação é a urgência, possa estabelecer, nem que mediatamente, uma consequência jurídico-penal.<sup>397</sup>

Isso é decorrência direta do que estabelece o art. 5º, inciso II da Constituição Federal, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Da mesma forma, decorre também do princípio da legalidade penal (art. 1º do CP e art. 5º, XXXIX da CF), pelo qual é peremptório que não haja crime nem pena sem lei anterior que o defina, tendo em vista que a posição de garante é parte integrante do tipo penal da omissão imprópria.<sup>398</sup> Em relação às normas administrativas, regulamentos, portarias, decretos etc., não se pode admiti-las como aptas a atribuir à alguém a responsabilidade com base no art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código penal. Trata-se de corolário do princípio da legalidade, segundo o qual é imperativo a interpretação restritiva das posições de garante, imposta pela sistemática de um direito penal democrático.

No que toca a tratados internacionais que imponham normas mandamentais tendentes a configurar determinado dever de garantia, deve-se ter em conta sua recepção na ordem jurídica interna pela promulgação de decreto legislativo pelo presidente do Senado. São exemplos: a Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de entorpecentes (Decreto n. 154/91) que trouxe disposições relativas à lavagem de capitais; a Convenção de Palermo de 2000 contra o crime organizado transnacional (Decreto n. 5015/2004); a Convenção de Mérida de 2003 contra a corrupção (Decreto n. 5687/2006) etc. Citado tipo normativo do decreto encontra-se no rol do art. 59 (inciso VI) da Constituição Federal, possuindo, então, força vinculante, e permitindo a caracterização da posição de garante pela lei, nos termos do art. 13, § 2º, do Código penal.<sup>399</sup> No entanto, por força do princípio da legalidade, não podem os tratados internacionais estabelecerem tipos penais, fazendo-se necessária a existência de uma lei penal previamente aprovada. Pode, outrossim, servir de parâmetro para o embasamento de um dever.

---

<sup>397</sup> Nesse sentido discordamos de TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

<sup>398</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

<sup>399</sup> Cfr. TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

A obrigação de cuidado, proteção ou vigilância veiculada na parte final da alínea “a” do art. 13, § 2º do Código penal traz uma delimitação à lei em sentido estrito. Não é qualquer dever imposto legalmente, mas somente aquele que gere uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.<sup>400</sup> Tenta-se, com isso, evitar que a lei atribua obrigações genéricas aos cidadãos.<sup>401</sup> Segundo defende Tavares, por cuidado compreende-se o zelo para com a higiene, saúde, alimentação, instrução e educação formal. Proteção corresponde ao auxílio em caso de perigo à saúde, à vida, à integridade física, liberdade e patrimônio, em face de atos de terceiros. E a vigilância diz respeito à diligência na tutela daqueles cuja lei coloca sobre a proteção do garantidor para que não venham a se colocar em perigo.<sup>402</sup> Em relação a esta última, Bierrenbach aponta não se confundir com a *culpa in vigilando* do direito civil, na qual se cairia em uma mixórdia entre aspecto objetivo e subjetivo.<sup>403</sup> Zaffaroni e Batista registram que caso se adotasse uma posição como esta, cair-se-ia no risco de se admitir responsabilidade objetiva em direito penal.<sup>404</sup> Antes disso, refere-se à teoria das funções, como já antes mencionada, submetendo a posição de garante ao controle sobre fontes de perigo, incluindo-se aqui a responsabilidade sobre terceiros, tendo o domínio sobre fatos provenientes daqueles que tenha o dever de vigiar.<sup>405</sup>

Pertencem a esse primeiro grupo de casos, por exemplo, a mãe que, deixando de alimentar seu filho, provoca-lhe a morte por desnutrição (em decorrência dos deveres previstos no art. 229 da Constituição e do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente); o caso do bombeiro em sua função de salva-vidas (por força do artigo 144 da Constituição); o caso do agente penitenciário em relação aos presidiários (em virtude do art. 10 da Lei de Execuções penais) etc.<sup>406</sup> Com base nestes exemplos, pode-se delimitar tal posição de garantidor a três decorrências sistemáticas, seguindo a metodologia que apresenta Tavares: a) daquele que detém o dever sobre a vigilância de seus subordinados; b) das relações entre ascendentes e descendentes; e c) a relação entre cônjuges. Passa-se a tecer breves considerações sobre cada um deles.<sup>407</sup>

#### a) O dever de vigilância sobre subordinados

<sup>400</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

<sup>401</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 28.

<sup>402</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

<sup>403</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 78.

<sup>404</sup> ZAFFARONI; BATISTA, **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., p. 361.

<sup>405</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 78.

<sup>406</sup> ZAFFARONI; BATISTA, **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., pp. 359-360.

<sup>407</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 320.

Indaga-se, em um primeiro momento, se cumpre ao garantidor vigiar pessoas que estejam sob sua supervisão, por um vínculo hierárquico.<sup>408</sup> Segundo Tavares, em que pese ser admissível essa fonte de dever, imperioso que se delimite seu âmbito de incidência. A existência puramente normativa da obrigação só pode ser verificada concretamente, ou seja, o dever somente pode ser imposto àquele que esteja em condições de prestar a ação mandada.<sup>409</sup> Um policial, em tese, sujeita-se a obrigação de zelar pela incolumidade de todos, mas aquele agente destinado a proteção de uma testemunha específica mantém uma relação especial com um bem jurídico tutelado.<sup>410</sup> O dever é sempre pessoal, embora em casos específicos possa-se admitir sua transferibilidade, quando não haja vedação legal, como no caso de médicos trocando de plantão, sob o mesmo título, ou sob títulos diversos; no caso de pais que, ao viajar, deixam seus filhos sob vigilância de uma babá etc.<sup>411</sup> A substituição, como rememora Tavares, não se confunde com assunção contratual do dever, pois o dever passa a incumbir ao substituto.<sup>412</sup>

Em decorrência do princípio da autorresponsabilidade, cada qual deve ser responsável por seus atos. Assim o é, por exemplo, em relação ao delegado para com seus agentes policiais ou com o administrador público em paralelo com seus subordinados.<sup>413</sup> O dever, para Tavares, em virtude de substituição legal, só pode decorrer da conduta anterior ou da assunção da responsabilidade. O delegado será responsável por, quando ordenar a prisão de alguém, vigiar para que a execução de sua ordem não submeta a perigo o detido. Da mesma forma quando delegue a execução da medida a um subordinado.<sup>414</sup> Igualmente sucede no caso do administrador, que zelar para que seus subordinados não lesem bens jurídicos da própria

<sup>408</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 78.

<sup>409</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 321.

<sup>410</sup> ZAFFARONI; BATISTA et all., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., p. 360.

<sup>411</sup> ZAFFARONI; BATISTA et. all., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., p. 360. Também TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 321.

<sup>412</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 321.

<sup>413</sup> Para Schünemann, apenas sua teoria do domínio sobre o fundamento do resultado seria capaz de explicar a posição de garantidor do funcionário público. Para o autor, este apenas pode ser responsabilizado como autor de um resultado se tiver domínio sobre o acontecimento e não somente pela violação de um dever funcional. “A diferença fundamental entre o mero dever funcional e o verdadeiro domínio em razão da posição funcional pode ser ilustrada por meio da comparação entre o diretor de um estabelecimento de execução penal, que deve proteger os presos, por força de seu domínio sobre o desamparo destes, dos perigos específicos ligados ao estabelecimento e o funcionário de um órgão de proteção ao meio ambiente, que domina apenas os próprios atos administrativos e não o comportamento dos cidadãos: caso não revoguem autorizações ilegais, serão responsabilizados pelas lesões ao meio ambiente daí decorrentes na condição de garantidores; o mero não-intervir contra delitos ambientais dos cidadãos conduz, ao contrário (ao lado da responsabilidade funcional), apenas à punição por omissão de socorro (...)” Cf. SCHÜNEMANN, **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria**, op. cit., p. 173.

<sup>414</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 321.

administração ou de terceiros na execução de uma tarefa.<sup>415</sup> Há de se ter em conta que o dever do subordinado em relação ao bem jurídico nasce sob outro título, daí não se poder afirmar que, nesse caso estar-se-á frente a uma hipótese de responsabilidade solidária.

b) A relação entre ascendentes e descendentes

Tal decorrência da primeira posição de garantidor fundamenta-se no desamparo de um bem jurídico ao qual o garantidor foi chamado a dar proteção.<sup>416</sup> Todavia, a mera relação de parentesco civil não é suficiente.<sup>417</sup> A relação entre os pais e os filhos menores que habitam sua residência é indiscutível. Os filhos devem ser alimentados, cuidados, protegidos do desamparo, de comportamentos autolesivos, ter acesso a atendimento médico em caso de doenças e ser protegidos contra perigos de maneira geral,<sup>418</sup> como decorrência do poder familiar insculpido no art. 229 da Constituição Federal, além das leis infraconstitucionais como o Código civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A ausência física dos pais, em certos casos, dependendo da idade e das condições dos filhos, não afasta a posição de garantidor, devendo os ascendentes, quando forem se ausentar, tendo em vista a possibilidade da existência de perigos, incumbir um terceiro da proteção de seus filhos. Note-se que essa hipótese é relativa, dependendo sempre da razoabilidade e do grau de autonomia dos descendentes.<sup>419</sup> É natural que os pais tenham que deixar os filhos enfrentar perigos próprios de certas idades e condições, a fim de que adquiram responsabilidade por seus próprios atos.<sup>420</sup>

De outro modo, as condições factuais podem importar em um distanciamento tamanho entre ascendentes e descendentes de modo a afastar a posição de garantidor, por não ser mais exigível a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Descendentes que não estejam mais em idade infantil ou que, segundo a experiência dos pais, já tenham alcançado prudência suficiente para conviverem socialmente sem a necessidade de tutela externa, podendo lhes permitir que tomem transporte público, viajem sozinhos etc.<sup>421</sup>

---

<sup>415</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 321.

<sup>416</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 857.

<sup>417</sup> ZAFFARONI; BATISTA et al., *Direito penal brasileiro*, 2º v., op. cit., p. 360.

<sup>418</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 857.

<sup>419</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 858.

<sup>420</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 322.

<sup>421</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 858.

Outras situações casuísticas também podem ser apresentadas. A posição de garantidor, de outro modo, não será afastada de um dos pais quando o perigo para o bem jurídico provenha do outro pai. É o caso apresentado por Roxin, julgado pelo BGH em 1984, segundo o qual a mãe nada fez para impedir que seu marido, padrasto da criança, continuasse a manter com ela relações sexuais. Neste, foi sustentada a posição de garantidor, uma vez que era exigível da mãe ao menos uma denúncia em face de seu marido pelos atos praticados.<sup>422</sup>

Discussão paralela é a relativa às outras relações de parentesco, como no caso de ascendência com os avós, quanto aos filhos havidos fora do casamento ou, ainda, de descendência, como no caso dos filhos com pais mais velhos ou doentes. Neste último caso, o BGH alemão entendeu que a posição de garantidor firma-se ainda que os mesmos não convivam na mesma comunidade de vida. Isso seria derivado da disposição do Código civil alemão, segundo o qual os filhos e pais se devem cuidado e assistência recíprocos. No direito brasileiro há a previsão no art. 1.696 do Código civil, de que “*O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros*”. O dever aqui se circunscreve tão somente à prestação de alimentos recíprocos. Forçoso sustentar uma responsabilidade penal com base nesse preceito.

Aos avós cabe sustentar a posição de garantidor quando convivam em uma comunidade de vida, isto é, quando vivam efetivamente na família e estejam, exclusiva ou compartilhadamente, em supervisão das crianças.<sup>423</sup> Para Tavares, no entanto, não há no direito brasileiro qualquer disposição legal que obrigue aos avós deveres de cuidado, proteção ou vigilância em relação aos netos menores. Deve prevalecer, nesse caso, seguindo critérios

---

<sup>422</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 859. No Brasil, há precedentes sobre o tema: REVISÃO CRIMINAL. DECISÃO CONTRÁRIA AO TEXTO DE LEI. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. GENITORA. OMISSÃO. CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO. FIGURA DO "GARANTIDOR". PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ABUSO. INÉRCIA CONFIGURADA. A omissão pode constituir elemento do tipo penal (crime omissivo próprio ou puro) ou apenas forma de alcançar o resultado previsto em um crime comissivo (crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão). Nestes casos, a conduta descrita no tipo é comissiva, mas o resultado ocorre por não o ter impedido o sujeito ativo. No crime omissivo impróprio o resultado pode ser atribuído ao omitente tanto por uma inércia dolosa quanto culposa (desde que também punível a título de culpa). A omissão só é "penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado" (CP, art. 13, § 2.º), colocando-se na figura do "garantidor". Este tem o dever de engendrar esforços para, ao menos, tentar evitar o resultado. São distintas as figuras da omissão imprópria e da participação por omissão. Enquanto na primeira o "garantidor" age como verdadeiro autor da omissão, da qual decorre o resultado, na segunda o partícipe, desejando resultado, limita-se a se omitir para auxiliar a sua consecução. Somente nesta pode-se cogitar da participação de menor importância. *Age com verdadeira omissão dolosa a mãe que - "garantidora" legal do dever de cuidado, zelo e proteção da prole (CP, art. 13, § 2.º, a)- flagra o companheiro abusando sexualmente da filha e a abandona sem tomar qualquer providência.* PEDIDO IMPROCEDENTE. (TJ-SC – Revisão Criminal n. 20130303449 SC 2013.030344-9 (Acórdão), Relator: Roberto Lucas Pacheco, data de julgamento: 26/11/2013, Seção Criminal Julgado). Destaque acrescentado.

<sup>423</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 863.

probatórios próprios da espécie, a posição por assunção voluntária.<sup>424</sup> A controvérsia sobre o caso de filhos havidos fora do casamento foi superada pela norma do art. 227, § 6º da Constituição Federal, que iguala em direitos filhos tidos no casamento com aqueles havidos fora dele, ou ainda os adotados.<sup>425</sup> Parentes em linha colateral não assumem a posição de garantidor por inexistir disposição legal que o imponha, no máximo o podendo ser por assunção voluntária do dever.<sup>426</sup>

Uma celeuma adicional parece recair sobre a obrigação paterna de evitar atos lesivos produzidos por seus filhos. À primeira vista, como esclarece Tavares, o pai não estaria obrigado só por situar-se na condição de ascendente, mas sim, nos termos do caso concreto, pelo fato cometido, tendo de ser avaliados o comportamento do pai e o grau de autodeterminação dos filhos.<sup>427</sup> O mesmo afirmado sobre a admissão de transferência do dever, para o caso do dever de vigilância sobre subordinados, vale aqui na relação entre ascendente e descendente. Podem os pais passar seu dever de proteção a outras pessoas, como à escola, babá etc., não liberando, em todo caso, os filhos do controle dos pais.<sup>428</sup> A garantia dos destinatários da transferência nasce, portanto, de outro vínculo, seja por assunção voluntária ou ingerência.

### c) A relação entre cônjuges

O inciso III do artigo 1566 do Código civil estabelece, entre outros como o respeito e consideração mútuos, que é dever de ambos os cônjuges a mútua assistência. Resta saber se esse dever acarreta efeitos penais de cuidado, proteção ou vigilância. De acordo com Tavares, esse dever impõe a posição de garantidor ao cônjuge a fim de evitar resultados lesivos ao outro. De outro modo, não é admissível o dever de garantia em face de terceiros, dado ser aí abarcado pelo princípio da autorresponsabilidade. Tal dever, entretanto, cessa com o divórcio, que dissolve a sociedade conjugal, bem como no caso de separação de fato, quando também cessa a obrigação de assistência.<sup>429</sup> Após o divórcio a assistência somente pode se fundar por

<sup>424</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 323.

<sup>425</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 323.

<sup>426</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 324.

<sup>427</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 323.

<sup>428</sup> ROXIN, *Derecho penal* (Tomo II), op. cit., p. 859.

<sup>429</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., pp. 324-325. Tavares lembra que “*Antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, que instituiu o divórcio direto (art. 226, § 6º, CF), havia, no direito brasileiro, uma forma de extensão temporal da posição de garantidor: na separação decorrente da ruptura da vida em comum ou quando um dos cônjuges estivesse acometido de grave doença mental, o dever de assistência era imposto ao*

assunção voluntária. Frise-se, ainda, que nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição, tal dever também se estende àqueles em união estável.<sup>430</sup>

### 7.1.3.2. Quem, de outro modo, assumiu a responsabilidade em evitar o resultado<sup>431</sup>

A alínea “b” do parágrafo segundo do art. 13 do Código penal prevê que incumbe o dever de agir para evitar o resultado a quem “*de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*”. Trata-se de modalidade segundo a qual, por decorrência de um contrato ou outro ato voluntário, assume-se a responsabilidade de evitar o resultado. Nesse caso, espera-se uma especial confiança na execução da ação mandada.<sup>432</sup> O contrato, por si só, não garante a caracterização da posição de garantidor. Requer-se, sobretudo, que do contrato decorra a assunção fática da responsabilidade. A babá, contratada, mas que não assume seu posto, não responde pelas lesões que a criança venha a sofrer por sua falta de vigilância, como no exemplo que apresenta Munhoz Netto.<sup>433</sup> Tal confiança recíproca pode permanecer hígida mesmo após a extinção do contrato, como no caso do médico ou da enfermeira que, tendo cumprido seu turno, aguarda a troca de posto.<sup>434</sup>

Cabe, na análise de tal dispositivo, apontar o sentido e o alcance da expressão ter assumido “*de outra forma*” a responsabilidade. Pela tradicional teoria formal do dever, tal inciso limitar-se-ia às relações contratuais. Não obstante, mesmo que não haja contrato, por exemplo, alguém que começa a ajudar uma pessoa cega a atravessar a rua assume voluntariamente a responsabilidade de levá-la para o outro lado da via, não podendo deixá-la no meio do caminho.<sup>435</sup> De acordo com Bierrenbach, deve ser interpretado como “*assunção voluntária da custódia*”,<sup>436</sup> isto é, independentemente de contrato escrito, registrado, público ou privado, ou de qualquer outra formalidade. Pode-se mencionar, segundo a autora, os

---

*cônjuge que tivesse tomado a iniciativa da separação (Lei 6.515/1977, art. 26). Esse dispositivo não foi recepcionado pela norma constitucional, de modo que, depois do divórcio, a assistência só pode ser fundada por assunção voluntária do outro cônjuge*”. Cf. TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 324.

<sup>430</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 325.

<sup>431</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., pp. 100-101.

<sup>432</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 28. Para Zaffaroni e Batista: “*verifica-se claramente que a fonte do dever de agir reside na confiança imanente à assunção voluntária, e não do contrato, dispensável a confiança recíproca: para a responsabilização do salva-vidas que omite resgatar o banhista que se afoga é irrelevante se a vítima conhecia a vigilância e nela confiava*”. Cf. ZAFFARONI; BATISTA et al., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., p. 362.

<sup>433</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 28.

<sup>434</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 28.

<sup>435</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 28.

<sup>436</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 79.



seguintes exemplos: da babá em relação à criança sob sua responsabilidade; do salva-vidas em relação aos banhistas; da enfermeira em relação aos pacientes sob sua observação etc.<sup>437</sup> Além de evitar os danos à pessoa sob a qual se tenha o dever de vigilância, a posição de garantia estende-se a evitar os perigos que tais pessoas submetidas à obrigação venham a causar a terceiros.<sup>438</sup> Nesse âmbito, incluem-se professores, médicos, enfermeiros etc., em relação a fatos típicos cometidos por alunos civilmente incapazes e/ou doentes sob sua responsabilidade, respectivamente.<sup>439</sup>

Em que pese não haver necessidade de formalidade em relação à assunção da responsabilidade de impedir o resultado, é necessário que fique bem caracterizada a voluntariedade, isto é, a intenção da custódia do bem jurídico penalmente tutelado, como correção merecida pela análise à luz do critério material. Em relação ao contrato, Zaffaroni e Batista enaltecem o fato da reforma penal ter deixado de lado um conceito formal e fechado dessa modalidade de negócio jurídico em prol de “*assunção voluntária*”, que em outras palavras é imputar-se, avocar para si, arcar etc. Decisivo é a assunção, seja escrita ou verbal, não a formalidade.<sup>440</sup> Inclusive pessoas absolutamente incapazes poderiam assumir tal posição. Veja-se o exemplo da babá com 15 anos de idade, contratada para tomar conta de uma criança. Ainda se deve destacar o fato da violação do dever de garantidor não se confundir com violação de cláusulas contratuais.<sup>441</sup> Também se aponta que, mesmo o contrato sendo nulo, caso assuma a responsabilidade, restará intacto o dever de evitar o resultado. É, em outras palavras, putativo para os fins do inciso II do art. 13, § 2º do Código penal, ainda subsistindo a posição pela qual voluntariamente se avocou.<sup>442</sup>

A assunção fática da responsabilidade que, como se viu, independe de formalidade, pode se expressar de diversos modos. Tavares sintetiza cinco decorrências: a) a vida em comunidades fechadas; b) a prática comum de certas atividades; c) o exercício profissional, como a relação médico-paciente; d) a assunção unilateral; e e) o exercício de um serviço ou função pública.<sup>443</sup> A vida em comum, por si só, não fundamenta a posição de garantidor, haja vista não haver nenhuma disposição legal nesse sentido. Somente se ficar demonstrada a assunção fática da responsabilidade é que seria possível de ser sustentada.<sup>444</sup> No âmbito do

<sup>437</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 79.

<sup>438</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 29.

<sup>439</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 80.

<sup>440</sup> ZAFFARONI; BATISTA et all., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., pp. 361-362.

<sup>441</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 326.

<sup>442</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 79.

<sup>443</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., pp. 327 e ss.

<sup>444</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 328. Reale Jr. ainda acresce: “O ‘dever de comunidade’ tem validade no plano ético, mas quando se passa à perspectiva de que o dever de agir é dado constitutivo do

exercício comum de atividades encontram-se os famosos casos do alpinista, das atividades exploratórias etc. Nessa hipótese, aqueles que se colocam a perigo o conhecem previamente. Funda-se a garantia no princípio geral de solidariedade entre os participantes da mesma atividade. Igualmente depende da assunção fática da responsabilidade.<sup>445</sup> Não se incluem nessas atividades o uso em comum de substâncias psicotrópicas, no qual cada um atua individualmente, subsistindo apenas um dever geral de assistência.<sup>446</sup> A relação médico-paciente inclui a situação em que o profissional da saúde assume o tratamento, seja pessoalmente ou por outro meio, como telefone, internet etc. Em virtude da confiança, Tavares conclui que a posição de garantidor começa na promessa e acaba quando do término do tratamento ou do rompimento do acordo pelo paciente.<sup>447</sup> A assunção unilateral da proteção diz respeito a quem por sua própria decisão, ainda que sem anuência da vítima, decide assumir a garantia do bem jurídico. Aqui entra o exemplo daquele que se compromete

---

*tipo, a conclusão apenas pode ser no sentido de que seu significado amplo e aberto contraria a exigência da reserva legal*". Cf. REALE JR., Miguel. **Parte geral do Código penal (nova interpretação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47.

<sup>445</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 329.

<sup>446</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 329. Assim a jurisprudência, em que pese trazer variantes para o caso da ingerência, refere-se ao uso em comum de drogas: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "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". 2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina. 3. Por outro lado, *narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal*. 4. Ainda que se admita a *existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa*. 5. Associada à *teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta*. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexos de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 46525 MT 2005/0127885-1, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 21/03/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/04/2006 p. 245). Destaques acrescentados.

<sup>447</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 329.

a ajudar um cego a atravessar a rua.<sup>448</sup> E, por fim, o caso de funcionários públicos em que a assunção da posição de garante se dá pela aceitação dos encargos relativos à função pública. É o caso de funcionários de agências de proteção ambiental em relação à observação de cumprimento de regras destinadas a não contaminação do ar ou águas por parte das indústrias. Da mesma forma, os agentes policiais em relação a bens jurídicos de particulares. Basta que se caracterize a indispensabilidade de proteção concreta, sem a necessidade de demanda por parte dos indivíduos. Pressupõe que o funcionário esteja em condições de atendê-lo, pela proximidade do local ou pela facilidade de acesso.<sup>449</sup>

A doutrina<sup>450</sup> também aponta como passível de subsunção à alínea “b” do dispositivo ora em comento a promessa. Questiona-se se desde a promessa já assumiria o indivíduo a posição de garantidor quando, eventualmente, surgisse a necessidade do implemento do dever de evitar o resultado. Como no exemplo da babá que promete iniciar sua atividade em determinado horário, mas não o faz ou o médico que desde a manifestação verbal em relação ao início do tratamento já seria garante.<sup>451</sup> Concordamos com Tavares, para quem essa hipótese deve ser rechaçada. Importaria ela, na prática, a constituição do dever de garantia com base exclusiva na manifestação de vontade e não na assunção real.<sup>452</sup>

#### 7.1.3.3. Quem, por comportamento anterior, criou o risco que se deve evitar no resultado (ingerência)<sup>453</sup>

Por fim, encontra-se na alínea “c” do art. 13, § 2º, do Código penal, com a previsão de que incumbe também evitar o resultado ou o perigo de lesão a quem, “*com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”. Trata-se da hipótese conhecida dogmaticamente como ingerência, isto é, quando determinada pessoa, por comportamento anterior, criou o risco da ocorrência de determinado resultado lesivo ou perigoso a determinado bem jurídico. Segundo Munhoz Netto, decorre do princípio geral de direito de não lesar a outros (*nemine laede*).<sup>454</sup> No entanto, no sentido do que já afirmou

<sup>448</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 330.

<sup>449</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 331.

<sup>450</sup> Na Alemanha Kristian KÜHL e Hans-Joachim RUDOLPHI, citados por TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 326.

<sup>451</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 326.

<sup>452</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 327.

<sup>453</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., pp. 101-102.

<sup>454</sup> MUNHOZ NETTO, **Os crimes omissivos no Brasil**, op. cit., p. 29.

Romeo Casabona, por essa fonte de dever de garantia é que se expressa, de maneira mais pungente, a expansão do poder punitivo, abalando, sobremaneira, o princípio da intervenção mínima.<sup>455</sup> Isso se deve ao fato desta posição de garantia se mover em verdadeira “*areia movediça*”<sup>456</sup> no âmbito da dogmática penal. Cada autor atribui a ela conteúdo e limites diferentes.

Como esclarece Roxin, esta estrutura que remonta ao século XIX foi, desde o princípio, problemática.<sup>457</sup> E isso, em grande parte, deve-se à adoção da teoria formal do dever jurídico, segundo a qual a existência do dever nasceria de leis ou de previsões contratuais de evitar o resultado. Mas como o dever poderia nascer do plano do ser, sendo que desde Kant e Hume sabe-se não se poder derivar o *ser* do *dever-ser* e vice-versa.<sup>458</sup> A grande controvérsia, aqui, gira em torno da qualificação do atuar precedente. A doutrina até hoje não chegou a um consenso sobre se o agir anterior, que cria perigo ao bem jurídico penalmente tutelado, deve ser ou não típico, ilícito, injusto ou somente antijurídico, culposo, doloso, contrário ao dever etc.<sup>459</sup>

A superação da teoria formal, como já se explorou anteriormente, parte da filtragem da posição de garantidor por dois critérios materiais: a) a assunção de uma função de proteção; e b) o dever de controle de fontes de perigo.<sup>460</sup> O primeiro é inerente a cada relação de proteção, como no exemplo dos pais e filhos. Já o segundo diz respeito ao caso de criação de riscos e fontes de perigos controláveis por quem as criou, dado que ao Estado não seria possível controlar todas as consequências perigosas que trazem riscos à segurança de seus cidadãos. Para Roxin, a ingerência encontrar-se-ia no segundo grupo, sendo possível, a partir dele, explicá-la de forma satisfatória.<sup>461</sup>

---

<sup>455</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal. In. AAVV. **Política Criminal y Reforma penal**: homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 1993, p. 925.

<sup>456</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 83

<sup>457</sup> ROXIN, Claus. **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**. Lima: ARA Editores, 2009, p. 14.

<sup>458</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 14. Cf. KANT, Immanuel. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, pp. 35 e ss. Como Hume já expôs: “A proposição que estabelece que as causas e os efeitos não são descobertos pela razão, mas pela experiência, será prontamente admitida em relação àqueles objetos os que nos recordamos e que certa vez nos foram completamente desconhecidos, porquanto devemos ter consciência de nossa absoluta incapacidade de prever o que surgiria deles”. HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Edusp, 1972, p. 32.

<sup>459</sup> BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 81.

<sup>460</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 15.

<sup>461</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 15.

Nessa linha, propõe o autor uma série de limitações à ingerência a partir da teoria da imputação objetiva,<sup>462</sup> levando em conta que “*a simples causalidade do atuar precedente (...) não pode fundamentar um dever de evitação do resultado*”.<sup>463</sup> Por isso, a conclusão a que chega Roxin é a de que a “*imputabilidade objetiva do atuar precedente causador do perigo é o pressuposto decisivo para a fundamentação de uma posição de garante*”.<sup>464</sup> Isto é, somente aquele ao qual se possa imputar o perigo criado é o responsável por evitar que de tal perigo resulte dano. O atuar precedente deve ser, então, objetivamente injusto, o que importa em afirmar que não há posição de garante se: a) a ação precedente não criou nenhum risco juridicamente relevante para a vítima; b) a ação precedente se mantém dentro do risco permitido; c) falta uma relação final de proteção entre a ação precedente e o resultado; d) o perigo provocado pela ação precedente provém unicamente do âmbito de responsabilidade da vítima; e) a criação do risco esteja justificada por legítima defesa; ou ainda f) esteja justificada por estado de necessidade.<sup>465</sup>

Com base nos fundamentos e na principiologia do direito penal contemporâneo, esta parece ser a solução mais lógica e acertada, principalmente quando levada em comparação com a posição de Jakobs. Para este autor, a ingerência estaria dentro do âmbito dos deveres decorrentes da responsabilidade por organização, devendo o obrigado preocupar-se que seu âmbito de organização não gere efeitos danosos a terceiros.<sup>466</sup> O dever seria independente daquele que está ameaçado pelo perigo. Como no exemplo: o empresário tem o dever de deter a atividade de seus trabalhadores no caso de se encontrarem demolindo um muro, quando estejam próximas pessoas que não estão respeitando o limite regulamentar de segurança. Assim, o dever independeria se a evitação do dano fosse possível causalmente ou mesmo sem uma conduta anterior objetivamente imputável. Um condutor de veículo que vê seus freios falharem de surpresa deve fazer o possível para evitar danos daí decorrentes.<sup>467</sup> Pela perspectiva de Jakobs, praticamente não há limites para o atuar precedente, não sendo requerido que os deveres de segurança refiram-se a coisas tipicamente perigosas, desde que

<sup>462</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 13.

<sup>463</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 16. No original: “*la simple causalidad del actuar precedente (...) no puede fundamentar un deber de evitación del resultado*”.

<sup>464</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 17. No original: “*la imputabilidad objetiva del actuar precedente causante del peligro es el presupuesto decisivo para la fundamentación de una posición de garante*”.

<sup>465</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., pp. 18-25.

<sup>466</sup> O sistema de imputação de Jakobs não traz qualquer referência ao bem jurídico, mas tão somente ao âmbito de vigência da norma. Cf. JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal: Fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª ed. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. op. cit., p. 47.

<sup>467</sup> JAKOBS, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 973.

estejam dentro do âmbito de organização do sujeito responsável.<sup>468</sup> O dever aqui, resume-se a “*contactos, socialmente adecuados, del ámbito de organización, que amenazan dañar a outro*”.<sup>469</sup>

A análise de Roxin, portanto, partindo do pressuposto de que deve ser levada em consideração uma conduta precedente objetivamente imputável, postulando, sob essas circunstâncias, não haver posição de garante nas hipóteses em que a ação precedente não tiver criado risco para o bem jurídico,<sup>470</sup> parece a mais ajustada aos objetivos aqui propostos de limitação da intervenção punitiva no âmbito da liberdade individual. A abrangência sem limites do atuar precedente apenas justifica e racionaliza a expansão do sistema repressivo, o que seria um contrassenso sustentar frente a crítica até aqui apresentada.

#### 7.1.4. Possibilidade de agir para se evitar o resultado<sup>471</sup>

Além dos requisitos anteriormente tratados, aponta-se ainda como pressuposto dos crimes omissivos impróprios a possibilidade real de atuar para se evitar o resultado danoso ao bem jurídico penalmente tutelado.<sup>472</sup> Ao direito não cabe exigir que, para se evitar um resultado, aquele que tenha o dever se sacrifique para salvar bem jurídico de outrem. O pai que não sabe nadar não precisa expor-se a perigo para salvar o filho que se afoga. Mas não é de todo modo isento de responsabilidade, devendo buscar ajuda de quem possa. O que se impõe sob essa perspectiva é a premente vedação à lei de impor deveres faticamente impraticáveis. A inexistência da possibilidade de agir, para Tavares, “*não opera um poder de controle exigível ao omitente, porque a obrigação de proteção não pode implicar a eliminação do próprio obrigado, o que lhe retira a qualidade de garantidor*”.<sup>473</sup> Frise-se que a possibilidade de agir difere-se da capacidade individual de realizar a conduta exigida pela norma. A possibilidade liga-se, mediatamente, ao *desvalor do resultado*, em relação à sua

<sup>468</sup> JAKOBS, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 975.

<sup>469</sup> JAKOBS, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 973. Ainda para Jakobs: “*El comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso*”. Cf. JAKOBS, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 974.

<sup>470</sup> ROXIN, **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**, op. cit., p. 16-17.

<sup>471</sup> Anteriormente, com algumas modificações, em SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva**, op. cit., pp. 102-104.

<sup>472</sup> MANTOVANI, **Diritto penale**, op. cit., p. 138. Para Mantovani, “*L’omissione presuppone, inoltre, la possibilità concreta di adempiere il dovere di fare, trovando questo il proprio limite logico nell’impossibilità materiale di essere adempiuto (ad impossibilia nemo tenetur), la quale può dipendere da condizioni personali psico-fisiche (macanza di attitudini fisiche, ad es., a socorrere il bagnante di chi non sa nuotare) o esterne (es.: eccessiva distanza dal luogo del soccorso)*”.

<sup>473</sup> TAVARES, Juarez **Teoria do crime culposos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

evitação, enquanto que a capacidade está para os delitos de mera inatividade, como ocorre, por exemplo, nos delitos de sonegação fiscal, em que não se é tão importante a possibilidade fática, mas a capacidade de pagar, de prestar a informação etc.<sup>474</sup>

Em relação à possibilidade de agir, é preciso que o sujeito esteja em condições psicofísicas de realizar a ação mandada pela norma. Segundo Tavares, a aferição de tal circunstância deve ser pautada segundo “*as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente*”.<sup>475</sup> Bacigalupo, em estudo monográfico sobre o tema, contrariamente a Welzel e Kaufmann, aponta a possibilidade de evitar o resultado como pressuposto da posição de garante e não como seu limite. Para o autor, “*se pode ser garante somente na medida em que se está em condições de evitar o resultado*”.<sup>476</sup>

Partindo dessa premissa, Bacigalupo divide a possibilidade de evitar o resultado em dois elementos sem os quais não é possível sequer analisar se o sujeito possuía ou não o dever de garantia: a) a possibilidade física real de evitação; e b) os pressupostos intelectuais da idoneidade da evitação.<sup>477</sup> Assim, não se pode garantir a proteção de um bem jurídico além do que permitem os limites da própria realidade. Aqui opera a possibilidade física de atuar. Tal elemento funciona mediante um juízo hipotético, a ser verificado no caso concreto com base nos conhecimentos próprios da pessoa obrigada, em nível de probabilidade, em que a ação que deveria ser realizada pelo omitente teria evitado a lesão, com uma segurança próxima aos limites da certeza.<sup>478</sup> Em outra vertente do mesmo fenômeno estão os pressupostos intelectuais, que se referem ao conhecimento do autor de determinadas circunstâncias em relação ao dever de garantia. O primeiro elemento intelectual, segundo Bacigalupo, seria o conhecimento da tipicidade, isto é, a percepção de que com determinada omissão um bem jurídico possa ser lesionado. Para o autor não basta apenas um “*ter de conhecer*” ou um

---

<sup>474</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 352.

<sup>475</sup> TAVARES, *Teoria do crime culposo*, op. cit., p. 487.

<sup>476</sup> BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, op. cit., p. 111.

<sup>477</sup> BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, op. cit., p. 125.

<sup>478</sup> BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, op. cit., p. 125. Sobre os pressupostos e consequências lógicas e filosóficas desse abstrato conceito não nos cabe aqui, entretanto, explorar. A pretensão de se analisar um conceito como “próximo à certeza” levaria, em última análise, a discussão epistemológica sobre a verdade que remonta ao idealismo de Platão (sobretudo em “A República”). Contemporaneamente, muito tem contribuído a filosofia da linguagem na discussão, evidenciando aspectos mais práticos da lógica da língua corrente, principalmente a partir das investigações de Ludwig Wittgenstein que, pretendendo traçar limites para o pensar, conclui que este somente poderá ser traçado na linguagem, na qual repousa as balizas do pensamento, através da constante prática da análise do significado. Vide o prefácio do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EdUsp, 2001, p. 131.

“*poder conhecer*”, mas uma consciência concreta da ação requerida pela norma mandamental, e não de qualquer outra.<sup>479</sup>

Em um segundo momento, cabe analisar, agora sim, o potencial conhecimento dos meios aptos para realizar a ação mandada pelo ordenamento jurídico. Note-se que, para Bacigalupo<sup>480</sup>, a idoneidade da atuação para se evitar o resultado não se altera com o conhecimento do sujeito dos meios de agir, reservando-se essa questão tão somente para a análise do dolo ou da culpa. Entretanto, os meios que pela situação fática do agente não se possa implementar, não devem conduzir à conclusão pela possibilidade de atuar. Nesse sentido, o exemplo do filho que está se afogando, sendo observado pela mãe que não sabe nadar. No caso da progenitora entrar na água com a intenção de salvar seu filho estará expondo sua própria vida, uma vez que sabia, de antemão, não ter condições para o salvamento. Em caso de eventual morte do filho, não há qualquer cabimento de se criminalizar a omissão da mãe tendo em vista que a mesma não possuía condições reais de salvamento. No entanto, não a exime de procurar outras formas de salvá-lo, como procurar a ajuda de terceiros.

Sintetizando o até agora exposto, sob a perspectiva da probabilidade de evitação do resultado decorrente dos limites de atuação do sujeito obrigado, e tomando posição própria, Busato afirma que:

*é necessário firmar posição no que se refere à probabilidade de que a ação realizada interfira com o resultado. Posições diferentes firmaram-se a respeito de se o que se exige é que, caso a ação tivesse lugar, o resultado certamente não se teria produzido, se basta uma probabilidade próxima da certeza ou até se simplesmente basta que se comprove que a ação teria reduzido o perigo. Nesse sentido, parece mais correta a solução de que o resultado não será imputável se a diminuição do risco aparece como algo possível tão somente segundo uma consideração ex ante, mas será imputável se, também segundo uma consideração ex post, se comprovar que aquela diminuição se teria efetivamente verificado.*<sup>481</sup>

Aproxima-se Busato, quanto aos limites da capacidade de agir, isto é, quanto à probabilidade de evitação do resultado, da ideia da teoria da imputação objetiva do resultado, em relação ao critério da diminuição do risco. Parece a opção mais viável, assim como o faz, recorrer à teoria da imputação. Para Tavares, “*o condicionamento do processo de imputação faz parte do sistema de comportas, através do qual se pretende delimitar a intervenção*

---

<sup>479</sup> BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 126.

<sup>480</sup> BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 127.

<sup>481</sup> BUSATO, **Direito penal**, op. cit., p. 294.



*estatal*”.<sup>482</sup> Concorde-se, desse modo, com este autor, para quem a exigência da possibilidade de agir não está relacionada com a tipificação de condutas omissivas, mas antes se apresenta como condição sem a qual se torna impossível o processo de imputação do resultado, no caso da omissão imprópria. Trata-se de critério por meio do qual se analisa a *realização do risco do resultado*, haja vista a possibilidade de agir referir-se à evitação do resultado.<sup>483</sup>

### 7.1.5. Crítica ao modelo tradicional

O modelo tradicional de atribuição da responsabilidade nos crimes omissivos impróprios, como se viu, não exige, *prima facie*, nem a causalidade da omissão, nem a valoração desta por critérios normativos de imputação do resultado.<sup>484</sup> A primeira observação que se deve tecer é que não se pode confundir dever de agir, ou posição de garantidor, com a imputação do resultado. O dever somente diz respeito ao *desvalor da ação*, analisado segundo critérios *ex ante*.<sup>485</sup> Sobre o *desvalor do resultado*, que se analisa *ex post*, nada é possível dizer apenas com a análise do dever de agir. Este, por seu turno, pode subsistir mesmo que não haja imputação do resultado.<sup>486</sup> O pai que, somente *ex post*, verifica que não poderia, de toda forma, salvar o filho que se afogava, continua tendo o dever de agir. No entanto, verificando-se o resultado morte, há de se apontar que este não pode ser imputado ao omitente.<sup>487</sup>

Além disso, há que se concordar com Rocha no sentido de que abrir mão do exame do nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios é uma escolha teórica e não por impossibilidade concreta de pleitear causalidade na omissão.<sup>488</sup> Aliás, parece ter sido a escolha do próprio legislador da parte geral de 1984 submeter a omissão à causalidade quando, no *caput* do art. 13 do Código penal, afirma considerar “*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Segundo Reale Jr., por essa disposição, o Código

<sup>482</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 354.

<sup>483</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 354.

<sup>484</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 184.

<sup>485</sup> GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal. In. LEITE, Alaor (org.) *Reforma penal. A crítica científica à parte geral do projeto de Código penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109. Originalmente em GRECO, Luís. Kausalität- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikt. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Aufgabe 8-9/2011, p. 676.

<sup>486</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 184.

<sup>487</sup> GRECO, *Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal*, op. cit., p. 109.

<sup>488</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 184. Ainda segundo Rocha: “*quem é contra a causalidade da omissão tem o ônus argumentativo de demonstrar a inexistência de incompatibilidade dessa orientação com o texto do Código penal, tarefa que nos parece de difícil êxito*”. Cf. ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 196.

admitiu a omissão como causa, “*pois o impedimento assume caráter causal como fenômeno de ausência, que teria interrompido o curso causal em desenvolvimento*”.<sup>489</sup> Perguntar-se-ia, portanto, se a interferência do atuar de quem possui o dever teria evitado o resultado.

Os critérios propostos pelo modelo tradicional esbarram, desse modo, nos casos em que, mesmo não havendo divergência quanto ao dever de agir, não se sabe de plano se a conduta mandada evitaria ou não o resultado. Resta saber, aqui, se a conduta ordenada pela norma poderia, no exame do caso concreto, ter evitado o resultado. Segundo Rocha, não basta afirmar que para se responder pelo resultado é suficiente o preenchimento dos requisitos ora apontados pela doutrina tradicional. A desnecessidade do critério da evitação do resultado demanda uma motivação específica.<sup>490</sup> Partindo-se do pressuposto de que não se pode confundir *desvalor da ação* (dever de agir) com *desvalor do resultado*, não se pode considerar a relação de causalidade, por exemplo, como limitadora da posição de garantidor, mas sim como limitadora da responsabilidade, ao se excluir a atribuição do resultado que não decorra da conduta do sujeito ativo.<sup>491</sup> Por isso, a necessidade de critérios adicionais de imputação do resultado.

Veja-se o exemplo do carnavalesco e dos fogos de artifício apresentado no início do texto:

*um carnavalesco mantém várias caixas de fogos de artifício em sua residência, sem as cautelas necessárias para tanto. Um convidado, ao manipular tais fogos de maneira inadequada, deflagra a explosão dos mesmos, atingindo outras pessoas que estavam no recinto e provocando lesões.*<sup>492</sup>

Pelo modelo tradicional, por seu comportamento anterior de ter em depósito fogos de artifício sem o cuidado necessário, o carnavalesco estaria na posição de garantidor pelo disposto no art. 13, § 2º, alínea “c”, do Código penal. Não nos parece ser assim tão simples. Em primeiro lugar porque o carnavalesco não iniciou a ação arriscada e, em segundo, a atuação do carnavalesco foi substituída pelo comportamento do convidado, este sim, relevante para a ocorrência do resultado.<sup>493</sup> A única possibilidade de se limitar tal responsabilidade seria pela adoção de critérios normativos de imputação.

---

<sup>489</sup> REALE JR., **Parte geral do Código penal**, op. cit., p. 43.

<sup>490</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 185.

<sup>491</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 186.

<sup>492</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 334.

<sup>493</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 334.

## 7.2. MODELO RESTRITIVO<sup>494</sup>

Ao lado da corrente dita tradicional e com base nas críticas anteriormente apresentadas, há outro grupo de propostas que exige para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, além dos requisitos tradicionais, conforme elencados acima, a necessidade do exame da relação de causalidade entre a conduta omitida e o resultado, além de sua limitação de regresso *ad infinitum* por critérios normativos de imputação objetiva.<sup>495</sup> Preferimos denominá-lo de modelo restritivo, visto que demanda a prova de mais requisitos a fim de fundamentar o tipo objetivo, deste modo limitando o exercício do poder punitivo estatal. Representante deste grupo de propostas, entre outros, é Roxin. Para o penalista alemão:

*la realización de un riesgo no permitido, que en los delitos comisivos fundamenta junto a la causalidad a imputación, también se produce ciertamente en el delito omisivo consumado. Pero aquí el omitente encuentra previamente el riesgo ilícito en la situación típica y no lo crea él mismo.*<sup>496</sup>

Sobre essa assertiva discorrer-se-á a seguir.

Uma advertência preliminar é necessária. No contexto da incorporação de teorias estrangeiras à nossa realidade, urge demandar uma série de prévias precauções e, ao mesmo tempo, de observação obrigatória: além da necessidade de adaptação aos problemas específicos oriundos da realidade social e política, a boa compreensão de seus pressupostos materiais sempre deve ser o ponto de partida.<sup>497</sup>

O primeiro critério a ser abordado, em seus pressupostos, é o da causalidade, para, a seguir, tecer-se considerações a respeito da teoria da imputação objetiva. De fato, desde o estudo publicado no livro em homenagem a Honig, Roxin reivindicou o abandono substancial das premissas causalistas e ontológicas, tidas como insuficientes para explicar a atribuição da responsabilidade penal. Nessa perspectiva, encontra-se a causalidade. Roxin demonstra que o critério da “*conditio sine qua non*” é deficiente em responder, *somente em si considerada*,

<sup>494</sup> O conteúdo deste tópico, em sua integralidade, já foi objeto de nosso estudo anteriormente, com algumas modificações, em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 531 e ss.

<sup>495</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 187.

<sup>496</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo II), op. cit., p. 815.

<sup>497</sup> Acerca das precauções no estudo da legislação estrangeira e do direito comparado, vide: ANCEL, Marc. **Utilidades e métodos do direito comparado**. Trad. Sérgio Porto. Porto Alegre: SAFE, 1981, pp. 111 e ss.; PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. Paris: Dalloz, 1995, pp. 30 e ss.

uma série de interrogantes retiradas da *praxis*, dentre elas, as condizentes aos desvios dos cursos causais, à causalidade da cumplicidade e dos próprios crimes omissivos impróprios.<sup>498</sup>

Todavia, não abriu mão desse critério, vindo a teoria do citado teórico propor correções. Por isso, considerar a teoria da condição como “*invenção infeliz*”<sup>499</sup> não parece correto, como há quem sustente na doutrina brasileira, pleiteando, com isso, o abandono da exigência da relação de causalidade nos Códigos penais.<sup>500</sup> A causalidade é o pressuposto sobre o qual recaem os critérios corretivos propostos por Roxin. Em assim sendo, uma boa compreensão da teoria da equivalência dos antecedentes causais é imprescindível para auferir a necessidade de correções normativas, promovidas pela doutrina, limitando-se com isso a responsabilização penal, em especial nos delitos comissivos por omissão.<sup>501</sup>

### 7.2.1. Fundamentos dogmáticos do nexo de causalidade

Entre determinadas circunstâncias de fato e cada dispositivo legislativo de direito penal faz-se presente a sistemática do fato punível.<sup>502</sup> Isso se deve ao fato de ser necessária – tanto para o estudo acadêmico do direito penal como para a prática profissional – a aceitação de um esquema uniforme para o exame da punibilidade de ações e omissões.<sup>503</sup> Tratam-se dos imperativos da segurança jurídica e da calculabilidade das decisões, tão relevantes para o Estado constitucional. Pode-se inclusive afirmar que a necessidade da teoria do fato punível para o direito penal esteja incluída no dever geral de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.<sup>504</sup> O simples conhecimento da lei não

<sup>498</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., pp. 150-151.

<sup>499</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 151.

<sup>500</sup> Como propõe JESUS, Damásio. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 30-31.

<sup>501</sup> Na própria jurisprudência nacional, a necessidade de prova do nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios é utilizada para se afastar e restringir a responsabilidade penal. Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL - RAZÕES DE APELAÇÃO INTEMPESTIVAS - MERA IRREGULARIDADE - HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO CULPOSO - **INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NEXO CAUSAL - ABSOLVIÇÃO**. INTERPOSTA A APELAÇÃO NO PRAZO LEGAL, EVENTUAL ATRASO NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES TRADUZ MERA IRREGULARIDADE. PARA A CONDENAÇÃO POR CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO É NECESSÁRIA A PROVA DA EXISTÊNCIA DE UM NEXO DE EVITAÇÃO ENTRE A ATITUDE DEVIDA E O RESULTADO LESIVO. NÃO FEITA A PROVA, A ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS SE IMPÕE. (TJ-DF - ACR: 20010310058123 DF, Relator: Sérgio Bittencourt, Data de Julgamento: 26/01/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 10/05/2006 Pág. : 106). Destaque acrescentado.

<sup>502</sup> NAUCKE, Wolfgang. **Derecho penal**: una introducción. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 284.

<sup>503</sup> NAUCKE, **Derecho penal**, op. cit., p. 283.

<sup>504</sup> “Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (in omissis) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a*

é suficiente para a resolução de problemas penais. Uma interpretação literal do art. 13 do Código penal não nos permitir inferir todas as vicissitudes que envolvem o nexo de causalidade. O manejo da lei dirige-se por um pensamento penal construído ao longo de vários anos<sup>505</sup> que, inclusive, transcende a própria legislação nacional.<sup>506</sup>

É nesse ínterim que a teoria da causalidade se insere, como elemento da teoria do fato punível. No decorrer da história da dogmática penal, as escolas muito debateram se deveria ser ela integrante da teoria da conduta ou da teoria do tipo. Roxin, incluindo-a no âmbito do tipo objetivo, deixa evidente que sua teoria da imputação parte do nexo de causalidade quando assevera que “*la teoría del nexo causal es (...) el fundamento de toda la imputación al tipo objetivo*”.<sup>507</sup> O primeiro pressuposto para compreender como configurado um tipo objetivo material é, portanto, que o sujeito ativo tenha, por obra sua, causado o resultado juridicamente proibido. Em outras palavras, sem causalidade não há que se falar em imputação.<sup>508</sup> Com base no exposto, tem-se por indispensável a análise preliminar, ainda que perfunctoriamente, das teorias da causalidade, para, na sequência, verificar sua aplicabilidade aos delitos omissivos impróprios. Por certo, a doutrina, desde cedo, não mediu esforços em estabelecer como se determina a relação de causalidade entre a ação/omissão do autor e o resultado típico.<sup>509</sup>

#### 7.2.1.1. Teoria do equivalente dos antecedentes causais<sup>510</sup>

---

*presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (...)*”.

<sup>505</sup> Sobre as mais de duas centenas de anos de construção da dogmática penal contemporânea, vide: NAUCKE, **Derecho penal**, op. cit., p. 281.

<sup>506</sup> Veja-se, por exemplo, a ideia de Roxin de uma dogmática jurídico-penal internacional, tratando a teoria do fato punível não se restringindo apenas a problemas do direito nacional, mas se ocupando de questões que afetem todos os ordenamentos jurídicos. Perfunctoriamente em ROXIN, Claus. Prefácio. In TAVARES, **Teoria do crime culposo**, op. cit., p. XIII.

<sup>507</sup> ROXIN, **Derecho penal** (Tomo I), op. cit., p. 346.

<sup>508</sup> Cf. RUDOLHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006, p. 14. Segundo advertia JESCHECK/WEIGEND: as categorias da imputação objetiva e da causalidade “*Non são em modo algum idênticas*”. Cf. JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002, p. 297. Ainda WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 40.

<sup>509</sup> GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho penal**: parte general. Lima: Juristas Editores, 2012, p. 402.

<sup>510</sup> Teoria formulada em 1858 por Julius Glaser e introduzida na jurisprudência do *Reichsgerischt* por Maximilian von Buri. Cfr. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257. A teoria da condição era considerada pela jurisprudência, quando ainda incipiente, não só como causa em seu aspecto lógico do resultado, mas também como fundamento da responsabilidade por este resultado. Cf. MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 226. Ainda, anteriormente, em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 532 e ss. Acerca das discussões sobre o nexo de causalidade no direito penal brasileiro, vide, por todos, COSTA JR., Paulo José. **Nexo causal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Vale relembrar que o Código penal brasileiro em seu artigo 13 dispôs, em sua parte final, que “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Apesar da Exposição de motivos da parte geral de 1984 expressamente afirmar que parecia, à época, inadequado manter a definição de causa no dispositivo legal – tendo em vista a imprecisão teórica sobre a exatidão do termo (item 12) –, a doutrina pátria é praticamente uníssona ao afirmar que a legislação penal adotou a teoria da condição.<sup>511</sup> A própria codificação atribuiu causalidade à omissão, sendo, por isso, imprescindível a boa compreensão desta teoria como ponto de partida.

Uma rápida mirada na vasta bibliografia a respeito da teoria da equivalência das condições poderá demonstrar sua importância tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial.<sup>512</sup> Causa será o que não se pode suprimir mentalmente sem que, com isso, também desapareça o resultado (efeito). Trata-se, nessas circunstâncias, de um processo de eliminação hipotética.<sup>513</sup> Causa e condição, aqui, não se diferem, sendo todas equivalentes para a produção do resultado. A condição sem o qual a lesão ao bem jurídico não teria ocorrido é considerada sua causa. Como o próprio nome da teoria já denuncia, todas as condições são equivalentes, tanto no aspecto causal como no jurídico, fundamentando assim a

---

<sup>511</sup> Por todos: TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 254. Vide também SANTOS, **Direito penal**, op. cit., p. 118; PRADO, **Curso de direito penal brasileiro**, op. cit., p. 346. Dotti ainda acentua: “*A Exposição de Motivos da Parte Geral do CP, em sua redação original, acentua que o projeto adotou a teoria chamada equivalência dos antecedentes ou da conditio sine qua non*”. DOTTI, **Curso de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 397. Gimbernat Ordeig apresentando uma notícia histórica sobre a incorporação da cláusula da omissão imprópria nos Códigos penais, anota que “*Con el intento de demostrar que la omisión es tan causal del resultado como lo puede ser un hacer positivo, de lo que se trata es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de la legalidad, porque, si se mantiene que las expresiones legales de, por ejemplo, ‘matar’ o ‘producir el aborto de una mujer’ o ‘incendiar’ significan causar en sentido fisiconatural una muerte o un aborto o un incendio, sería imposible subsumir en, respectivamente, los artículos 138 y siguientes, 144 y siguientes y 351 y siguientes del Código Penal, sin infringir el nullum crimen sine lege, cualquier clase de omisión por muy impropia que sea. Con el movimiento legislativo de positivación en la Parte General de los Códigos Penales de la comisión por omisión, y que en la legislación española ha sido abortado, por primera vez, en el artículo 11 del Código Penal de 1995, se intenta, prioritariamente, superar de forma definitiva esa objeción, formulada desde siempre por un cualificado sector de la doctrina, de que la punición de la omisión impropia sólo sería posible violando el principio de la legalidad*”. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 25-26.

<sup>512</sup> Cf. MAURACH, Reinhardt. ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 311; JESCHECK, WEIGEND, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 299; FRISTER, Helmut; **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 179.

<sup>513</sup> Acerca do “*processo hipotético de eliminação*”, vide na literatura penal pátria: BRUNO, Anibal. **Direito penal**. parte geral. Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 323; DOTTI, **Curso de direito penal**, op. cit., p. 399. Na doutrina estrangeira, vide WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002; p.51; MAURACH; ZIPF, **Derecho penal**, op. cit. p.310; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. Barcelona, Editorial Reppertor, 2002, p. 236; WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 40; JESCHECK, WEIGEND, **Tratado de derecho penal**, op. cit. p. 300.

responsabilidade penal.<sup>514</sup> É por esse motivo que a teoria das condições é denominada também de teoria das equivalências. Colacionando a lição de Jescheck, expressado de outro modo: a ação deve ser uma *conditio sine qua non* do resultado.<sup>515</sup> No caso particular, o juiz deve constatar, com a ajuda dessa fórmula, a causalidade de uma conduta para o resultado, de tal modo que compare o curso causal real com um hipotético e indague-se se o resultado concreto também se teria realizado sem a ação do autor.<sup>516</sup>

Tendo em vista sua identificação com a etapa causalista da teoria do fato punível, em razão de seu pretendido caráter pré-jurídico – uma vez que atendia apenas a dados naturalísticos<sup>517</sup> – a teoria da equivalência das condições não tardou em enfrentar objeções amplamente debatidas pela doutrina. Pode-se apontar que a primeira grande crítica diz respeito ao próprio fato de igualar todas as condições para a ocorrência do resultado. O perigo daí decorrente é o do regresso *ad infinitum* da cadeia de antecedentes, fazendo com que a responsabilização volte até o pecado original.<sup>518</sup> No caso de um homicídio, a mãe do assassino seria responsabilizada por tê-lo dado à luz.<sup>519</sup> Em um direito penal democrático, entretanto, a primeira barreira intransponível a ser quebrada, com a aceitação de uma conclusão como essa, seria a da responsabilidade pessoal, em oposição à responsabilização solidária.<sup>520</sup> A deficiência desta teoria, enfim, é aceitar qualquer condição antecedente como fundamento à penalização. Deste modo, o leque de causas é extremamente amplo, obrigando aqueles que a aceitam a submetê-la a correções ao nível do elemento subjetivo, seja a partir da culpabilidade (causalistas) ou do tipo (finalistas) ou, ainda, por critérios de imputação objetiva, mais restritivos do que aqueles decorrentes da pura causalidade natural.<sup>521</sup>

<sup>514</sup> MEZGER, **Tratado de derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 225.

<sup>515</sup> JESCHECK, WEIGEND, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 300.

<sup>516</sup> Vide RUDOLPHI, **Causalidad e imputación objetiva**, op. cit., p. 14. MAURACH, ZIPF, **Derecho penal**, op. cit., p. 311 e FRISTER, **Derecho penal**, op. cit., p. 179

<sup>517</sup> GARCÍA CAVERO, **Derecho penal**, op. cit., 402.

<sup>518</sup> Na tradicional lição de Antolisei, “*A questa teoria è stato mosso e può muoversi il rimprovero di una eccessiva estensione del concetto di causa, estensione che porta a risultati in contrasto con le esigenze del diritto e del sentimento di giustizia*”. Vide ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. Giuffrè: Milano, 1987, p. 206. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 324. Ainda MIR PUIG, **Derecho penal**, op. cit., p.237.

<sup>519</sup> Exemplo retirado da obra de GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 20 e de FRISTER, **Derecho penal**, op. cit., p. 177.

<sup>520</sup> Para tanto vide TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 255. Conforme as palavras de Stratenwerth, pressupõe-se como ponto de partida da imputação a relação causal, no sentido da teoria da condição, Vide STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Madrid: Edersa, 1982. p.131. De forma idêntica vide MAURACH, ZIPF, **Derecho penal**, op. cit., p.315; JESCHECK, WEIGEND, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 300. Ainda, FRISTER, **Derecho penal**, op. cit., p. 199.

<sup>521</sup> Vide FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 324.

A segunda crítica a demonstrar a insuficiência desta perspectiva é a equiparação entre conexão causal e responsabilidade.<sup>522</sup> Frise-se que nem toda relação causal conduz inevitavelmente a uma reprovação penal. Significa que a causalidade é uma condição mínima, mas não suficiente de responsabilidade.<sup>523</sup> A mera demonstração da relação causal não basta para fundamentar a individualização da responsabilidade penal, dependendo essa de outros elementos, dentre os quais, as circunstâncias normativas, isto é, que correspondam às exigências da ordem jurídica.<sup>524</sup> De fato, a causalidade pode ser tida como limite mínimo da responsabilização, no entanto, não o único.

Resumidamente, Figueiredo Dias ressalta que uma das críticas mais contundentes a esta teoria residiria nas deficiências explicativas nos casos da causalidade virtual<sup>525</sup> e na causalidade alternativa.<sup>526</sup> Quer nos parecer, entretanto, e apoiados no magistério do professor português, que uma das maiores dificuldades do critério da *supressão mental* de uma condição ocorreria “(...) *quando não se consiga determinar, para além de toda a dúvida razoável, se determinada acção (sic) foi realmente condição sine qua non de um certo resultado*”.<sup>527</sup> Justamente no âmbito da sociedade de risco, no caso das agressões ao meio ambiente, da responsabilidade pelo produto, da manipulação genética, além das especiais barreiras criadas para dificultar a identificação da responsabilização dos agentes dentro de um ente coletivo de natureza empresarial, é onde este critério denota sua maior limitação.<sup>528</sup>

A partir dessas críticas fundamentais, outras teorias surgiram para tentar resolver os entraves logísticos apresentados pela teoria da equivalência. Não obstante, como se verá, também não foram assim tão bem sucedidas, pois careciam de um critério normativo tendente a limitar a causação, a fim de demarcar a relevância jurídica de determinada conduta humana.

#### 7.2.1.2. Teoria da causalidade adequada<sup>529</sup>

<sup>522</sup> MEZGER, **Tratado de derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 233.

<sup>523</sup> A respeito REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Tercera edición, Bogotá: Temis, 2005, p. 41

<sup>524</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação**, op. cit., p. 145.

<sup>525</sup> Exemplo lançado por Figueiredo Dias para o caso da causalidade virtual: A dispara um tiro mortal contra B, no preciso momento em que este é afetado por um enfarte mortal no miocárdio. FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 325.

<sup>526</sup> No caso da causalidade alternativa, serve mais uma vez o exemplo do penalista português: A e B colocam separadamente venenos, qualquer deles mortal no copo de C, que acaba por morrer. FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 325.

<sup>527</sup> FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 325. Nesse sentido, vide também, FRISTER, **Derecho penal**, op. cit., p. 179.

<sup>528</sup> FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 325.

<sup>529</sup> Anteriormente, em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 535 e ss.



Formulada por *Von Bar* e aperfeiçoada por *Von Kries*,<sup>530</sup> a causalidade adequada buscava seu fundamento e a exclusão da responsabilidade no campo da causalidade sem depender de correção subjetiva. Entretanto, hodiernamente, admite-se a adequação como limite objetivo de imputação, não afetando a causalidade.<sup>531</sup> Seu ponto de partida é a teoria da condição, valendo-se também do procedimento hipotético de eliminação da teoria da *conditio sine qua non*, mas pretendendo corrigi-la por parâmetros jurídicos. Desta forma, não seria toda condição do resultado concreto relevante. Objetivando resolver o problema do regresso ao infinito, esta teoria limita a causalidade apenas à causa ou condição geralmente apropriada para produzir o resultado.<sup>532</sup> Causa seria tão somente aquela condição capaz de ocasionar o resultado conforme os parâmetros da experiência.<sup>533</sup> Von Bar pensou no sentido próprio do Direito, excluindo a causalidade no âmbito de tudo por ele considerado como “*regras da vida*”.<sup>534</sup> Ficariam apartados, dessa forma, os cursos de acontecimentos imprevisíveis. Resulta evidente que a responsabilidade penal não pode englobar mais que a capacidade do homem de conduzir e dominar os chamados cursos causais.<sup>535</sup>

O critério para verificação desta causalidade adequada, proposto por Rümelin, é o que ficou conhecido como *prognose póstuma objetiva*.<sup>536</sup> Desde Hume, ao se admitir a ignorância sobre o conhecimento das causas reais de qualquer evento, pauta-se a verificação da causalidade na dependência de uma repetição empiricamente verificável ou, em outras palavras: antecipando-se as consequências, têm-se como prováveis quaisquer possíveis efeitos dos dados para si colocados, uns mais que outros, de acordo com sua efetiva observação.<sup>537</sup> Sob este entendimento, Rümelin propõe que a questão da probabilidade do resultado deveria

<sup>530</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 3. Para este autor, a teoria da adequação foi fundada por v. Kries. Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 328; GARCÍA CAVERO, **Derecho penal**, op. cit., p.403; MAURACH, ZIPF, **Derecho penal**, op. cit., p. 315; MIR PUIG, **Derecho penal**, op. cit., p. 246; Não obstante, há diversos autores que asseveram, ter sido von Bar o seu fundador no âmbito jurídico. Nesse sentido, vide. REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 23, dentre outros.

<sup>531</sup> Vide MIR PUIG, **Derecho penal**, op. cit., p. 247; TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 267; JESCHECK, WEIGEND, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p.305. REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 23. MAURACH, ZIPF, **Derecho penal**, op. cit., p. 315; GARCÍA CAVERO, **Derecho penal**, op. cit., p. 404.

<sup>532</sup> MEZGER, **Tratado de derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 234-235.

<sup>533</sup> STRATENWERTH, **Derecho penal**, op. cit., p. 131; FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 328.

<sup>534</sup> Vide MEZGER, **Tratado de derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 234-235. Idem TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 267.

<sup>535</sup> Vide STRATENWERTH, **Derecho penal**, op. cit., p. 131.

<sup>536</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**, op. cit., p. 15-18; BRUNO, **Direito penal**, op. cit., p. 326; MAURACH, ZIPF, **Derecho penal**, op. cit., p. 316; FIGUEIREDO DIAS, **Direito penal**, op. cit., p. 328.

<sup>537</sup> HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Edusp, 1972, p. 57.

ser resolvida do ponto de vista do “*observador objetivo*” (juiz), isto é, obrigando-o a tomar em conta todas as condições que existiam na ação humana (conhecidas do agente ou a ele previsíveis), assim como todas as que, pelas regras gerais de experiência, seguir-se-iam a tal conduta.<sup>538</sup>

Felino Rodrigues, por exemplo, considera que o nexa da omissão de resultado (imprópria) “*terá de se estabelecer entre a ação omitida e o não impedimento do evento lesivo*”<sup>539</sup> como um problema de causalidade adequada. Para se imputar uma conduta penalmente típica em sua categoria omissiva, há de se verificar axiologicamente, no caso concreto, se a ação exigida pela norma mandamental era ou não adequada para evitar o resultado previsto no tipo como passível de causar lesão a um bem jurídico-penalmente tutelado. Trata-se de questionar se a ação omitida era ou não apta a impedir o resultado proibido.<sup>540</sup>

A teoria da causalidade adequada não apresenta, sem embargo, a solução acertada para responder à segunda crítica apresentada à teoria da condição (diferenciação entre responsabilidade e causação), mas somente à primeira (regresso ao infinito). Frise-se que essa restrição esclarece parcialmente o problema, pois a valoração de ações pelo ordenamento jurídico depende não apenas da probabilidade com a qual respectiva ação possa causar um resultado típico. Exemplificativamente, valendo-nos da lição de Frister, de modo algum é improvável causar acidentes e ferimentos a terceiros no trânsito viário mediante a utilização de automóveis. Ainda assim, trafegar é uma ação que está permitida pelo ordenamento jurídico.<sup>541</sup> O complemento desse raciocínio é facilmente dedutível: a valoração negativa de uma conduta por um resultado causado por aquela não depende exclusivamente da relação entre ação e resultado, senão que é a consequência de uma ponderação entre o interesse da liberdade que é afetada e o interesse por evitar lesões a bens jurídicos. Essa valoração não está totalmente compreendida na causação do resultado.<sup>542</sup>

---

<sup>538</sup> MEZGER, *Tratado de derecho penal (Tomo I)*, op. cit., p. 236. Idem TAVARES, *Teoria do injusto penal*, op. cit., p. 268.

<sup>539</sup> RODRIGUES, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, op. cit., p. 41.

<sup>540</sup> RODRIGUES, *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*, op. cit., p. 41.

<sup>541</sup> FRISTER, *Derecho penal*, op. cit., p. 173. Nas palavras de Figueiredo Dias, em atividades que comportam riscos consideráveis para bens jurídicos, em razão da permissão legal dessas condutas, entre elas a da circulação rodoviária, a da produção e transporte de produtos perigosos ou das intervenções médicas arriscadas, surgem problemas de imputação que não podem ser resolvidos corretamente pela teoria da adequação “*na medida em que, na generalidade destes casos, a ação se revela adequada à produção do resultado típico*”. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, op. cit., p. 331. É por isso que o grau da adequação deve ser corrigido com o grau denominado conexão de risco.

<sup>542</sup> Cfr. ainda FRISTER, *Derecho penal*, op. cit., p. 173.

Sem desconhecer que, no seu momento, a teoria da adequação representou uma significativa contribuição no intento de limitar a exagerada extensão da equivalência das condições, ressalta-se que ela não conseguiu solucionar casos nos quais, malgrado a improbabilidade do curso causal e ainda do resultado, era inegável a existência de uma causa juridicamente relevante.<sup>543</sup>

### 7.2.1.3. Teoria da relevância jurídica<sup>544</sup>

Consciente da necessidade de critérios jurídicos de correção da causalidade, Mezger propôs a teoria da relevância jurídica. O penalista afirmou que a teoria da adequação ataca a teoria da condição em um ponto falso. Ao invés de negar a conexão causal em determinados casos, deveria negar sua relevância jurídica. O então professor da Universidade de Munique admite a teoria da equivalência como a única possível acerca do fenômeno da causalidade. A teoria da adequação já havia passado a ser uma teoria da responsabilidade em seus estritos termos. Somente uma conexão causal adequada fundamenta a responsabilidade. Todavia, só se poderá castigar determinada pessoa pelo resultado quando a causa for juridicamente relevante.<sup>545</sup> Em assim procedendo, Tavares aponta a teoria de Mezger como “*o primeiro passo para a formulação da moderna teoria da imputação objetiva do resultado*”.<sup>546</sup>

A causalidade passa a ser retificada pelo critério da relevância jurídica, que unicamente se afere com base no direito positivo, ou seja, é encontrada a partir dos tipos penais legais. Resolve-se, aqui, o problema da imputação dentro do tipo objetivo, levando-se em consideração o fim de proteção da norma. Não se trata de avaliar a equivalência jurídica após verificar a condição física, mas sim sua relevância típica.<sup>547</sup> A punibilidade de uma

---

<sup>543</sup> Vide REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 27. O exemplo trazido por Yesid Reyes é assaz elucidativo: o caso do atentado ao ex-ministro da Justiça colombiana, Enrique Parejo, o qual recebeu vários tiros de revólver na cabeça, disparados a curta distância e mesmo assim sobreviveria. Caso aplicássemos a teoria da causalidade adequada, poder-se-ia concluir que uma multiplicidade de disparos feitos a curta distancia contra a cabeça de uma pessoa são aptos para produzir sua morte, mas apenas de uma forma improvável seriam adequados para gerar uma das lesões, com o qual resultaria que a ação do agressor não foi causa adequada do resultado produzido, sendo esta conclusão por demais insatisfatória. REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 27-28.

<sup>544</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 538 e ss.

<sup>545</sup> MEZGER, **Tratado de derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 241.

<sup>546</sup> TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit., p. 270.

<sup>547</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 44.

conduta dependeria, então, de três elementos: a relação causal, a relevância jurídica dessa relação e a culpabilidade do autor.<sup>548</sup>

Malgrado a teoria da causalidade relevante tenha deslindado os limites da causalidade e da responsabilidade, nas palavras de Reyes Alvarado, tal concepção não ofereceu um critério determinado para estabelecer a relevância das causas, uma vez que a simples afirmação de que ela deriva da interpretação dos tipos penais não vai além de confirmar seu genérico postulado de que o relevante para o direito penal não são todas as ações em sentido natural, mas apenas aquelas descritas nos tipos, sem que com isso se ofereça um referencial concreto à sua aplicação.<sup>549</sup>

### 7.2.2. A causalidade nos crimes omissivos impróprios<sup>550</sup>

Galiani considerava o problema da causalidade da omissão como semelhante ao da quadratura do círculo.<sup>551</sup> Não parece, entretanto, ser tão incontornável assim a solução. Já Antolisei considerou a discussão acerca do nexa causal da omissão uma das mais infecundas da história da Ciência do direito, fruto de um “*escrúpulo teórico*” germânico.<sup>552</sup> Para Antolisei, o problema da causalidade apresenta-se e resolve-se nos crimes omissivos como nos crimes de ação. Da mesma forma que a assertiva de Galiani, a de Antolisei não se mostra assim tão evidente.

À luz da história da ciência, a concepção segundo a qual há verdades autoevidentes e necessárias, tal como se pensava à época da geometria euclidiana, é, atualmente, questionável e insustentável. Em todas as épocas, os princípios tidos por basilares foram modificados ou

<sup>548</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**, op. cit., p. 68; REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 29.

<sup>549</sup> REYES ALVARADO, **Imputación objetiva**, op. cit., p. 30. Segundo Gimbernat Ordeig: “*La teoria de la relevancia se halla, pues, a mitad de camino: dice, acertadamente, que las acciones inadecuadas han de ser eliminadas en el campo del tipo, pero no indica el por qué*”. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**, op. cit., p. 70.

<sup>550</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 539 e ss. Uma exposição sucinta sobre a causalidade omissiva encontra-se em COSTA JR., Paulo José. **Nexo causal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 113 e ss.

<sup>551</sup> GALIANI, Tullio. **Il problema della condotta nei reati omissivi**. Camerino: Jovene Editore, 1980, p. 139.

<sup>552</sup> ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: Parte generale. 6ª ed atualiz. por Luigi Conti. Milão: Giuffrè Editore, 1969, p. 193. Von Liszt/Schmidt afirmam que a questão da omissão ser causal para o resultado é um dos mais infrutíferos debates que há tido lugar na ciência penal. VON LISZT, **Tratado de direito penal alemão**, op. cit., p. 213. Também em ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014.

substituídos para se manterem adequados às novas descobertas.<sup>553</sup> Sobretudo a dogmática jurídico-penal se mostra como um manto de Penélope, que a cada noite se desfia para todos os dias recomençar desde o princípio. E assim deve acontecer também com a interrogação pertinente à causa nos crimes omissivos impróprios.

A exposição das teorias da causalidade na comissão foi absolutamente necessária para a explanação a seguir. Podem-se apontar dois grupos de teorias: a) as que negam a causalidade na omissão (*ex nihilo nihil fit*);<sup>554</sup> e b) as que afirmam tal causalidade, seja na contenção do impulso para a atividade (teoria da interferência), seja na ação que teria, potencial ou hipoteticamente, evitado o resultado. É a partir destas teorias, ou mais especificamente, a partir da teoria da equivalência das condições – pois as outras tentam corrigir seus defeitos – que as demais, favoráveis ou não à causalidade da omissão, partem, cada uma com suas peculiaridades.

#### 7.2.2.1 *Ex nihilo nihil fit*<sup>555</sup>

A opinião segundo a qual não seria possível se falar em causalidade na omissão decorre do brocardo latino “*ex nihilo nihil fit*” (do nada, nada se faz). Tal solução foi defendida, por exemplo, por: Merkel, Mittermaier, Von Liszt e Beling.<sup>556</sup> Decorre tal conclusão da consideração do nexos causal como categoria do ser, pois, com a omissão, não se põe em marcha qualquer modificação no mundo fático.<sup>557</sup> Para essa visão, o problema está no fato de não ser possível que a partir do “não fazer” apareça no mundo exterior, como efeito, uma modificação considerável.<sup>558</sup>

Von Liszt chega a afirmar que “*causar uma omissão*” seria uma expressão linguisticamente inexata. Para o autor, a fim de uma correta exposição científica, deve-se prezar pela distinção entre comissão e omissão. A omissão (não causante) deve ter uma fórmula independente do movimento corpóreo que causa a ação. O resultado concreto na

<sup>553</sup> Vide: NAGEL, Ernest. **Ciência: Natureza e Objetivo**, p. 17.

<sup>554</sup> VON LISZT, **Tratado de direito penal alemão**, op. cit., p. 210.

<sup>555</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 540.

<sup>556</sup> Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. 12<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1981, p. 232. Vide também BIERRENBACH, **Crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 100.

<sup>557</sup> ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo et all. **Direito penal brasileiro**. Tomo II, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 353.

<sup>558</sup> ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 62.

omissão não é propriamente causado pela ação esperada e omitida, mas sim pelas forças da natureza que exercem sua atividade paralelamente à omissão. O indivíduo responsável deveria, assim, ter se oposto às forças naturais que agiram para a ocorrência do resultado a fim de impedi-las. O filho que morre de fome por não ter sido alimentado pela mãe morre de inanição, não pela conduta de sua mãe. Esta deveria tê-lo alimentado para que não morresse.<sup>559</sup>

Para Von Liszt, mais importante do que essa discussão de saber se a omissão é causal, que considerava infrutífera, é saber quando a omissão é antijurídica, isto é, quando o impedimento do resultado equivale a causá-lo.<sup>560</sup> Em que pese se possa concordar em parte com essa afirmação, já que a problemática em torno da omissão recai sobre categorias jurídicas, no entanto, a solução apresentada por Von Liszt para o problema da causalidade não convence. Além de não apresentar uma alternativa para a vinculação entre uma ação não produzida e o resultado lesivo ao bem jurídico verificado, desconsiderando, portanto, o caráter normativo da omissão, submete o advento do resultado produzido à forças naturais não impedidas pelo sujeito obrigado, como se a ocorrência do resultado nada tivesse a ver com a omissão, existindo independentemente da obrigação normativa.

#### 7.2.2.2 A teoria da equivalência das condições nos crimes omissivos impróprios<sup>561</sup>

Wessels, amparado na jurisprudência alemã até os anos de 1970, afirma que a causalidade da omissão ocorre sempre nos casos em que se verificar resultado típico, quando a ação esperada pela norma mandamental não pode ser acrescentada hipoteticamente, sem que o resultado desapareça em sua concreta manifestação, com uma probabilidade próxima aos limites da certeza (raciocínio inverso aos dos crimes de ação).<sup>562</sup> Nada obstante, Wessels tende a enxergar com ceticismo a discussão de haver ou não uma causalidade em sentido físico na omissão, dado que o direito penal considera sua expressão, nesse caso, de um ponto de vista normativo.<sup>563</sup>

<sup>559</sup> VON LISZT, **Tratado de direito penal alemão**, op. cit., p. 212.

<sup>560</sup> VON LISZT, **Tratado de direito penal alemão**, op. cit., p. 213.

<sup>561</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 540.

<sup>562</sup> WESSELS, **Direito penal**, op. cit., p. 162.

<sup>563</sup> Na história da filosofia, a noção de causalidade apareceu sobre duas formas fundamentais: “1.ª A forma do nexo racional, graças ao qual a causa é a razão do seu efeito e este, por isso, é dedutível dela. Nessa concepção, a ação da causa é frequentemente descrita como a de uma força que gera ou produz indefectivelmente o efeito. 2.ª A forma de um nexo empírico ou temporal, segundo o qual o efeito não é dedutível da causa, mas é previsível

Gimbernat Ordeig chega a asseverar que a celeuma que envolve tanto aqueles que afirmam quanto os que negam a existência de um nexos causal na omissão, careceria de relevância prática, porque uns e outros adotam a fórmula da *conditio sine qua non*, isto é, de que uma omissão imprópria seja causal ou quase-causal quando, mentalmente, retirando-se a ação omitida, desapareça também o resultado. A diferença estaria somente na nomenclatura que se atribui a esse processo, se uma verdadeira causalidade para os primeiros ou uma causalidade hipotética, potencial, análoga etc., para os segundos.<sup>564</sup>

Em 1931, Engisch apresentava o seguinte exemplo como consequência “antipática” à fórmula da *conditio sine qua non* aplicada aos crimes omissivos impróprios. Suponha-se que, em uma guerra, uma série de fabricantes foram designados para produzir partes indispensáveis em várias peças de artilharia. No caso dos contratos terem sido cumpridos negligentemente de maneira não pontual, colocando assim em risco a condução da guerra, poder-se-ia argumentar pela incidência do crime então previsto no § 329, § 2º do Código penal alemão de 1871, que dispunha ser punível a conduta de quem, intencionalmente ou por negligência, não cumpre um contrato de entrega de materiais em tempo de guerra, ao exército ou à marinha, prejudicando assim o andamento do conflito armado.<sup>565</sup>

Nesse caso, na hipótese de apenas alguns dos contratados cumprirem o acordo no tempo designado, estes poderiam argumentar que o dano teria mesmo assim ocorrido: não haveria que se falar em causalidade quando pelo critério do acréscimo hipotético, o resultado não seria também suprimido em função do atraso dos outros. Estar-se-ia frente, portanto, a um caso de “irresponsabilidade”. Este exemplo pode muito bem ser atualizado nos casos de decisões colegiadas e corporativas.<sup>566</sup> Um membro do Conselho de Administração poderia

*com base nela pela constância e uniformidade da relação de sucessão. Essa concepção elimina a ideia de força da relação causal. A ambas essas formas são comuns as noções de previsibilidade unívoca, infalível, do efeito a partir da causa e, portanto, também a da necessidade da relação causal”.* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 142. Tendemos a crer que a causalidade na omissão segue a segunda noção de causalidade apresentada por Abbagnano, que prescinde da ideia de força física.

<sup>564</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., pp. 26-27.

<sup>565</sup> No original: “§ 329 [StGB/1871]. Wer die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges, oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Nothstandes, vorsätzlich entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise erfüllt, wird mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Liegt der Nichterfüllung des Vertrages Fahrlässigkeit zum Grunde, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängniß bis zu zwei Jahren zu erkennen. Dieselben Strafen finden auch gegen die Unterlieferanten, Vermittler und Bevollmächtigten des Lieferanten Anwendung, welche mit Kenntniß des Zweckes [191] der Lieferung die Nichterfüllung derselben vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verursachen.”

Cfr. ENGISCH, **La causalidad como elemento de los tipos penales**, op. cit., p. 63.

<sup>566</sup> Como no caso da responsabilidade penal pelo produto, v.g. Cfr. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

opor que para ele faltaria causalidade na hipótese de ter dado um voto divergente, ou que ainda que fosse divergente, em se tratando de maioria qualificada, o resultado continuaria a existir pela decisão do grupo. Essa escusa pode até ser válida em observação do princípio “*in dubio pro reo*”. Para tanto, deve-se apurar se o agente não se comprometeu posteriormente no processo de execução da ordem do Conselho. Caso contrário, deve-se afirmar a causalidade.<sup>567</sup>

No caso da responsabilidade pelo produto, por outro lado, quando o Conselho de administração de uma empresa tem conhecimento de que o produto está causando danos à saúde e à vida de quem o utiliza e não o retira do mercado imediatamente depois de autuado pela autoridade competente, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal constitucional alemão) considerou que a causalidade deveria ser verificada quando as condições diversas daquelas relacionadas ao produto não puderem explicar o resultado, sendo, assim, o produto tido por causa residual e indireta. Essa fórmula mereceu muitas críticas por parte da doutrina, por desconsiderar regras da experiência e dar demasiado valor à análise subjetiva do julgador.<sup>568</sup>

### 7.2.2.3 A solução de Engisch<sup>569</sup>

Engisch, para tentar resolver o problema por ele apresentado para o caso da negligência no atraso da entrega de itens de guerra, cuidou da questão da causalidade afirmando que uma conduta é causa para o resultado quando esse está ligado àquela por uma série de modificações ajustadas às leis naturais. Nos crimes de omissão imprópria, o resultado cuja realização está proibida (por meio de uma norma penal) é realizado por meio de um não fazer. Em assim sendo, analisando a omissão como também manifestação da conduta à luz da condição ajustada à lei, poder-se-á dizer: se um atuar positivo, considerado em si ou em conjunto com outro fazer, é apropriado para evitar a produção do resultado, então existirá uma causa ajustada à lei entre a ação mandada e a não produção do resultado lesivo.<sup>570</sup>

Entre a omissão dessa ação mandada e a produção de resultado posterior, para Engisch, com base na derivação do princípio da inversão lógica, existe uma relação ajustada à lei. A posição do penalista, destarte, propugna a decisiva observação das leis da experiência

<sup>567</sup> TAVARES, **Teoria do injusto penal**, op. cit. p. 263.

<sup>568</sup> Sobre as críticas vide: TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., pp. 370-371.

<sup>569</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 542.

<sup>570</sup> ENGISCH, **La causalidad como elemento de los tipos penales**, op. cit., p. 64.



para nivelar e retificar a teoria da condição.<sup>571</sup> No caso do exemplo da guerra, haverá uma relação ajustada à lei para cada contratado moroso, pois cada uma das partes faltantes, segundo as normas gerais de engenharia, é necessária para o êxito na construção das peças de artilharia.<sup>572</sup>

Jescheck aperfeiçoou e enfatizou ainda mais a importância da teoria de Engisch para a causalidade da ação. Para ele, deve-se analisar cada caso sob uma ótica das conexões que lhe sejam próprias conforme as leis naturais, ainda se questionando se a conduta tenha produzido o resultado como decorrência dos fenômenos como os que tiveram lugar no caso concreto, sempre de acordo à experiência prática.<sup>573</sup>

#### 7.2.2.4 A solução de Kaufmann<sup>574</sup>

Apesar de a teoria proposta por Kaufmann não se ajustar às teorias que consideram causal a omissão no sentido da teoria da condição, o resultado de sua investigação também não se harmoniza com aquelas que negam a causalidade da omissão.<sup>575</sup> De fato, Kaufmann nega a existência de um nexos causal real na omissão, aproximando-se, em um primeiro momento, dos autores para os quais existe apenas uma quase-causalidade ou uma causalidade jurídica ou social tão somente.<sup>576</sup>

É sutil a distinção apresentada na “*Dogmática de los delitos de omisión*”. Assevera-se não constatar causalidade no *omitir*, mas sim haver uma *causalidade potencial* do omitente, quando da parte deste exista possibilidade de atuar. Essa possibilidade não seria condição da omissão, tão pouco supressão mental da ação mandada ou do próprio omitir.

A questão que deve ser posta é a seguinte: *no caso de ter sido realizada determinada ação, teria sido evitado o resultado proibido pela norma?*<sup>577</sup> A resposta positiva faz depender, em todo caso, da possibilidade de realização da ação salvadora. Da resposta a esta pergunta apenas se verifica uma causalidade potencial, segundo a qual o autor da omissão é penalizado

<sup>571</sup> Cfr. TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 370.

<sup>572</sup> ENGISCH, **La causalidad como elemento de los tipos penales**, op. cit., p. 64.

<sup>573</sup> JESCHECK, **Tratado de derecho penal**, op. cit., p. 384.

<sup>574</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 543.

<sup>575</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 82.

<sup>576</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 76.

<sup>577</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 83.

não por ter causado o resultado típico, mas sim por não o haver evitado,<sup>578</sup> em uma probabilidade próxima aos limites da certeza. Como complementa Felino Rodrigues, “a doutrina dominante não exige a certeza absoluta de que a realização do comportamento omitido teria evitado o resultado”,<sup>579</sup> mas tão só um juízo próximo aos limites da certeza.

Como crítica a tal raciocínio hipotético de causalidade potencial, observa-se que a averiguação da eficiência de uma ação não realizada por um indivíduo e sua aptidão, *in abstracto*, para evitar o evento danoso é um tanto difícil de comprovar.<sup>580</sup> Vê-se que este é um raciocínio perigoso, porquanto atribui uma discricionariedade tanto ao órgão acusador, quando da redação de uma denúncia criminal, quanto ao julgador, quando da imputação *in concreto* do preceito tido como crime. Novamente, em se admitindo uma teoria como esta, no caso da inexistência de lastro probatório (pericial) suficiente, a incidência do princípio do *in dubio pro reo* é inafastável.

#### 7.2.2.5 A solução de Roxin<sup>581</sup>

A proposta de Roxin em muito se aproxima à de Engisch, com alguns acréscimos propostos por Puppe. Roxin parte do pressuposto de que, quando o tipo penal exige, cada fato punível depende da comprovação da causalidade para o resultado lesivo. Como visto anteriormente, muitos se esforçam para tentar, teoricamente, estabelecer esse vínculo. No entanto, a teoria mais acolhida, segundo o professor de Munique, foi a *teoria da interferência de Von Buri*. Por ela, a causalidade na omissão consiste na inibição de um impulso de atuar, enquanto eliminação de um fator que impediria o resultado. Nada obstante, tal solução não abarcaria os crimes omissivos por negligência inconsciente, pois neles não se pode falar em eliminação de um impulso de atuação.<sup>582</sup>

<sup>578</sup> KAUFMANN, **Dogmática de los delitos de omisión**, op. cit., p. 84. Rocha arremata: “No âmbito do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, a atribuição do resultado ao agente depende da evitabilidade do resultado em decorrência da execução (hipotética) da conduta ordenada pela norma penal. Essa é a essência da chamada teoria da evitabilidade, dominante na doutrina”. Cf. ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 188.

<sup>579</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 41. Para Rocha, “há quem exija a certeza de evitação do resultado para que seja possível a imputação dele ao agente. Contudo, a opinião majoritária contenta-se com uma probabilidade próxima aos limites da certeza”. Cf. ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 189.

<sup>580</sup> RODRIGUES, **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**, op. cit., p. 41.

<sup>581</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 544.

<sup>582</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 766.

A opinião dominante, contudo, não defende a hipótese de uma omissão ser causal para o resultado. Apesar disso, seguindo a posição minoritária de Engisch, afirma Puppe que nas negações não apenas é admissível oferecer uma explicação causal completa, senão indispensável para fins da imputação, atestando que resultados não se produzem somente por condições que os impulsionam positivamente, mas também pela ausência de fatores que os impedem. Logo, uma pessoa doente não morre somente em virtude de sua enfermidade, senão também por não receber os cuidados médicos adequados.<sup>583</sup>

Roxin, assim, segue a linha que defende que as omissões sejam causais para o resultado, sendo as mesmas típicas quando concorram a posição de garantidor e a ação mandada pudesse evitar o resultado.<sup>584</sup> Mesmo aqueles que negam à omissão a causalidade por considerá-la como força eficiente, a reconhecem na forma de quase-causalidade com os mesmos requisitos da causalidade clássica. Em se admitindo a causalidade como lei natural, conforme a teoria de Engisch, poder-se-ia compreendê-la na omissão como condição negativa do resultado, isto é, que ao invés de produzir positivamente, não evita algo. Um trem que segue sem maiores complicações sua rota não descarrila sozinho, mas sim pela omissão do funcionário em avisar que certo trecho do percurso está com avarias nos trilhos.<sup>585</sup> Assim também o faz Puppe, que considera a omissão como condição empírica do resultado e não apenas lógica.<sup>586</sup>

A despeito de Roxin admitir a possibilidade de imputação de um resultado sem causalidade,<sup>587</sup> desde que concorram os demais pressupostos legais e normativos, o autor reconhece possível acolher o conceito de causalidade na omissão, como condição conforme leis naturais, sem reparos.<sup>588</sup> Nada obstante tal consideração, deve-se ter em conta que esta apresenta, na própria teoria de Engisch, diferenças substanciais da causalidade na ação. Enquanto nesta se supõe a condição conforma as leis entre o comportamento atribuível a alguém e o resultado; na omissão, a conexão se dá entre a omissão da ação mandada e o resultado.<sup>589</sup>

---

<sup>583</sup> Citado por ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 767.

<sup>584</sup> ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Trad. Augusto Assis. In. ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alair Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 167.

<sup>585</sup> ROXIN, **Problemas da causalidade intermediada psiquicamente**, op. cit., p. 168.

<sup>586</sup> PUPPE, Ingeborg. Nomos Kommentar, vor § 13, nm. 117 e ss. Citada por ROXIN, **Problemas da causalidade intermediada psiquicamente**, op. cit., p. 168.

<sup>587</sup> “(...) *la imputación no está necesariamente vinculada a la causalidad*”. ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 768.

<sup>588</sup> Como Rocha demonstra, abrir mão da análise do nexos de causalidade dos crimes omissivos é uma opção teórica, não uma impossibilidade lógica, cf. ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 184.

<sup>589</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 768.

### 7.2.2.3 A solução de Tavares<sup>590</sup>

Na doutrina nacional, a posição a merecer destaque é a de Tavares. Este autor chega a afirmar que a questão da causalidade na omissão, considerada pela fórmula da inversão da teoria da condição, é apenas um artifício argumentativo para incluir a omissão no âmbito de punibilidade dos delitos comissivos.<sup>591</sup> Tavares afirma que a teoria da condição, adjudicada pelo art. 13 do Código penal também para as omissões, não funciona para elas de maneira escoreita. Funciona apenas de forma aproximativa, como mera hipótese, sem certeza. Por isso, propõe ele uma nova fórmula que possibilite abarcar essa modalidade delitiva, a que denomina de *causalidade funcional*.<sup>592</sup>

Segundo tal construção, em dependendo a omissão necessariamente de uma norma mandamental, sua causalidade também estaria envolvida por essa norma. Desta forma, o sentido de tal relação causal será extraído da norma que atribui o dever a determinado sujeito, analisando-se, para tanto, os limites do devido e o significado da ação exigida para evitar a ofensa ao bem jurídico. Entendidos os elementos da ação mandada dentro de um processo de comunicação poderá ela ser estendida aos destinatários como pauta referencial para sua conduta. No caso da mãe que deixa de amamentar o filho, a causalidade seria afirmada, enquanto a realidade empírica que submete a criança aos cuidados da mãe para seu correto desenvolvimento, pois estabelece para ela a referência de sua conduta. Não interessa questionar, *nesse momento*, se a ação devida minoraria o risco da produção do resultado, mas sim se com ela o resultado se evitaria, com uma probabilidade próxima aos limites da certeza.<sup>593</sup> Apesar do fundamento da teoria de Tavares ser diferente, pautada em um conceito comunicativo de conduta, as consequências práticas em muito se aproximam à teoria de Engisch, em respeito ao âmbito das leis naturais ou regras da experiência, permitindo o acesso aos limites da ação devida.

---

<sup>590</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 544 e ss.

<sup>591</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 366.

<sup>592</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 367.

<sup>593</sup> Com base em Bernd Schünemann: TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 368.

### 7.2.3 A insuficiência da relação de causalidade

A doutrina que exige a causalidade para a consumação dos crimes omissivos impróprios aponta como critério a ser levado em consideração para saber se a ação omitida teria evitado o resultado e, com isso, atribuir-se a responsabilidade, o da probabilidade próxima aos limites da certeza.<sup>594</sup> No entanto, essa fórmula apresenta alguns inconvenientes. Se para os delitos de ação se exige certeza quanto à produção do resultado, por que não o é assim também em relação aos crimes omissivos? Exemplifica Gimbernat Ordeig que um médico que sabe que um tratamento terapêutico só possivelmente salvaria a vida de um paciente e, assim sabendo, nada faz, permanecendo inerte, por essa fórmula não se fundamentaria sequer uma responsabilidade por tentativa, pois a situação concreta estaria muito afastada dos limites da certeza de evitar o resultado exigida para a consumação.<sup>595</sup>

Igualmente, a não constatação do mecanismo causal que produziu danos a saúde, como, por exemplo, no caso *Lederspray* na Alemanha.<sup>596</sup> Para o *Bundesgerichtshof* (BGH), tanto as empresas que acordaram em não retirar o produto perigosa do mercado quanto as filiais responsáveis pela venda no varejo teriam assumido a posição de garante, por ingerência, de retirar o produto de circulação, fazendo o que lhes fosse possível e exigível.<sup>597</sup> O BGH afirmou a responsabilidade de todos os acusados alegando ser cada um responsável pelos danos causados em decorrência da não retirada do produto do mercado, haja vista a

---

<sup>594</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 42. Para Rocha, o critério da probabilidade próxima aos limites da certeza seria vago, impreciso e retórico, sendo necessários requisitos adicionais. Citando Gimbernat Ordeig, afirma que nos casos em que exista consenso quanto a uma condenação por omissão imprópria, a probabilidade de que a ação salvadora teria evitado o resultado não passa de mais ou menos relevante, estando, pois, longe de alcançar a marca dos limites da certeza. Cf. ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 190.

<sup>595</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 31.

<sup>596</sup> Um breve relato do caso apresenta Abello Gual: “*Este caso ocurrió en Alemania, donde la empresa Werner und Mertz BmbH fabricaba un aerosol destinado al cuidado de zapatos y otros artículos de cuero. El producto era comercializado a través de dos empresas (E.R. GmbH y S-GmbH) que hacían parte de un mismo grupo económico denominado E.R. GmbH. A mediados de 1980 la empresa comenzó a recibir informes de personas que habían utilizado el producto y que venían sufriendo de ciertas molestias de salud, como trastornos respiratorios, tos, náuseas, escalofríos y fiebre, y también se relacionó con casos de edema de pulmón*”. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. **La responsabilidad penal por el producto en Colombia, problemas de imputación, de autoría y participación. Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011, p. 152.

<sup>597</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 31. Também Abello Gual: “*El segundo problema, consistió en construir la posición de garantes de los empresarios para imputarles responsabilidad penal. Para ello se fundamentó la responsabilidad penal por comisión por omisión, por no realizar la acción prudente de retirar los productos del mercado o de advertir a los usuarios de los peligros de su utilización. La posición de garante, que se les configuró, fue el tener bajo su cargo la vigilancia de una fuente de riesgo, en este caso, la producción y comercialización de un producto peligroso*”. Cf. ABELLO GUAL, **La responsabilidad penal por el producto en Colombia, problemas de imputación, de autoría y participación**, op. cit., pp. 152-153.

responsabilidade comum e equiparável dos diretores da empresa. O tribunal entendeu não ser possível liberar-se da responsabilidade pelo mero fato de nada fazer frente a inobservância do dever por parte do restante dos membros da sociedade.<sup>598</sup> A fórmula, assim, não foi aplicada individualmente a cada um dos acusados, o que geraria dificuldades em relação à prova da causalidade, já que sendo retirada a ação de um indivíduo isolado, o resultado ainda poderia subsistir, em decorrência de atuarem conjuntamente. Dessa forma, o critério utilizado para a responsabilização não foi a prova da causalidade, sendo essa considerada evidente, mas sim que uma decisão de absolvição, nesse caso, seria contrária à justiça.<sup>599</sup>

Outra crítica apresentada pela doutrina é a relativa à impossibilidade de verificar-se qual o desenrolar de uma doença se tivesse sido executado o tratamento médico adequado, por exemplo.<sup>600</sup> Tal hipótese seria relevante para o caso da posição de garantidor decorrente da relação médico-paciente, no direito penal médico. Questiona-se se a ação omitida teria impedido a lesão típica. Imagine-se se um médico, ao identificar uma infecção generalizada em seu paciente, tivesse condições de salvá-lo aplicando a *lex artis*, ou se diagnosticando lesões cerebrais decorrentes de um traumatismo craniano, pudesse livrar seu paciente das sequelas daí advindas.<sup>601</sup> Como esclarece Gimbernat Ordeig, os tribunais não podem retrotrair ao momento em que o indivíduo foi atendido pelo médico para comprovar se, tendo iniciado o tratamento naquele momento, poder-se-ia evitar as consequências lesivas.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., pp. 31-32. Rocha, citando Greco, também complementa: “*Em casos de decisões colegiadas, a aplicação da teoria da evitabilidade também é problemática. Salienta Luís Greco que esse grupo de casos apresenta a grande dificuldade de que todos os omitentes talvez possam exonerar-se reciprocamente, na medida em que cada um pode alegar que a execução da conduta devida, por si só, não teria evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Cada dirigente pode dizer que, mesmo se tivesse cumprido o seu dever, não teria conseguido mudar o resultado da decisão do colegiado*”. Segundo o autor, essa não parece ser uma decisão correta. Cf. ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 191.

<sup>599</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 33-34. Gimbernat aponta que Kuhlen chega a afirmar que o BGH, com a decisão do *Lederspray*, renuncia ao requisito da probabilidade próxima aos limites da certeza, estabelecendo uma exceção para a fórmula da *conditio sine qua non*. Para Kuhlen, “*el límite mas importante de la responsabilidad penal por el producto viene constituido por la concreción de los deberes del productor. Estos deberes son relevantes tanto para la imputación a título doloso como para la imputación a título imprudente, tanto para los delitos de resultado como para los de peligro (los ya existentes o los que esten por venir). Estos deberes tienen una importancia esencial en la situación que caracteriza la toma de decisiones bajo incertidumbre, especialmente en to que respecta a la puesta en circulación de un producto, a su mantenimiento en el mercado, o a su retirada del mismo teniendo en cuenta indicios de peligrosidad mas o menos claros y significativos*”. KUHLEN, Lothar. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. Trad. Maria Martin Lorenzo e Inigo Ortiz de Urbina Gimeno. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, vol. LV, 2002, p. 75.

<sup>600</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 40.

<sup>601</sup> Casos julgados pelo Tribunal Supremo da Espanha (A. 6091 de 5 de julho de 1989 e A. 5054, de 8 de junho de 1989, respectivamente), em que foi afirmada a posição de garante do médico, citados por GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 41.

<sup>602</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 42.

A doutrina, reconhecendo as insuficiências da teoria da causalidade em si considerada para oferecer respostas teóricas e práticas para o problema da imputação do resultado, tem se esforçado em oferecer alternativas. Como já se fez anotar, não se despreza completamente a causalidade nesse processo. Tende-se, assim como Roxin, a considerar que a causalidade é pressuposto de todo processo de imputação do resultado. No entanto, esse critério precisa de correções, pois, como se viu, o critério da probabilidade próxima aos limites da certeza esbarra em uma série de inconvenientes. Os critérios para a limitação da causalidade seriam encontrados na teoria da imputação objetiva, especificamente ao considerar que, no caso dos crimes omissivos impróprios, a ação omitida teria, ao menos, diminuído o risco de produção do resultado.<sup>603</sup>

#### 7.2.4 Imputação do resultado nos crimes omissivos impróprios<sup>604</sup>

A atribuição da responsabilidade nos crimes omissivos impróprios não pode se contentar apenas com a causalidade, apesar de que, segundo a opinião aqui consignada, essa seja imprescindível no processo de imputação. Requer, igualmente, para o perfazimento do tipo objetivo, outros elementos normativos tendentes a corrigir os excessos dogmáticos proporcionados pela teoria da condição. Quando, por exemplo, por faltar luz na escadaria de um edifício por estar queimada a lâmpada, um morador cai quebrando sua perna, querer atribuir responsabilidade ao síndico torna-se um tanto forçoso.

É por este motivo que a teoria da imputação objetiva reaparece em sua moderna conformação. Trata-se de valorar e limitar a causalidade a fim de que essa possa ser atribuível a alguém, dentro dos limites de um tipo penal, como obra sua. Enuncia a imputação objetiva os pressupostos e requisitos que fazem com que uma causação seja objetivamente típica.<sup>605</sup> Cabe aqui lembrar que, em seu significado prático, tal teoria não se restringe a atribuir a responsabilidade, mas, antes disso, serve para restringi-la e limitá-la tendo em vista a potencialidade arbitrária e discricionária do poder punitivo.<sup>606</sup>

<sup>603</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*, op. cit., p. 42.

<sup>604</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, *Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, op. cit., pp. 545 e ss.

<sup>605</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2013, p. 19. No mesmo sentido ROXIN, *Derecho penal (Tomo I)*, op. cit., 2006, p. 363.

<sup>606</sup> Vale lembrar que, para Tavares: “*La teoría de la imputación objetiva, por lo tanto, no es una teoría para atribuir, sino para restringir la incidencia de la prohibición o determinación típica sobre determinado sujeto*”. TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 271.

#### 7.2.4.1 Breve panorama da teoria da imputação objetiva<sup>607</sup>

Roxin, desde a primeira versão de sua teoria da imputação objetiva proposta no texto em homenagem a Honig até a última, consubstanciada em seu Tratado, sistematizou-a, propondo que, depois de verificada a existência de conduta, nexa causal e resultado, seria ainda necessária a análise em três níveis, a fim de limitar a incidência excessiva da causalidade como critério de responsabilização. Assim, um resultado lesivo só poderia ser imputado a alguém se, em primeiro lugar, a conduta praticada *criar ou incrementar um risco juridicamente não permitido*. Segundo, que o risco se *realize no resultado* e, terceiro, que o resultado esteja abarcado pelo *alcance do tipo*.<sup>608</sup> Percebe-se, pois, que o autor propõe uma solução de caráter normativo, inspirada na interpretação dos tipos penais e ligada a considerações de cunho político-criminal, rechaçando a subjetividade inerente ao finalismo e chamando atenção para as inovações inseridas no tipo objetivo, o que resultou na formulação de uma teoria teleológico-racional do tipo.<sup>609</sup>

Sintetizando suas ideias, Roxin arremata: “*um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criar um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto*”.<sup>610</sup> Vê-se, portanto, que o conceito de imputação é restritivo. Isto é, a conduta somente será imputada caso, além de criar ou incrementar um risco de lesão ou de perigo a um bem jurídico verificável empiricamente no resultado, esse não esteja abarcado no âmbito do juridicamente permitido.

Ressalta-se que a concepção de imputação objetiva de Roxin difere substancialmente da ideia de Frisch e de Jakobs, por exemplo. Para Frisch, em sua monografia “*Comportamiento típico e imputación del resultado*”, a conduta típica deve ser considerada em momento distinto da imputação do resultado. Na criação do risco desaprovado, está-se frente à conduta típica tão somente, definida *ex ante*. Tal concepção reveste-se de relevância prática para a teoria da tentativa, v. g. A conduta que apenas cria o risco, mas não o realiza no resultado, só pode ser punida na modalidade tentada, ou seja, o resultado não é imputável. A imputação desse, por sua vez, estaria reservada para a causalidade e a realização do risco

<sup>607</sup> Anteriormente em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 546 e ss.

<sup>608</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 362 e ss.

<sup>609</sup> FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**. Trad. Nereu Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 134.

<sup>610</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 148.



desaprovado, isto é, sob uma perspectiva *ex post*.<sup>611</sup> Para Jakobs, o distintivo para caracterizar um comportamento humano penalmente relevante não é a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, senão seu significado. Deve-se averiguar o que significa determinado comportamento desde o ponto de vista social, isto é, desde “*papéis*” ou “*competências*” previamente determinados no mundo social, ordenados de maneira normativa.<sup>612</sup> O que é objetivo para Jakobs, dentro de seu sistema de imputação do comportamento, são as desviações a respeito das expectativas do portador de um papel social, não sendo decisivas as capacidades de quem atua, mas sim um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupadas por indivíduos fungíveis.<sup>613</sup>

#### 7.2.4.2 Critérios normativos da imputação objetiva aplicadas aos delitos omissivos impróprios: o incremento/diminuição do risco<sup>614</sup>

Uma das controvérsias que recaem sobre a causalidade e, conseqüentemente, sobre a imputação dos delitos omissivos impróprios, adverte Roxin, é a questão referente a se a atribuição da responsabilidade estaria satisfeita com a ação exigida pela norma para evitar o resultado, com uma probabilidade próxima aos limites da certeza e a constatação da capacidade de agir ou, se de outro lado, não seria possível transferir aos delitos omissivos a *teoria do incremento do risco*, pensada para os delitos comissivos, na forma de diminuição do risco.<sup>615</sup>

<sup>611</sup> Vide FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004; HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. **InDret**: Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, jan/2016, pp. 10 e 11.

<sup>612</sup> JAKOBS, **La imputación objetiva en derecho penal**, op. cit., prólogo.

<sup>613</sup> JAKOBS, **La imputación objetiva en derecho penal**, op. cit., p. 97.

<sup>614</sup> Anteriormente, com substanciais alterações, em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., pp. 549 e ss.

<sup>615</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 192. Para Rocha: “*Ante essas dificuldades da teoria da evitabilidade, tem ganhado força a teoria do incremento do risco ou, na versão própria dos crimes omissivos impróprios, como preferem alguns autores, teoria da diminuição do risco*”. Pires e Sales, restringindo a teoria do aumento do risco aos delitos culposos, afirmam que “*deve-se averiguar se a inobservância da regra de conduta provocou relevante aumento do risco de superveniência do resultado*”. Cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 71. Roxin, todavia, acredita que o critério do aumento do risco não se restrinja aos delitos culposos, mas sim seja um critério de imputação do tipo objetivo genericamente, isto é, em um momento anterior ao da análise do tipo subjetivo na estrutura analítica do fato punível. cf. ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., pp. 379 e ss. Na Itália, adeptos da teoria do incremento do risco FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. Bologna: Zanichelli, 1990, p. 114. Para Fiandaca/Musco, “*Secondo il punto de vista di dell’aumento del rischo l’imputazione obiettiva dell’evento presuppone, oltre al nesso condizionalistico, che l’azione in questione abbia di fatto aumentato la probabilità di verificacióne dell’evento dannoso. Sarebbero, infatti, giuridicamente vietate soltanto le azione che vanno al di là del rischio socialmente consentito e che*

Para a aceitação do incremento do risco como critério normativo determinante para a atribuição da responsabilidade por omissão imprópria, parte-se do pressuposto de ser impossível determinar com a certeza exigida pela teoria da evitabilidade se a ação omitida, hipoteticamente, seria passível de ter evitado o resultado.<sup>616</sup> O critério da probabilidade próxima aos limites da certeza, segundo Gimbernat, se efetivamente aplicado pela jurisprudência, tornaria muito difícil a responsabilização de alguém por um delito omissivo impróprio consumado, uma vez que apenas se pode dizer que se o omitente tivesse atuado provavelmente teria evitado o resultado, não se podendo ter certeza.<sup>617</sup> A solução proposta é a de que bastaria que a ação exigida pudesse diminuir o risco da produção do resultado. Se, por outro lado, tiver extravasado os limites do risco permitido, aumentando com isso o risco proibido, imputar-se-á o resultado ao agente por ter atuado de modo repreensível. Para se imputar um resultado a título de omissão, já que na prática não é exigida a probabilidade próxima aos limites da certeza, bastaria que o garante, com a ação omitida, tivesse diminuído o risco da ocorrência do dano.<sup>618</sup>

Faz-se mister, portanto, antes de prosseguir, elucidar as discussões que perpassam a teoria do *incremento do risco* desde o pós-segunda guerra, na discussão dogmática alemã. Tal critério nasce como resposta às chamadas “*condutas alternativas conforme o Direito*”. A partir desta conduta, verifica-se se o resultado lesivo teria sido evitado, não com segurança, mas com probabilidade ou possibilidade.<sup>619</sup>

---

*producono evento costituenti realizzazione del rischio vietato: mentre sarebbero lecite le condotte che non comportano un pericolo disapprovabile o che non aumentano le chances di verificazione di evento lesivi. Alla stregua di queste premesse, mentre è ad es. senz'altro da escludere che l'invito rivolto dal nipote allo zio aumenti il rischio che quest'ultimo muoia per incidente aéreo, è invece difficile disconoscere che l'istigare un tossicodipendente, sia pure già físicamente debilitato, a riprendere l'assunzione di eroina, non acresca il rischio di un evento letale”.*

<sup>616</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 45.

<sup>617</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 45.

<sup>618</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 45. Assim também ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 152. Ainda ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 192. Para Rocha: “*Para a imputação do resultado lesivo ao omitente, segundo essa teoria, não seria necessária a evitação do resultado com uma probabilidade próxima da certeza, mas apenas que a omissão da ação devida tenha eliminado ou diminuído as possibilidades de salvação do bem jurídico protegido*”. Ainda para Gimbernat, se o BGH tivesse adotado a teoria da diminuição do risco, teria podido oferecer uma resposta com menos complicações para o caso *Lederspray*: “*Porque, por una parte, si cada directivo hubiera tratado de convencer a los restantes de que adoptaran una resolución de retirada del producto (...) habría aumentado la posibilidad de que aquélla se acordase, con ello, también, la de que se hubiera retirado el producto, con lo que de esta manera, habría disminuído la posibilidad de que los consumidores sufrieran daños en la salud*”. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 47.

<sup>619</sup> Principalmente ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 379.

Incrementa-se o risco quando, em que pese se comprove que o resultado teria ocorrido mesmo se respeitadas todas as regras de segurança, supera-se o risco permitido. Elucidando a discussão, Roxin traz à lume um exemplo. Suponha-se que um condutor de ônibus queira ultrapassar um ciclista, mas ao fazê-lo não respeita a distância mínima para a ultrapassagem, fazendo com que o ciclista se desestabilize e caia sob as rodas traseiras do veículo, provocando sua morte. Sabe-se que o ciclista estava bêbado e que o resultado provavelmente ocorreria mesmo se houvesse sido observada a distância mínima.<sup>620</sup> Se a conduta conforme o direito acarretar, provável ou possivelmente, a ocorrência do mesmo resultado, estará excluída a imputação. Se, por outro lado, a ação ou omissão superar o risco permitido, sendo provado que a conduta alternativa evitaria o resultado, então não se deve afastar a imputação.

A concorrência da existência do incremento de um risco deve ser verificada *ex post*, v. g., analisando-se todas as circunstâncias que, mesmo posteriormente, sejam conhecidas (embriaguez, velocidade acima da permitida etc.). Deve-se observar, ainda, se a ação abarcada pelo risco permitido teria *diminuído o risco* na situação de fato, ou ainda, aumentado as chances de salvamento ou evitação do resultado. Isso se deve ao fato de uma conduta que reduza a probabilidade de uma lesão não poder ser considerada orientada à produção de um resultado desvalioso.<sup>621</sup>

Algumas peculiaridades, entretanto, recobrem os delitos omissivos impróprios. Cabe aqui lembrar Suárez González e Cancio Meliá, para os quais, nos delitos comissivos por omissão, supõe-se uma sensível modificação dos parâmetros sobre os quais se assentam a imputação do resultado.<sup>622</sup> Ao contrário do que sucede com os delitos comissivos, em que a realização do risco não permitido fundamenta, junto com a causalidade, a imputação, na omissão imprópria o omitente já encontra de antemão o risco ilícito na situação típica, não criando o mesmo.<sup>623</sup>

No caso de admitir-se a aplicação da tese do aumento do risco, concluir-se-á que o resultado somente será imputado ao agente omitente quando sua atuação não teria diminuído significativamente o risco de produção do resultado, não mais com uma probabilidade tangente à certeza, mas contentando-se agora somente com a possibilidade. Se um fabricante de roupas, contrariando normas regulamentares, entrega material contaminado e não desinfetado, no caso pelo de cabra, por exemplo, para os empregados da produção, fazendo

<sup>620</sup> Exemplo apresentado em ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 379.

<sup>621</sup> A ideia da diminuição do risco foi apresentada inicialmente em: ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 149.

<sup>622</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Estudio preliminar. In JAKOBS, Gunther. **La imputación objetiva en derecho penal**. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 45.

<sup>623</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 815.

com que alguns trabalhadores sejam contaminados por bactérias fatais, levando-os à óbito, tais mortes deverão ser imputadas àquele que teria o poder e o dever de evitar o resultado lesivo, no caso o patrão ou técnico de segurança.<sup>624</sup> Nesse caso, a desinfecção do material de trabalho não precisaria constituir uma garantia certa de eliminação dos agentes infecciosos causadores da morte. A imputação somente seria rechaçada se a atividade do autor não importasse em um aumento do risco permitido, critério que incide sobre o desvalor do resultado.<sup>625</sup> No caso apresentado, quando os desinfetantes indicados não exercessem nenhuma influência sobre as bactérias nocivas.<sup>626</sup> Vislumbra-se, claramente, tratar-se de um problema que permeia a chamada possibilidade de agir nas circunstâncias, requisito dos crimes omissivos impróprios que deve ser encarada como ponto nevrálgico da apuração da realização do risco juridicamente desaprovado no resultado. Em não sendo possível agir, porque nas circunstâncias sua conduta não alteraria em nada a situação de fato, a imputação estaria afastada pelo fato do risco não se realizar no resultado.

Por isso, afirma-se que a possibilidade de agir integra a sistemática da imputação do tipo dos crimes omissivos, na forma de desvalor do resultado, isto é, de realização do risco no resultado. Não seria exigível à ninguém a evitação de um dano sobre alguma coisa que não lhe seja pessoalmente possível alcançar. Cabe, não obstante, rememorar alguns aspectos importantes sobre o conteúdo de tal possibilidade, já abordados anteriormente. A doutrina causalista afirma ser indispensável a real possibilidade de praticar a ação mandada pela norma. Tavares, na tentativa de extirpar o substrato causal desse requisito de imputação, propõe a diferenciação entre possibilidade física e capacidade normativa de agir. Em sendo o sujeito fisicamente incapaz de agir, a exclusão da tipicidade dependerá de uma constatação empírica. Ao revés, quando se tratar de uma capacidade normativa, o processo dependerá da relação existente entre o empírico e o normativo sob a perspectiva do tipo. Nesse caso, a verificação de se o desinfetante exigido regulamentarmente era eficaz ou não para exterminar as bactérias nocivas. O empírico, aqui, só ganha sua relevância normativamente.<sup>627</sup>

A teoria da diminuição do risco, no entanto, não é imune a críticas. As principais contestações dizem respeito à infração do princípio do *in dubio pro reo* e da conversão dos delitos omissivos impróprios em crimes de lesão para delitos de perigo.<sup>628</sup> Explica-se. Não se

---

<sup>624</sup> Caso julgado pela Câmara Criminal do Tribunal do Reich (RGSt, 63, 211), reproduzido por ROXIN em: **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 153.

<sup>625</sup> GRECO, **Um panorama da teoria da imputação objetiva**, op. cit., pp. 118 e ss.

<sup>626</sup> ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, op. cit., p. 153.

<sup>627</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., pp. 353-354.

<sup>628</sup> GIMBERNAT ORDEIG, **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**, op. cit., p. 48.

exigindo a certeza da evitação do resultado pela ação omitida, bastando a diminuição do risco, imputar-se-ia, por exemplo, o crime de homicídio ao médico no caso da morte de seu paciente mesmo que sua ação de salvamento não tivesse evitado o dano com seguridade, senão pela mera probabilidade de salvação do enfermo. Se a possibilidade tivesse sido inútil, tendo o paciente falecido em qualquer caso, não se interpretaria a favor do réu, mas sim em sentido contrário.<sup>629</sup>

Não se pode concordar com tal crítica. A nosso ver, nesse caso, estar-se-á frente à colisão de princípios: de um lado a imputação como corolário da legalidade e, de outro, o princípio *favor rei*, expressão da interpretação favorável ao réu. O que ocorre aqui, nos termos da melhor doutrina, é que um princípio deve ter precedência sobre outro na situação fática, não importando, com isso, que seja declarado inválido ou se abra uma cláusula de exceção, como ocorre no caso das regras. Enquanto conflitos de regras resolvem-se na dimensão do plano da validade, conflitos de princípios resolvem-se pelos seus diferentes pesos no caso concreto.<sup>630</sup> Quando do conflito de dois interesses que estão no mesmo nível valorativo, o objetivo do sopesamento de princípios é verificar qual deles possui maior peso no caso concreto, devendo ser aplicados segundo as possibilidades de fato e de direito para sua concretização.<sup>631</sup> No caso em análise, como tem os dois princípios pesos iguais na sistemática de responsabilização, uma vez que o sistema normativo não estabeleceu, de antemão, precedência de nenhum deles, há de se verificar se não houve a violação de direitos fundamentais.<sup>632</sup> Ora, a própria Constituição estabelece, como princípio geral, que a interpretação benéfica ao réu é um direito fundamental (entre outros, art. 5º, XL, CF). Em contraposição do poder de punir do Estado, os direitos fundamentais devem ser encarados como barreiras à intervenção repressiva indevida no âmbito das garantias individuais do cidadão, decorrência lógica de sua dignidade como pessoa humana (art. 1º, III, CF). Em assim sendo, parece evidente que, caso a prova da possibilidade de se evitar o resultado com a ação não seja minimamente aceitável sobre o crivo do julgador, pelo princípio de seu livre-convencimento, deverá prevalecer a interpretação favorável ao réu, sendo imperativa a absolvição pela ausência de tipicidade objetiva.

Do mesmo modo, outra crítica é a de que o critério da diminuição do risco converteria dos delitos omissivos impróprios de lesão em crimes de perigo. Se a ação omitida tivesse

---

<sup>629</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*, op. cit., p. 48

<sup>630</sup> Entre outros ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93 e ss.

<sup>631</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 95.

<sup>632</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 98.

reduzido o risco da ocorrência do resultado, mas, de todo modo, não o evitou, estar-se-ia imputando o resultado a quem pôs em perigo o bem jurídico, não a quem realmente tenha causado a lesão. O médico que não trata uma doença com alto nível de mortalidade teria imputado para si o resultado morte mesmo que não se soubesse se o resultado foi consequência da omissão. Ocorre que tanto a probabilidade próxima aos limites da certeza quanto a teoria da diminuição do risco operam com critérios estatísticos e não com a segurança exigida nos delitos de ação. A diferença é que a primeira requer um juízo de probabilidade maior que a segunda.<sup>633</sup> Como ressalta Gimbernat, sucede que *“la naturaleza de las cosas hace imposible constatar una seguridad sobre los efectos que podría haber desplegado un proceso causal hipotético”*.<sup>634</sup> Em síntese, vê-se mais vantagens do que desvantagens na aplicação da teoria da diminuição do risco nos delitos omissivos impróprios.

---

<sup>633</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*, op. cit., p. 51.

<sup>634</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*, op. cit., p. 51.

## 8. A INCIDÊNCIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: A POSIÇÃO DE GARANTE DO EMPRESÁRIO

O fenômeno de alargamento das hipóteses de criminalização pela modalidade omissiva merece especial destaque para aqueles que se dedicam ao direito penal econômico e empresarial. Günther e Silva Sánchez já se manifestaram no sentido de ser esse tipo de crime o paradigma futuro da teoria do delito.<sup>635</sup> Segundo Cervini e Adriasola, não é possível analisar a omissão imprópria como critério de imputação no direito penal econômico e empresarial, sem situá-la em uma discussão maior que se refere aos mecanismos políticos criminais para se combater a criminalidade de uma forma geral e à econômica em especial.<sup>636</sup> O direito penal econômico direciona-se, na atualidade, não mais à mera repressão, mas sim à prevenção de riscos normativos que se colocam diariamente diante da realidade empresarial.<sup>637</sup>

O incremento desta forma de imputação parte do pressuposto do Estado não mais comportar a regulação de todos os atos da vida econômica, passando ao particular, por meio da autorregulação, obrigações de registrar transações comerciais, fornecer determinadas informações a certas autoridades, documentar processos específicos etc. Como já afirmado anteriormente, constitui uma tendência a transferência da fiscalização sobre a observância de normas regulatórias aos próprios atores empresariais.<sup>638</sup> O recurso ao sistema punitivo, nesses casos, decorre do fato de se acreditar ser o direito penal apto a fazer valer a vigência da norma como instrumento sem o qual não seria possível a vida em sociedade.<sup>639</sup> Isso somente pode ser afirmado em nível simbólico.

Deve ser entendido como *simbólico*, na linha de Hassemer, aquele “*atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma*

<sup>635</sup> Referiam-se à omissão imprópria culposa como crime de perigo. Vide GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Universidad Pompeu Fabra, 2000, pp. 502 e ss.. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LINHARES, Fernando (orgs.) **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013. Da mesma forma ESTELITTA, Heloisa. **Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal**. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso em 11 de outubro de 2015.

<sup>636</sup> CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social**. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 201.

<sup>637</sup> Entre outros: BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal: Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 44.

<sup>638</sup> Vide VOLK, **Criminalidad económica**, op. cit., p. 142. Da mesma forma SIQUEIRA, COSTA, **A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos da imputação objetiva**, op. cit.

<sup>639</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., pp. 202-203.

*concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma*".<sup>640</sup> Ou seja, nota-se o *simbólico* quando há uma séria divergência do conteúdo manifesto da norma para com seu conteúdo latente. O uso do simbólico, para Tavares, serve tão somente para ocultar o déficit de legitimidade e de racionalidade da norma penal que não corresponde a um resultado lesivo concreto, tão somente a um perigo abstrato. A presunção da ocorrência de um dano em potencial leva o legislador a elaborar normas que valem por si mesmas, sem uma referência empírica com a necessidade ou utilidade social.<sup>641</sup> As formas pelas quais se devem limitar tal expansão é um dos problemas mais candentes da dogmática na atualidade.

A controvérsia recai justamente sobre a conformação da posição de garante do empresário quanto a possíveis ofensas ou colocação em perigo de bens jurídicos de terceiros. Zaffaroni e Batista, tentando resumir a discussão europeia sobre o tema<sup>642</sup>, sintetizam três posições: *a*) no caso de um dever imposto por lei, como nos deveres de informação e advertência sobre a periculosidade de um produto, por exemplo, como consequência permitida ou como defeito posteriormente observado (art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90), enquadra a posição de garantidor sem maiores questionamentos na hipótese do art. 13, § 2º, alínea "a" do Código penal; *b*) na hipótese da empresa que desenvolve atividades potencialmente perigosas em face de bens jurídicos de terceiros, dentro da legalidade (isto é, no âmbito pelo risco permitido), a posição de garante estaria integrada no critério material do controle de uma fonte de perigo, situação que seria abarcada pela assunção voluntária prevista no art. 13, § 2º, alínea "b" do Código penal; e *c*) quando se parte do pressuposto de que a empresa funciona na clandestinidade, não atendendo os requisitos legais e administrativos de licenciamento, razão pela qual seus produtos não autorizados ou perigosos em potencial acarretam a identificação da posição de garantidor com base na alínea "c" do art. 13, § 2º, do Código penal.<sup>643</sup>

Quanto à limitação da responsabilidade nesses casos identificáveis de posição de garantidor do empresário, são passíveis de serem apresentadas objeções tanto político-criminais quanto em nível de legalidade e de imputação. Político criminalmente, a estipulação

<sup>640</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: Fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 221.

<sup>641</sup> TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Direito e psicanálise**. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka. 1ª ed., v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 52

<sup>642</sup> Acerca das discussões na dogmática internacional, consultar: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 158 e ss.. Cf. ainda DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: Iustel, 2009.

<sup>643</sup> ZAFFARONI; BATISTA et all., **Direito penal brasileiro**, 2º v., op. cit., pp. 363-364.



da responsabilidade no seio empresarial, como ressalta Silveira, passou por duas dinâmicas diversas na evolução da dogmática penal econômica. Partindo-se da estrutura hierárquica da empresa, pode-se pensar em dois modelos de atribuição da autoria. Um primeiro sistema de baixo pra cima (*bottom up*), fundado do princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual se parte dos escalões inferiores para os superiores. Buscar-se-ia a responsabilidade do agente envolvido na base da estrutura empresarial para só então, em não sendo possível ou em caso de haver dever de vigilância, analisar os superiores.<sup>644</sup> Essa deveria ser a escolha de um direito penal liberal baseado no princípio da culpabilidade. A cada um seria atribuída responsabilidade na medida de sua culpa e com base nos fatos (ações e omissões) que praticar. Ocorre que esta não é a tendência atual.

Sob o pretexto de que este sistema de responsabilização traria inconvenientes à punibilidade de certos atos, principalmente no âmbito da autoria e das provas, pugna-se por um sistema de coautoria vertical, de cima para baixo, dos níveis superiores para os inferiores (*top down*). Por esse modelo, busca-se primeiro nos superiores hierárquicos quem teria o dever de evitar o cometimento de crimes no interior da organização empresarial, invertendo-se, assim, a lógica do razoável, com a intenção de perseguir “*lacunas de punibilidade*”<sup>645</sup>. Isso facilitaria, pelo discurso manifesto, a análise de provas, haja vista o órgão acusador entender que os dirigentes deteriam maiores informações do funcionamento da atividade, para que possam colaborar com a justiça.<sup>646</sup> Como aponta Silveira, a expansão do direito penal em sede de crimes omissivos se dá exatamente no momento em que se passa a definir a responsabilidade pelo sistema *top down*.<sup>647</sup> Não se pode concordar, no entanto, com a afirmação do mesmo autor, para quem se tal forma de imputação não fosse empregada “*haveria a perpetuação da simples repetição de punição dos menos favorecidos, em detrimento de uma esperada eficácia também do combate aos crimes dos poderosos*”.<sup>648</sup>

Ora, um discurso de eficiência para o combate à criminalidade de colarinho branco não pode se sobrepor à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Deve-se primar por um direito penal igualitário como decorrência do que dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Os princípios gerais que limitam o poder punitivo estatal não podem reconhecer classes sociais na aplicação da lei penal. Se não se pode reconhecer nem responsabilidade

<sup>644</sup> SILVEIRA, **Direito penal econômico**, op. cit., p. 55.

<sup>645</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 178. Questiona-se, com Cervini e Adriasola, se essa mesma necessidade de satisfazer lacunas de punibilidade não deveria satisfazer, ainda com mais rigor, a crise desnecessária a que, com isso, são submetidos os princípios estruturais do direito penal liberal.

<sup>646</sup> SILVEIRA, **Direito penal econômico**, op. cit., p. 56.

<sup>647</sup> SILVEIRA, **Direito penal econômico**, op. cit., p. 57.

<sup>648</sup> SILVEIRA, **Direito penal econômico**, op. cit., p. 56.

solidária nem objetiva no âmbito do direito penal tradicional, também não pode sê-lo no direito penal econômico. O dever de vigilância não pode afastar o princípio da autorresponsabilidade em relação aos subordinados. Da mesma forma, afirmar a existência de uma coautoria vertical sem a possibilidade de agir para evitar o resultado ou sem elemento subjetivo configurado não pode prosperar em um direito penal de bases democráticas.

Isso decorre do fato de que, na grande maioria dos casos em direito penal empresarial, não será somente aquele que executa a ação o responsável pelo fato típico. Distingue-se, aqui, aquele que executa a conduta material ilícita de quem efetivamente será o responsável pelo delito, dado que a hierarquia própria do meio empresarial e a divisão de funções importam em cadeia de delegação, na qual se atribuem diferentes competências e responsabilidades.<sup>649</sup> Veja-se, por exemplo, o questionamento que recai sobre o dever de vigilância e controle atribuídos ao *Compliance Officer*, que estaria na posição de garante por meio de delegação dos sócios da empresa, uma vez que somente estes assumiriam os riscos da atividade empresarial.<sup>650</sup> Essa delegação teria, justamente, a finalidade de fazer valer as regras de regulação, segurança e salvaguarda empresarial, dado que o empresário não poderia assumir tal controle pessoalmente. Ao *Compliance Officer*, como no exemplo citado na introdução deste trabalho, caberia a antecipação de possíveis responsabilidades a fim de evitar a criação de riscos juridicamente desaprovados.<sup>651</sup> A doutrina aponta como suas atribuições: a) a análise de riscos jurídicos; b) a atuação, para o futuro, na prevenção de determinadas irregularidades, c) a comunicação de conhecimentos jurídicos para a empresa; d) a documentação de medidas adequadas e das irregularidades investigadas etc.<sup>652</sup>

A garantia que assume o gerente, administrador, *officer* etc., refere-se ao comprometimento de que a situação de perigo ao bem jurídico não venha a se efetivar no resultado, atuando positivamente para evitá-lo. A assunção do cargo, nesse caso, constitui o

---

<sup>649</sup> YACOBUCCI, Guillermo. **La responsabilidad al interno de la empresa**. La delegación de funciones. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod>. Acesso em 03 de fevereiro de 2017: “*Dentro de este campo de efectos directos de la organización empresarial se sitúa un segundo nivel de consecuencias relevantes que se relacionan con la omisión y la comisión por omisión, ya que los modos jerárquicos y de división de funciones integran cadenas de delegación, donde se plantean competencias y roles de distinta responsabilidad. En ese campo está claro que la delegación obedece a reglas de especialidad, seguridad, salvaguarda, etc. donde la ejecución final de las conductas ha debido pasar previamente diversos controles. Estos controles aparecen como barreras cuya finalidad es evitar la creación de peligros desaprobados*”. Também em CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 176.

<sup>650</sup> SILVEIRA, **Direito penal econômico**, op. cit., pp. 240-241.

<sup>651</sup> ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Indret**: Revista para el análisis del Derecho. Disponível em [www.indret.com](http://www.indret.com). Acesso em 3 de fevereiro de 2017. Vide também CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 177.

<sup>652</sup> BAGIGALUPO, **Compliance y derecho penal**, op. cit., p. 134.

fundamento segundo o qual se assume tal responsabilidade de evitar danos a terceiros. Quando não se evita, podendo fazê-lo, a produção do resultado e, com isso, realiza-se a conduta prevista no tipo, está-se frente a um delito omissivo impróprio.<sup>653</sup> Resta saber, no entanto, se também aquele que delega o dever será coautor de tal conduta. A divisão de tarefas no meio societário e o dever de vigilância dos superiores sobre os inferiores hierárquicos, no entanto, não pode significar pretexto para responsabilidade solidária, inadmissível em direito penal. Veja-se, por exemplo, a discussão acerca do art. 25 da Lei 7.492/86.<sup>654</sup> A redação original do referido dispositivo incluía a expressão “*mandatários, gestores de negócios ou quaisquer outras pessoas que atuem em nome ou no interesse de instituição financeira ou das pessoas referidas no caput deste artigo*”. Tal trecho foi vetado, repudiando-se tal abrangência em prol do princípio da culpabilidade.<sup>655</sup>

Não se pode imputar um resultado pelo mero fato de alguém ocupar determinada posição dentro de uma empresa. Ocupar a posição de sócio, gerente, administrador etc., nada pode dizer sobre o cometimento de um delito. A relevância do comportamento de cada indivíduo deve ser analisada de acordo com o contexto em que os efeitos do seu comportamento dentro da organização empresarial são produzidos. O organograma da empresa deve servir como critério auxiliar de prova para a determinação do dever e não apontar, *hic et nunc*, a responsabilidade.<sup>656</sup> Não pode ser imputado um fato delituoso sem que nada se tenha a ver com a atividade desenvolvida dentro da empresa, sobre acontecimentos sem os quais não recaia o dever de cuidado. Igualmente, no que toca aos superiores hierárquicos relativamente aos atos de seus empregados, há de se ter em conta o princípio da confiança como critério de imputação objetiva.<sup>657</sup> Os superiores hierárquicos que tenham efetuado um procedimento de recrutamento de pessoal dentro dos limites legais e da razoabilidade e dotado seus inferiores das informações necessárias para o correto cumprimento de suas atividades não tem porque neles não confiar, desde que inexistam dados de que haja alguma coisa errada dentro da própria empresa. A delegação de deveres empresariais, nesse caso, não os afasta totalmente dos superiores, mas os transforma. Apenas

---

<sup>653</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 177.

<sup>654</sup> “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores da instituição financeira, assim considerados diretores, gerentes (Vetado)”.

<sup>655</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Prefácio. In. LAUFER, Daniel. **Artigo 25 da lei 7.492/86**. Problemas de autoria no âmbito jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. V.

<sup>656</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr de 2012, pp. 39 e ss.

<sup>657</sup> Sobre o princípio da confiança no âmbito do direito penal econômico vide, no Brasil, SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, pp. 187 e ss.

subsistirão, quando seja possível atuar, os deveres de vigilância, controle e supervisão sobre os empregados, sendo estes, em todo caso, autorresponsáveis.<sup>658</sup>

Outro problema surge, paralelamente, quando da análise de atos praticados pela empresa, porquanto predomina a máxima do *societas delinquere non potest*. No Brasil, apenas nos crimes ambientais é admissível a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º da Lei 9.605/98).<sup>659</sup> Não é o que acontece no restante dos casos de direito penal econômico brasileiro. Poder-se-ia pensar, portanto, para os casos dos delitos especiais, isto é, crimes próprios em sua maioria, em uma cláusula de “*atuar no lugar de outro*”.<sup>660</sup> Imputar-se-ia a um diretor de empresa um delito para o qual ele não possuísse as características indicadas como necessárias ao sujeito ativo pelo tipo penal, como forma de tentar amenizar os problemas decorrentes principalmente dos administradores em relação à atos da empresa. Assim há previsão expressa no Código penal espanhol, por exemplo.<sup>661</sup> Há divergência doutrinária sobre se tal disposição seria analisada dentro da dogmática dos crimes omissivos impróprios, considerando os administradores como verdadeiros garantes pelos atos da empresa,<sup>662</sup> ou no âmbito da teoria da autoria, especialmente ao domínio de um aparato organizado de poder. Todavia, dentro de empresas que não tenham por finalidade a prática de ilícitos, essa última posição não parece sustentável, visto que, para Roxin, esta modalidade de domínio só se aplica a organizações que atuam à margem da legalidade.<sup>663</sup> De todo modo,

<sup>658</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**, op. cit., p. 42.

<sup>659</sup> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

<sup>660</sup> Segundo Yacobucci, “*En aquellas legislaciones donde predomina el principio societas delinquere non potest, se utilizan con mayor extensión fórmulas de responsabilidad penal denominadas "actuar en lugar de otro" para alcanzar al sujeto individual. Así por ejemplo, el art.31 del Código Penal Español y el parágrafo 14 de Código Penal Alemán (StGB). Estas fórmulas fundamentalmente quieren solucionar un problema de tipicidad e imputación. Se utiliza el 'actuar en lugar de otro' cuando se quiere imputar penalmente a algún directivo de la empresa por un delito especial donde, sin embargo, el sujeto físico no posee las características indicadas en el tipo penal para responder por el delito*”. In YACOBUCCI, **La responsabilidad al interno de la empresa**, op. cit.

<sup>661</sup> Assim o art. 31 do Código penal espanhol: “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe*”.

<sup>662</sup> SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LINHARES, Fernando (orgs.) **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013, p. 248.

<sup>663</sup> ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7ª ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, pp. 276 e ss.

indispensável a quem queira sustentar tal teoria que a pessoa a ser imputada tenha ao menos participado dos fatos que conduziram a decisão empresarial.<sup>664</sup>

Outra crítica possível é a referente à compatibilização do dever de vigilância no âmbito dos delitos econômicos com o princípio da legalidade. Além daquelas já apresentadas anteriormente, poder-se-ia agregar, aqui, o fato dos delitos empresariais serem regidos por complexas ações positivas de engano e fraude, o que torna ainda mais difícil a construção da equivalência.<sup>665</sup> Há de se analisar o caso concreto a fim de verificar ser possível a admissão da equivalência entre atuar e omitir, nem sempre o sendo possível. Difícil verificar, nessas circunstâncias, uma fraude ou engano por omissão. Pode-se pretender equiparar o ato de enganar/fraudar com o “*omitir informações*”. Ora, enganar e fraudar, além de linguisticamente diferentes de omitir, importam em criar ilusão para induzir em erro, simular ou dissimular a realidade, dar falsa aparência material, com o propósito preconcebido de frustração econômica.<sup>666</sup> Somente com a vulneração do princípio da legalidade pode se permitir a equiparação da omissão com a falsa representação material da realidade.<sup>667</sup>

Por fim, a última crítica que cabe apresentar é em nível de imputação. Como aponta Cervini e Adriasola, a fórmula da omissão imprópria, além de apresentar problemas no que toca sua compatibilização com os princípios da legalidade e da taxatividade, ao serem derivados de construção jurisprudencial da equivalência com o atuar positivo – já que, como não integram o texto da lei, têm que ser complementada por interpretação jurisdicional – apresentam também riscos como critério de imputação, se interpretada por um viés funcional.<sup>668</sup> A teoria da imputação objetiva, nos termos do anteriormente apresentado, deve assentar os critérios de descaracterização da posição de garantidor.<sup>669</sup> O garante pode delegar seu dever, como no caso do *Compliance*. No entanto, permanece, ainda que residualmente, dotado por alguma medida do dever de vigilância sobre o delegado. O respeito ao risco permitido e ao princípio da confiança, quando preenchidos seus requisitos, afastam a criação/incremento do risco e, assim, a responsabilidade.<sup>670</sup>

---

<sup>664</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 170.

<sup>665</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 224.

<sup>666</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial 2. São Paulo: Bushastky, 1978, p. 76.

<sup>667</sup> Fragoso, por outro lado, acredita ser possível tal equiparação: “*Ao silêncio corresponde geralmente a omissão, que ocorre quando o agente tem o dever jurídico de esclarecer, segundo a regra geral (...), bastando aqui a existência de relação de confiança*”. Cf. FRAGOSO, **Lições de direito penal**: parte especial 2, op. cit., p. 76.

<sup>668</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**, op. cit., p. 221.

<sup>669</sup> SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, **Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico**, op. cit., p. 244.

<sup>670</sup> SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, **Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico**, op. cit., p. 248.

## 9. RESOLUÇÃO DOS CASOS APRESENTADOS

A resolução dos casos apresentados anteriormente dirige-se a verificação, *in concreto*, da relevância prática da presente investigação. Tendo em vista o arcabouço teórico anteriormente apresentado, insta afirmar que o procedimento a ser utilizado deve perpassar duas etapas, a fim de avaliar os pressupostos teóricos do modelo restritivo de responsabilização: a primeira delas diz respeito à identificação da *posição de garantidor*, enquanto a segunda, circunscreve-se a questão da causalidade, do aumento do risco do advento do resultado e, por fim, da própria realização do mesmo. Consoante a opinião aqui apoiada, a verificação da causalidade depende de se a ação omitida, outrora exigida, poderia impedir, conforme leis naturais, o resultado desvalioso. Passa-se, pois, à resolução dos casos.

*Solução do Caso 1 (de lege lata e de lege ferenda):* O caso 1 refere-se ao *Compliance Officer*. Algumas considerações prévias são necessárias. Em primeiro lugar, deve-se afirmar que o simples descumprimento ou inobservância de algumas recomendações das regras de bom governo dentro do âmbito empresarial não justificam a configuração do tipo objetivo. Uma solução tal qual ocorre no direito penal espanhol parece ajustada aos objetivos de um Estado Democrático de Direito, isto é, somente constitui infração o fato da empresa submetida à controle apresentar graves deficiências administrativas e contábeis, em decorrência da insuficiência de controle interno relativo à gestão de riscos empresariais, que ponham em perigo sua solvência.<sup>671</sup> Por outro lado, situação diferente ocorre quando, da inobservância das normas do programa de cumprimento, permite-se a prática de um delito, como no caso da lavagem de dinheiro em instituições financeiras. O questionamento aqui recairia sobre o fato de ser o *Compliance officer* responsabilizado em coautoria ou participação, por omissão, com o diretor da instituição.<sup>672</sup> Deve-se ter em conta que será considerado autor por omissão

<sup>671</sup> BAGIGALUPO, *Compliance y derecho penal*, op. cit., p. 135.

<sup>672</sup> A questão da participação por omissão é tema recorrente de discussões doutrinárias. No entanto, pela delimitação do tema aqui objetivado, isto é, o tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios, nos remetemos, para a discussão sobre a participação por omissão, à tese de SILVA, Guilherme José Ferreira. **Participação por omissão: delineamentos pela teoria da imputação objetiva**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2008. A participação por omissão, pode se dar ativamente por indução, ou ainda, por cooperação. Por indução, no exemplo de alguém que tenha o dever de formular uma denúncia ser induzido a não fazê-lo. Cf. ROXIN, *Derecho penal (Tomo II)*, op. cit., p. 789. Em relação à coautoria por omissão, Roxin enxerga apenas autoria colateral nos casos em que vários garantes se omitem e não há unidade de resolução entre eles para a prática do fato. No entanto, não afasta possibilidade de coautoria. Em primeiro lugar, no caso de vários omitentes deixaram de atuar no caso de um único dever de omitir o resultado. Por exemplo, o pai e a mãe deixam seu filho, de comum acordo, em desamparo, causando-lhe a morte. São coautores por omissão. Nos delitos empresariais, no caso do *Compliance*, as discussões se tanto o empresário, quanto o *Compliance officer* seriam coautores por omissão no caso de não evitar a prática de um crime ocorrido dentro da empresa pela inobservância de regras regulatórias, esbarra na questão da responsabilidade solidária em direito penal. A não ser que seja o fato cometido por dolo, e unidade de desígnios entre ambos, uma conduta meramente negligente na inobservância do

imprópria aquela que preencha os requisitos da equivalência entre ação e omissão, além dos outros requisitos do tipo.<sup>673</sup> Isso significa dizer que os delitos omissivos são delitos de infração de dever, não se submetendo ao domínio do fato, mas sim à infração do dever de evitar o resultado e demais exigências típicas.<sup>674</sup> A posição de garantidor depende da verificação do dever assumido pelo *Compliance officer* dentro da empresa. Quem assume os riscos da atividade empresarial, no entanto, é o empresário, dono da atividade (art. 2º CLT).<sup>675</sup> Por esse motivo, como se viu, submete-se ele ao dever de vigilância por atos cometidos por seus empregados. Como não tem possibilidade de exercer tal vigilância sobre todos os atos da empresa pessoalmente, é a ele permitido delegar tais responsabilidades, inclusive ao *officer*. Em relação às instituições financeiras especificamente (art. 9º da Lei 9.613/98), os deveres relativos à política de prevenção de lavagem encontram-se nos art. 10<sup>676</sup> e 11 da Lei 9.613/98.<sup>677</sup> Portanto, pode-se afirmar que, nesse caso, está-se frente à hipótese do art. 13, § 2º, alínea “a” do Código penal, isto é, quando a lei impõe o dever de evitar o resultado. Como o dever aqui é eminentemente normativo, não se pode afirmar se, conforme leis naturais, a ação exigida fosse realizada o resultado teria sido evitado.<sup>678</sup> Há de se levar em conta se a

---

programa de cumprimento não pode conduzir à coautoria. No caso da responsabilidade pelo produto, Roxin afirma que “*si vários gerentes omiten de común acuerdo retirar un producto nocivo para la salud*” serão coautores por omissão. Cf. ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 812.

<sup>673</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 801.

<sup>674</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, op. cit., p. 802.

<sup>675</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

<sup>676</sup> Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça; III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

<sup>677</sup> Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

<sup>678</sup> Vale lembrar que, para Roxin, há hipóteses em que a omissão depende do estabelecimento prévio de um dever normativo para caracterizar a expectativa de ação penalmente relevante, isto é, não pode ser caracterizada pré-típicamente, como já citado acima. É o caso, por exemplo, os deveres exigidos pelas normas tributárias ou de regulação econômica. Somente a introdução de um dever penal pode converter em omissão o que antes não era

ação omitida teria possibilidade ou probabilidade de ter evitado o resultado, isso é, se teria diminuído risco. No caso, era de se esperar do *officer* que, pelas atribuições de vigilância que lhe competiam, evitasse o resultado. A ação omitida, *prima facie*, poderia diminuir o risco de que operação delituosa viesse a se confirmar. Todavia, atenta-se para o fato de que a imputação por omissão imprópria, nessas circunstâncias, será limitada, sendo necessária a análise, com mais profundidade, das balizas do risco permitido.<sup>679</sup> Necessário que as hipóteses de evitação exigidas pela norma sejam claras, não inviabilizando racionalmente o cumprimento do dever, além, é claro, de não impedir o exercício da própria atividade profissional.<sup>680</sup> Deve-se, isso sim, tal como acontece a respeito da discussão do recebimento de honorários maculados por parte do advogado, partir-se de uma interpretação restritiva do tipo objetivo da lavagem de capitais. Isso porque o responsável pelo programa de cumprimento, a princípio, não receberia qualquer vantagem pela operação ou proporcionaria maiores vantagens àquele que praticou o ilícito e quer ver seus frutos reintroduzidos no mercado formal. Note-se que o tipo do art. 1º da Lei 9.613/98<sup>681</sup>, não exige para sua conformação o recebimento de qualquer vantagem, sendo esta indiferente para sua consumação. Configura, em verdade, mero exaurimento. Entretanto, não se admite a modalidade culposa, pela inobservância do dever de cuidado. O Tribunal Superior Regional de Hamburgo, julgando o recebimento de honorários frutos de ilícitos por parte do advogado, asseverou que este não poderia ser responsabilizado pelo fato de inexistir tendência de proporcionar benefícios ao autor do delito, nem de provocar maiores danos à vítima.<sup>682</sup> A nosso ver, é perfeitamente cabível a analogia dessa decisão ao caso do *officer*, considerando-se sua conduta negligente como mera irregularidade administrativa dado que não tinha o propósito de beneficiar o infrator nem prejudicar ainda mais a vítima. *De lege ferenda*, portanto, a única forma de admitir-se, sob as circunstâncias apresentadas, a responsabilização

---

nada, não a mera expectativa de ação. Como os deveres, nessas circunstâncias, são normativos, não há que recair sobre eles a análise sob leis naturais. Vide ROXIN, **Derecho penal (Tomo II)**, p. 755

<sup>679</sup> CERVINI, Raúl. Primeira parte. In. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130.

<sup>680</sup> Veja-se, por exemplo, as tentativas de criminalização da advocacia, quando do recebimento de supostos honorários maculados por parte do advogado pela defesa em juízo, quando se sabe que a única fonte de renda do cliente é decorrente da prática de ilícitos. Segundo Cervini e Adriasola: “*essa extensão, do tipo de lavagem de dinheiro, aos honorários recebidos não por um assessoramento, mas pela defesa em juízo, pretende cercar o delinquente, de modo que não possa aceder a uma defesa de sua livre escolha sem colocar em risco o advogado ao qual deveria recair a obrigação de indagar a origem lícita ou ilícita dos fundos utilizados para pagar seus honorários*”. Cf. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105. Vide também o importante trabalho de SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>681</sup> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

<sup>682</sup> CERVINI, ADRIASOLA, **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos**, op. cit., p. 105.



do *Compliance officer*, é a introdução da modalidade culposa ao tipo de lavagem de capitais, na qual se delimitará a inobservância do dever de cuidado e, sendo o caso, dos demais critérios normativos do tipo objetivo, como o princípio da confiança e o nexo de aumento do risco. Se, por outro lado, houver dolo em relação à facilitação da lavagem em favor daquele que ativamente a promove, facilmente restará evidente sua responsabilidade.

*Solução do Caso 2:* O caso do pelo de cabra é recorrente na doutrina e serve de metonímia histórica para as hipóteses em que os empregados de uma empresa são colocados à risco, em especial naquelas de acidente de trabalho. No caso apresentado, não se nega que, com sua conduta anterior, o empresário tenha criado o risco para o bem jurídico que deveria evitar no resultado, pelo fato de não desinfetar os materiais que seriam distribuídos para manipulação dos funcionários. Por esse modo, sua posição de garantidor se justifica pelo art. 13, §2º, alínea “c” do Código penal, isto é, na hipótese da ingerência. Assim, conforme leis naturais, era de se esperar que, em procedendo ao correto procedimento de limpeza do material, ele estivesse livre de bactérias e seguro para o trabalho. Há, portanto, causalidade.<sup>683</sup> No entanto, não se pode basear-se exclusivamente nesse critério. Como adverte Sánchez Rios, a jurisprudência tem corroborado a ideia segundo a qual, para a punição na esfera penal de empresários ou de demais prepostos, bastaria exclusivamente a demonstração da causalidade, abstraindo-se as fronteiras normativas do risco permitido.<sup>684</sup> O presente caso foi objeto de julgamento por parte do Tribunal do *Reich* alemão (*RGSt* 63,211). Não se discute o fato de o empresário ter criado o risco, uma vez que se omitiu na desintoxicação do material. Resta saber se o advento do resultado não impedido tem a ver com tal risco previamente criado. Note-se que, mesmo tendo cumprido o dever, teria sido inútil, uma vez que, como se verificou posteriormente, as bactérias não teriam sido completamente extirpadas. Por esse motivo conclui-se que não haverá imputação pela falta de realização do risco proibido no resultado.<sup>685</sup> A tentativa somente será possível, como decorrência da criação do risco por parte do empresário, se sua conduta for dolosa. Se, outrossim, sua conduta foi só imprudente, a solução será a impunidade penal,<sup>686</sup> sem prejuízo de eventuais responsabilidades trabalhistas e

---

<sup>683</sup> Acerca dos acidentes de trabalho, veja-se especialmente o estudo de SANCHEZ RIOS, Rodrigo. A atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações à luz da teoria da imputação objetiva. In. BUSATO, Paulo César (org.) **Questões atuais do sistema penal**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 131 e ss. Segundo Sánchez Rios: “*inúmeros acidentes laborais sobrevêm e, na perspectiva jurisprudencial, encontra-se uma resposta inicial assentada exclusivamente na causalidade, ignorando-se os critérios normativos proporcionados pela teoria da imputação objetiva*”.

<sup>684</sup> SANCHEZ RIOS, **A atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais**, op. cit., p. 132.

<sup>685</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 376.

<sup>686</sup> ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, op. cit., p. 376.

administrativas. Uma possível variação desse caso, envolvendo acidente de trabalho, pode ser extraída da decisão proferida *Habeas Corpus* n. 4.745.935/PR, de relatoria do Des. Telmo Cherem.<sup>687</sup> Nele, concedeu-se ordem para trancamento da ação penal em favor de sócios de empresas envolvidas na subcontratação da obra em que ocorreu um acidente de trabalho, que causou a morte de um trabalhador pelo fato deste não cumprir as normas de segurança do trabalho. Os sócios de ambas as empresas foram denunciados por homicídio culposo pela negligência na verificação do cumprimento de tais regras. Sistematizou-se que, para a responsabilização penal dos sócios das empresas, era de se exigir uma incontroversa posição de garantidor quanto à evitação do acidente de trabalho para a configuração da coautoria em homicídio culposo (dever de vigilância sobre uma fonte de perigo); e a incidência dos princípios do risco permitido, da confiança e da proibição de regresso. Almejou-se inviabilizar a responsabilidade retrospectiva dos sócios da empresa que subcontratou o empregado, tendo em vista a aplicação da teoria da imputação objetiva do resultado. No voto, o relator continua afirmando que “*mesmo à luz da moderna teoria da imputação objetiva, na qual o papel do nexo de causalidade não tem caráter decisivo ao juízo de tipificação penal, máxime nos crimes omissivos impróprios, o resultado que consuma o delito só pode ser imputado a quem criou ou incrementou o risco juridicamente proibido*”. Descreve ainda que “*o risco desencadeado por essas subcontratações fosse juridicamente defeso, os princípios da confiança (Vertrauensgrundsatz) e da proibição de regresso (Regressverbot) interromperiam a cadeia retrospectiva de imputação do resultado quando esta remontasse à empresa que subcontratou autonomamente a empregadora da Vítima*”.<sup>688</sup> Em que pese a decisão em certos momentos não apontar a qual teoria da imputação objetiva se filia, nem qual hipótese específica que se utiliza, a sua intenção em aplicar tais critérios normativos é, no mínimo, louvável.

*Solução do Caso 3:* Como se viu anteriormente, a relação médico-paciente circunscreve-se à previsão do art. 13, § 2º, alínea “b” do Código penal, isso é, decorre da assunção fática da responsabilidade. Não há dúvida, pois, quanto ao dever de agir. Resta saber, no entanto, se a conduta omitida teria evitado o resultado. Essa resposta só pode ser fornecida, como aqui sustentamos, em um modelo restritivo de atribuição da

---

<sup>687</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Acórdão no Habeas Corpus n. 4.745.935/PR**. Rel. Telmo Cherem, j. 03.04.2008, 1.ª Câm. Crim.

<sup>688</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Acórdão no Habeas Corpus n. 4.745.935/PR**. Rel. Telmo Cherem, j. 03.04.2008, 1.ª Câm. Crim.

responsabilidade.<sup>689</sup> Em primeiro lugar, de acordo com as leis naturais sabe-se, pelo conhecimento médico, que o correto tratamento de doenças pode, senão curar, ao menos aliviar ou prolongar a vida do paciente em tratamento. Isso decorre do fato da obrigação do médico, na maioria das vezes (salvo exceções como no caso da cirurgia plástica, por exemplo), ser de meio e não de resultado. Acrescendo-se a conduta omitida, ao menos possivelmente pode-se sustentar uma melhora no quadro clínico do paciente. Há de se afirmar, portanto, a causalidade. No entanto, a discussão não se encerra aí. Deve-se constatar se, em uma perspectiva *ex post*, a conduta omitida, exigida pela norma, teria sido inócua, afastando a atribuição do resultado, ou se, por critérios normativos, extrapolando o risco permitido, possibilita a lesão com certo grau de probabilidade.<sup>690</sup> No caso apresentado, soube-se, a partir de estudos estatísticos de observação, que em 90% dos casos, o tratamento viabilizaria uma sobrevivência de 5 a 10 anos. O paciente, entretanto, veio a falecer por não ter recebido a medicação. Note-se que “*o acréscimo mental da conduta médica não leva a lugar algum caso não se saiba como o medicamento ou a operação teria atuado*”.<sup>691</sup> Há de se ter em conta que o risco advindo da situação de doença foi incrementado pela omissão do médico em promover o procedimento, excedendo-se o risco permitido. A situação de perigo ao bem jurídico veio a se realizar no resultado com a morte do paciente, sendo abarcada pelo alcance do tipo, haja vista não ser o risco atribuível à vítima. Nesse caso, o resultado deve ser objetivamente imputável. Contudo, isso não afasta a necessidade da análise da imputação subjetiva.

*Solução do Caso 4:* Igual sorte encontra o procedimento de imputação aplicável ao caso do carnavalesco. Nesse caso, o carnavalesco, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, perfazendo a hipótese do art. 13, § 2º, alínea “c” do Código penal. O fato de o carnavalesco armazenar em lugar inadequado os fogos de artifício criou o risco que se realizou no resultado com a deflagração dos fogos por parte do convidado. No entanto, apenas com essas informações não se pode imputar-lhe o resultado. São necessários critérios adicionais. Para Tavares, a atuação anterior do carnavalesco teria sido substituída pela superveniência de fatores causais aleatórios, ou seja, a atuação de outrem que teria colocado em marcha (dado causa) à explosão. Aquele que iniciou a ação arriscada não a

---

<sup>689</sup> Como também ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 185. Por esse motivo se deve distinguir entre posição de garantidor e nexos de causalidade. Não parece ser acertada a decisão de considerar a causalidade como critério da posição de garantidor, pelo simples fato de não se poder confundir desvalor da ação com desvalor do resultado. Assim, seguindo a linha de Rocha, discordamos de TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 334, que considera a causalidade como limitadora da hipótese da ingerência por uma interpretação teleológica do art. 13, §1º do CP.

<sup>690</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 184.

<sup>691</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 189.

dominaria no resultado. Nesse sentido, o comportamento do convidado teria sido causa superveniente relativamente independente que, quando por si só produz o resultado, exclui a imputação, por interpretação ao art. 13, § 1º do Código penal.<sup>692</sup> Tavares parece propor a causalidade como critério corretivo da posição de garantidor. Não parece, todavia, ser a escolha mais ajustada à solução do caso, uma vez que posição de garante é um critério do desvalor da conduta, enquanto a imputação diz respeito ao desvalor do resultado. A nosso ver, concordando com Rocha, o carvalesco permanece ingerente, conservando a posição de garantidor, pois sua conduta está incluída no desdobramento dos fatos. Sua responsabilidade seria excluída no plano da restrição adicional da imputação, já que o risco criado não é realizado no resultado por conduta do anfitrião, mas de terceiro.<sup>693</sup>

*Solução do Caso 5:* No caso-base do rompimento de barragem, o órgão diretivo da empresa responsável omitiu-se ao deixar de promover a manutenção preventiva na estrutura que rompeu. Em tese, poderia ser responsabilizada, por omissão, por dois crimes ambientais, quais sejam, aqueles previstos nos art. 54<sup>694</sup> e 68<sup>695</sup> da Lei 9.605/98. No caso do art. 59, fica clara a necessidade de se caracterizar o atuar precedente como aquele que tenha criado o risco cujo resultado deveria ter sido evitado. Em razão do atuar precedente, restou caracterizada a posição de garantidor por ingerência, nos termos do art. 13, § 2º, alínea “c” do Código penal. Em relação ao art. 68, o próprio tipo exige a obrigação contratual, isto é, circunscreve-se à hipótese do art. 13, § 2º, alínea “b”, do Código penal, quando o omitente, de outro modo, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado.<sup>696</sup> Em relação à causalidade, deve-se ter em conta, com base em rígida prova técnica submetida ao devido processo penal, que a ação exigida evitaria o resultado conforme leis naturais – isto é, que a correta observação e reparação da barragem evitaria o desastre ambiental. Ora, é uma conclusão lógica, mas também empírica, que a correta manutenção de uma construção evita sua deterioração e sua destruição pela ação do tempo. Há, portanto, causalidade. Resta saber se a conduta do conselho incrementou ou não o risco da produção do resultado para que seja objetivamente

<sup>692</sup> TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, op. cit., p. 334.

<sup>693</sup> ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, op. cit., p. 186.

<sup>694</sup> Art. 54 - Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (*in omissis*) § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

<sup>695</sup> Art. 68 - Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

<sup>696</sup> Note-se, como sustentado anteriormente, que o art. 68 da Lei 9.605/98, apesar de estar descrito em tipo próprio, constitui crime omissivo impróprio, uma vez que um de seus elementos objetivos exige a posição de garantidor: “*aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo*”.

imputável. Como afirmado, uma equipe de segurança constatou rachaduras na estrutura, as quais não tiveram manutenção por decisão da diretoria que atendia critérios econômicos. Além disso, conforme dados apresentados, a manutenção preventiva era sempre realizada após os prazos regulamentares. Dado essas circunstâncias, inegável a existência de um excesso do risco permitido, havendo, portanto, um aumento do risco justificante da imputação do resultado. Note-se, como já se afirmou anteriormente, que a imputação objetiva não exclui a imputação subjetiva, que deve, de todo modo, ser analisada em um momento posterior.

## 10. CONCLUSÕES

Talvez a temática dos delitos omissivos impróprios seja uma das mais em voga na dogmática penal contemporânea. Nos últimos anos, inúmeros trabalhos vêm surgindo, especialmente no Brasil, propondo-se a apresentar interpretações próprias acerca do *não-fazer* penalmente relevante.<sup>697</sup> Em relação à proficuidade de seu potencial teórico, há de se ter em vista que ciência, como um todo, e, sobretudo a ciência penal, é e deve ser dialética, ou seja, sujeita à dissonância. Os temas fundamentais de determinada área do saber merecem um constante aprofundamento teórico e técnico, não se podendo considerar nenhum tema esgotado em seus fundamentos ou que já tenham sido traçadas as linhas definitivas de seu entendimento.<sup>698</sup>

O presente trabalho se limitou a investigar os elementos objetivos dos crimes omissivos impróprios e os requisitos doutrinários necessários para a imputação do resultado deles decorrentes. Para tanto, um percurso lógico foi recorrido. Iniciou-se o estudo com uma exposição acerca das causas político-criminais da expansão dos crimes omissivos impróprios, concluindo-se estar ela relacionada com a impossibilidade do Estado de regular todos os atos da vida social, em especial as relacionadas com o exercício da atividade econômica, âmbito por excelência do incremento da intervenção penal por omissão.

Passou-se, então, à discussão sobre o desenvolvimento dialógico do conceito de omissão na história da dogmática penal. Foram apresentadas as diversas escolas teóricas e suas respectivas contribuições à tratativa do tema, desde o causalismo, com sua concepção de ausência de força física, até o conceito teleológico-funcional de Roxin, passando pelo neokantismo, finalismo, e as tendências contemporâneas de Vives Anton e Jakobs, até as discussões sobre o conceito de omissão na perspectiva comparada da *Common Law*. Optou-se por um conceito roxiniano de omissão, decorrente de seu conceito pessoal de conduta, segundo o qual, por vezes poderá ser considerado pré-típico, quando haja determinadas expectativas sociais envolvidas, ou ainda somente será verificada no plano típico, quando do estabelecimento de deveres específicos como no âmbito do direito penal tributário. A adoção

---

<sup>697</sup> Citem-se especialmente os livros de TAVARES (2012), ROCHA (2016), SILVEIRA (2016). A dissertação de mestrado de CARVALHO, Edward. **Estudo sistemático dos crimes omissivos**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2007. Além de inúmeros pesquisadores que vêm trabalhando sobre o tema, em artigos e em estudos em andamento.

<sup>698</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 36. O autor, citando Esnest Nagel, afirma: “*as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados*”. Vide também LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Trad. Juarez Guimarães.e Suzanne Lewy. São Paulo: Cortez, 2000, p. 13.

da tese de Roxin tem uma finalidade político-criminal definida, qual seja a de buscar um substrato material à análise da omissão, a fim de demonstrar que tal conceito deve servir, em última análise, para a proteção de bens jurídicos.

Na sequência, iniciando o tratamento dogmático dos crimes omissivos impróprios especialmente, foram expostos seus critérios de diferenciação em relação à omissão própria. Fixou-se que aquela se diferencia desta pelo fato primordial da comissão por omissão ser um delito de resultado, construído pela prática valorativo-hermenêutica, decorrente de deveres específicos descritos em uma norma mandamental, enquanto a omissão pura é delito de mera conduta, com tipo próprio e decorrente de um dever geral, baseado na solidariedade.

Salientaram-se, ainda, os desafios dogmáticos para a compatibilização da omissão imprópria com o princípio da legalidade, sugerindo-se que, *de lege ferenda*, fosse adotada uma solução tal qual ocorre com os delitos culposos, isto é, que fossem previstos na parte especial, a fim de que não fiquem exclusivamente sujeitos ao arbítrio dos órgãos acusadores e julgadores no tocante à sua imputação. Para tentar corrigir tal déficit de legitimidade da omissão imprópria, apontou-se como uma de suas balizas fundamentais ser ela um crime de resultado, o que viabilizaria, como critério restritivo, a aplicação dos critérios normativos de imputação objetiva como forma de racionalizar o processo de atribuição da responsabilidade, não ficando, pois, sujeita à discricionariedade judicial.

Ato contínuo, apontaram-se os modelos de atribuição do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios. Foram divididos em dois grupos: o modelo tradicional e o modelo restritivo. No primeiro, alocaram-se aquelas teorias que se limitam a exigir os requisitos clássicos de responsabilização, quais sejam a) situação de perigo para o bem jurídico tutelado; b) omissão da ação devida; c) resultado típico; d) posição de garantidor; e e) possibilidade de atuar para evitar o resultado.<sup>699</sup> A modalidade restritiva, que agrega mais requisitos a fim de delimitar e racionalizar a responsabilidade penal, soma a estes cinco anteriormente citados a causalidade e a imputação objetiva.

Da análise de cada um dos requisitos, algumas conclusões merecem ser citadas. O Código penal, por meio das alíneas de seu art. 13, § 2º, adotou a teoria formal do dever, estabelecendo ser a omissão relevante quando a evitação do resultado for ordenada por uma lei, pela assunção voluntária, ou pela criação precedente de um perigo ao bem jurídico (ingerência). Não obstante, a teoria formal do dever é insuficiente para se adequar aos

---

<sup>699</sup> ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 183. Sendo adeptos dessa orientação: FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290; REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 332; SANTOS, **Direito penal**, op. cit., pp. 204 e ss. etc.

princípios que regem o direito penal em um Estado Democrático de Direito, devendo ser combinada com a teoria material, sempre tendo como referência a limitação do *ius puniendi* e a função de proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em sociedade. No tocante ao dever de garante, inscrito no art. 13, § 2º, do Código penal, deduziu-se que este apenas qualifica o *desvalor da conduta* do tipo objetivo. O desvalor do resultado, distintivo para sua imputação, seria decorrente de critérios outros como o incremento do risco e o poder de agir nas circunstâncias.

A partir da dissecação dos requisitos restritivos da responsabilidade, pretendeu-se empreender uma justificativa para recuperar o potencial teórico e prático da causalidade na omissão, há muito objeto de debate e de rechaço por parte da doutrina dominante. Estudar questões relacionadas à causalidade tem por objetivo evitar a livre valoração da prova por parte do Juiz, quando falte uma prova lógico-científica da existência do nexos causal.<sup>700</sup> Na hipótese de inexistir nos autos tal evidência, de que em virtude da omissão de uma ação mandada tenha-se efetivamente gerado um dano, a negação da causalidade é imperiosa pelo princípio do “*in dubio pro reo*”.<sup>701</sup>

Como se viu, a causalidade, por si só, ainda não seria suficiente para sustentar a configuração do tipo objetivo, dada a ausência de critérios para refrear sua tendência de fuga ao infinito da cadeia de condições sem as quais o resultado não poderia ter ocorrido. São necessários, pois, requisitos normativos adicionais que limitam esse regresso *ad infinitum*. Tais critérios são encontrados, sobremaneira, na teoria da imputação objetiva. Para os crimes omissivos impróprios, nesse âmbito, constatou-se, com base na teoria de Roxin, ter centralidade o critério da diminuição do risco, isto é, se a realização da ação mandada pela norma teria diminuído o risco da ocorrência do resultado, afastando assim a imputação, ou se, de outro lado, teria aumentado tal risco, sendo assim configurado o tipo objetivo.<sup>702</sup>

Claro está, pois, que, no direito penal contemporâneo, no qual se almeja, sobretudo, a afirmação dos princípios liberais tendentes à proteção da pessoa humana, somente deve haver legitimidade de intervenção no âmbito de liberdade dos cidadãos quando da ocorrência de

---

<sup>700</sup> Assim sustentando: ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, p. 352.

<sup>701</sup> Assim já sustentado em COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 553.

<sup>702</sup> TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**, op. cit., p. 371. Anteriormente: “A boa compressão da teoria da causalidade, de seus defeitos, e dos critérios normativos para corrigir estes defeitos é absolutamente indispensável em um Direito penal que se queira democrático. Os processos de verificação de causas, imputação do resultado e atribuição da responsabilidade não podem se pautar tão somente em decisões íntimas do julgador, mas sim em sólidos princípios normativos, dogmáticos e doutrinários, sob pena de tais decisões se degenerarem em arbítrio”. Cf. COSTA, SÁNCHEZ RIOS, **Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**, op. cit., p. 553.



gravíssimos ataques à bens jurídicos fundamentais, deixando-se as lesões de natureza leve a outros ramos do direito.<sup>703</sup> Não se pode admitir arbitrariedades e abusos, seja em nível de criminalização primária (legislador), seja secundária (julgador), quando da tentativa de responsabilização penal em virtude do descumprimento de deveres pouco claros, ininteligíveis ou empiricamente impraticáveis, com a finalidade de, assim, configurar-se um delito de omissão imprópria. Em decorrência da garantia da legalidade, herança do iluminismo e do liberalismo clássico, não se pode admitir a expansão desmedida dos crimes omissivos impróprios. A natureza de *extrema ratio* do direito penal em detrimento dos direitos individuais importa em uma única conclusão lógica possível: a de sua necessária redução ao mínimo, sendo o papel da doutrina o da constante busca por critérios e limites para contenção dos excessos do sistema criminal.

---

<sup>703</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p 85.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La responsabilidad penal por el producto en Colombia, problemas de imputación, de autoria y participación. **Prolegómenos - Derechos y Valores**. Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011.

ACOSTA, Walter. **Códigos penais comparados**. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1974.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010.

ALEMANHA. **Código penal alemán**. Trad. Cláudia Lopez Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (orgs.). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Göttingen: CEDPAL, 2016.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (orgs.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ANCEL, Marc. **Utilidades e métodos do direito comparado**. Trad. Sérgio Porto. Porto Alegre: SAFE, 1981.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. Giuffrè: Milano, 1987.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. 6ª ed atualiz. por Luigi Conti. Milão: Giuffrè Editore, 1969.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**: Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1969.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: Parte general. Madrid: Akal, 1994.

BARRETO, Tobias. Delitos por omissão. In. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BELING, Ernst Von. **Esquema de direito penal**. A doutrina do delito-tipo. Campinas: Servanda, 2010.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Lições fundamentais de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**: Uma análise à luz do Código penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOBBIO, Norberto. Marxismo e a questão criminal. Carta a Alessandro Baratta. In. BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. São Paulo: Unesp, 2006.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) . Acesso em 29 de dezembro de 2016.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código criminal do Império do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em 29 de dezembro de 2016.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. parte geral. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Estudio Preliminar. In JAKOBS, Gunther. **La imputación objetiva en derecho penal**. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1996.

CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

CARVALHO, Edward. **Estudo sistemático dos crimes omissivos**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa desde una visión garantista**: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social. Buenos Aires: BdeF, 2005.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CIRILO DE VARGAS, José. **Do tipo penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Bem jurídico, proporcionalidade e inconstitucionalidade de normas penais. **Revista Bonijuris**, n. 638, v. 29, jan/2017.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Em defesa da dogmática jurídico-penal: O direito penal entre o real e o racional**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/em-defesa-da-dogmatica-juridico-penal/>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. In. BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscila; SCANDELARI, Gustavo. **Perspectivas em ciências criminais: Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SIQUEIRA, Flávia. A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n. 5, ano 3, jan/jul de 2016.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Nexo causal**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA LUNA, Everardo. **O resultado no direito penal**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: Iustel, 2009.

DOTTI, **Curso de direito penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOTTI, René Ariel. **A posição sistemática da culpabilidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ESTELITTA, Heloisa. **Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal**. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso em 11 de outubro de 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, jan/abr de 2012.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Teoria da imputação objetiva**. Trad. Nereu Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4ª ed. Trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e Fauzi Hassan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. Bologna: Zanichelli Editore, 1990.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FLETCHER, George. **Conceptos básicos de derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial 2**. São Paulo: Bushastky, 1978.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo Bushastky, 1976.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**, volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de direito penal**. 1 v. Campinas: Bookseller, 1997.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISTER, Helmut; **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GALIANI, Tullio. **Il problema della condotta nei reati omissivi**. Camerino: Jovene Editore, 1980.

GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho penal**: parte general. Lima: Juristas Editores, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?** Lima: ARA Editores, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Delitos cualificados por el resultado y causalidad**. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

GRECO, Luís. **En Alemania, el finalismo está muerto**. Disponível em <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. Kausalität- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikt. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Aufgabe 8-9/2011.

GRECO, Luis. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades** (Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código Penal, 2012.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal. In. LEITE, Alaor (org.). **Reforma penal**. A crítica científica à parte geral do projeto de Código penal. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In. GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (orgs). **Temas de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRECO, Luis. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e o Direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. In. GROSSI, Paolo. **O Direito entre o poder e o ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta no direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Universidad Pompeu Fabra, 2000.

HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva **InDret**: Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, jan/2016.



HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: Fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: SAFE, 2008.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Edusp, 1972.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. 1º vol. 2º tomo. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización**: los límites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: AdHoc, 1996.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. **Tratado de derecho penal**: Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. 1º v. Trad. de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1982.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 2º v. Trad. de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1982.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. 12ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1981.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 5ª ed. Buenos Aires: Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

KANT, Immanuel. **Introdução ao estudo do direito**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

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

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KUHLEN, Lothar. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. Trad. Maria Martin Lorenzo e Inigo Ortiz de Urbina Gimeno. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, vol. LV, 2002.

LEVAI, Emeric (org.). **Código penal**: Decreto-Lei n. 1.004 de 21 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1972.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino. Rio de Janeiro: Briguet & C. Editores, 1899.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Lewy. São Paulo: Cortez, 2000.

LU DEN, Heinrich. **Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte**. Göttingen, 1836-1840.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. 4ª ed. Milão: CEDAM, 2001.

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A concepção significativa de ação**. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais de delito. Trad. Paulo Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Trad. Jorge Bofia Gensch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. Barcelona, Editorial Reppertor, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Baron de Brède et de. **O espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Crimes Omissivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 20, ano 20, Curitiba: UFPR, 1980.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista de direito penal e Criminologia**, n. 33.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**: comunicação ao XIII congresso internacional de direito penal, Cairo, 1984. Curitiba: UFPR, 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Trad. de Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NAUCKE, Wolfgang. **Derecho penal**: una introducción. Trad. Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Fundamentos de los delitos de comisión por omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Juarez; ACQUAVIVA, Marcus (orgs.). **Código penal**. São Paulo: Saraiva, 1975.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: SAFE, 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **La estructura de la teoría del delito en el ámbito del “Common Law”**. Granada: Comares: 2002.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1984.

PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. Paris: Dalloz, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema de Derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2011.

RAMACCI, Fabrizio. **Corso di diritto penale**. 3ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

REALE JR., Miguel. **Parte geral do Código penal (nova interpretação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

REGIS PRADO, Luis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Tercera edición, Bogotá: Temis, 2005.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal**. Bogotá: Editorial Themis, 1982.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal. In. AAVV. **Política criminal y reforma penal:**

homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 1993.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **InDret**: Revista para el análisis del Derecho. Disponível em [www.indret.com](http://www.indret.com). Acesso em 3 de fevereiro de 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. 7ª ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção. In. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. de Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

ROXIN, Claus. **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**. Lima: ARA Editores, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañon; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. Trad. Ricardo Robles Planas e Ivo Coca Vila. **InDret**: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, outubro de 2012.

ROXIN, Claus. **Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania**. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. Cidade do México: Ubijus Editorial, 2008.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do Direito Penal. In. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Org. e trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como crítico ao legislador em xeque. In. ROXIN, Claus; LEITE, Alaor (org.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Lúcia (orgs.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Prefácio. In TAVARES, **Teoria do crime culposo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Trad. Augusto Assis. In. ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 112, 2015.

RUDOLHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. A atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações à luz da teoria da imputação objetiva. In. BUSATO, Paulo César (org.) **Questões atuais do sistema penal**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Prefácio. In. LAUFER, Daniel. **Artigo 25 da lei 7.492/86**. Problemas de autoria no âmbito jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LINHARES, Fernando (orgs.) **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In. SCHÜNEMANN, Bernd (org.) **El sistema moderno del derecho penal**: Cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1992.

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. Trad. Alaor Leite. In. SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Guilherme José Ferreira. **Participação por omissão**: delineamentos pela teoria da imputação objetiva. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2008.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delito de omisión**: concepto y sistema. 2ª ed. Buenos Aires: BdeF, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prefácio. In. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LINHARES, Fernando (orgs.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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

SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. El hecho punible. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Direito e psicanálise**. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka. 1ª ed., v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria del injusto penal**. Buenos Aires: B de F, 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011.

VOLK, Klaus. Criminalidad económica. In: AMBOS, Kai et al. **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Göttingen: CEDPAL, 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11ª ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: BdeF, 2006.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EdUsp, 2001.

YACOBUCCI, Guillermo. **La responsabilidad al interno de la empresa**. La delegación de funciones. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod>. Acesso em 03 de fevereiro de 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et all.* **Direito penal brasileiro**. 2º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et all.* **Direito penal brasileiro**. 1º v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2010.

ZINI, Julio. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.