

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Renata Pereira Mayrink

**O RESULTADO COMO PRESSUPOSTO DA TIPICIDADE OBJETIVA NOS CRIMES  
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Belo Horizonte  
2024

Renata Pereira Mayrink

**O RESULTADO COMO PRESSUPOSTO DA TIPICIDADE OBJETIVA NOS CRIMES  
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M474r Mayrink, Renata Pereira  
O resultado como pressuposto da tipicidade objetiva nos crimes omissivos  
impróprios / Renata Pereira Mayrink. Belo Horizonte, 2024.  
179 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen  
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Código penal - Brasil. 2. Legislação penal - Brasil. 3. Crime por omissão.  
4. Tipicidade. 5. Tipo penal. 6. Comportamento humano. 7. Culpabilidade. 8.  
Causalidade (Direito). 9. Punibilidade. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.  
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.53

Renata Pereira Mayrink

**O RESULTADO COMO PRESSUPOSTO DA TIPICIDADE OBJETIVA NOS CRIMES  
OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

---

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

---

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – UFMG (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Rafael Lima Ribeiro – UEMG (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de abril de 2024.

*À minha família, pelo apoio e amor incondicional.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço profundamente a todos os eminentes professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial ao Professor Dr. Guilherme Coelho Colen, cujos ensinamentos foram fundamentais para a minha formação acadêmica e para o desenvolvimento desta tese de doutorado.

Minha profunda gratidão à minha família, cujo apoio me sustentou ao longo deste desafiador percurso, e à Deus, por me guiar e proporcionar-me essa valiosa oportunidade.

À comunidade de colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, agradeço pelas preciosas amizades e por dividirem comigo essa jornada acadêmica.

Aos colegas de escritório, agradeço o companheirismo diário e as contribuições às reflexões deste trabalho.

Por fim, estendo meus agradecimentos a todos que, de alguma maneira, contribuíram para esta conquista. Cada gesto de apoio e colaboração foi fundamental para minha jornada acadêmica.

## RESUMO

O propósito fundamental desta tese consiste em, compreendendo a omissão imprópria e investigando o preceito normativo constante no artigo 13, §2º do Código Penal, delimitar os pressupostos que condicionam a punibilidade da conduta comissiva por omissão no sistema penal brasileiro, com enfoque específico na análise do resultado típico. A metodologia adotada é dedutiva, e através da pesquisa teórica bibliográfica partiu-se dos institutos gerais da teoria do delito para verificar a aplicação e adequação dos mesmos à omissão imprópria. O trabalho é dividido em cinco partes: a importância da conduta humana no Direito Penal, a trajetória dogmática dos delitos omissivos, a classificação bipartida das realizações típicas omissivas, a análise dos delitos comissivos por omissão, e a análise do resultado típico como componente crucial da tipicidade objetiva nos crimes omissivos impróprios. A pesquisa destaca a necessidade do desenvolvimento de uma dogmática penal crítica para estabelecer limites ao poder punitivo estatal, assegurando coerência e alinhamento aos princípios fundamentais do Direito. Por fim conclui que a despeito de posicionamentos doutrinários em sentido contrário, o resultado típico exigido na omissão imprópria e presente no artigo 13, §2º do Código Penal brasileiro como pressuposto de punibilidade desses comportamentos, corresponde ao resultado naturalístico, ou seja, lesão efetiva ao bem jurídico protegido.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Omissão. Omissão Imprópria. Tipo Objetivo. Resultado.

## **ABSTRACT**

The fundamental purpose of this thesis is to, by understanding improper omission and investigating the normative provision found in Article 13, §2 of the Penal Code, delimit the prerequisites that condition the punishability of the commission by omission in the Brazilian penal system, with a specific focus on the analysis of the typical result. The adopted methodology is deductive, and through theoretical bibliographic research, it started from the general principles of the theory of crime to verify their application and adequacy to improper omission. The work is divided into five parts: the importance of human conduct in Criminal Law, the dogmatic trajectory of omissive crimes, the bipartite classification of omissive typical achievements, the analysis of commission by omission crimes, and the analysis of the typical result as a crucial component of objective typicality in improper omissive crimes. The research highlights the need for the development of a critical criminal doctrine to establish limits to state punitive power, ensuring coherence and alignment with the fundamental principles of law. Finally, it concludes that despite doctrinal positions to the contrary, the typical result required in improper omission, present in Article 13, §2 of the Brazilian Penal Code as a prerequisite for the punishability of these behaviors, corresponds to the naturalistic result, that is, actual harm to the protected legal interest.

**Keywords:** Criminal Law. Improper Omission. Objective Element. Omission. Result.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>2 CONDUTA HUMANA.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Espécies de conduta: ação e omissão penalmente relevantes .....</b>	<b>20</b>
<b>3 TRATAMENTO DA OMISSÃO COMO CATEGORIA DO COMPORTAMENTO HUMANO JURIDICAMENTE RELEVANTE .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1 Trajetória dogmática dos delitos omissivos: conceito pré-clássico de conduta .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1.1 Construção dogmática do conceito de “Unterlassung” no idealismo alemão.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.2 O conceito de omissão segundo o positivismo penal.....</b>	<b>35</b>
<b>3.1.3 O conceito neokantista de omissão: a contribuição de Radbruch.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1.4 A omissão segundo a teoria finalista .....</b>	<b>46</b>
<b>3.1.5 A conduta omissiva funcionalista.....</b>	<b>51</b>
<b>3.1.6 Tomada de posição.....</b>	<b>55</b>
<b>4 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES OMISSIVOS.....</b>	<b>58</b>
<b>4.1 Critério da causalidade em relação ao resultado: infração de mandatos e infrações de proibições .....</b>	<b>60</b>
<b>4.2 Tipificação expressa e tipificação implícita .....</b>	<b>65</b>
<b>4.3 Infração de deveres de agir e infração de deveres de evitação do resultado .....</b>	<b>68</b>
<b>4.4 Ostentação, ou não, de posição de garante pelo sujeito ativo .....</b>	<b>70</b>
<b>4.5 Equivalência, ou não, com a ação .....</b>	<b>71</b>
<b>4.6 Delitos de mera atividade e delitos de resultado: tomada de posição .....</b>	<b>73</b>
<b>5 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS .....</b>	<b>78</b>
<b>5.1 O surgimento e expansão dos delitos omissivos impróprios.....</b>	<b>79</b>
<b>5.2 A omissão imprópria no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>84</b>
<b>5.2.1 Código Criminal do Império – Código Criminal de 1830.....</b>	<b>86</b>
<b>5.2.2 Código Penal de 1890 .....</b>	<b>88</b>
<b>5.2.3 Código Penal de 1940 .....</b>	<b>89</b>

<b>5.3 Pressupostos da punibilidade da conduta omissiva imprópria.....</b>	<b>92</b>
<b>5.3.1 Situação típica e resultado.....</b>	<b>93</b>
<b>5.3.2 Posição de garantidor.....</b>	<b>96</b>
<b>5.3.2.1 A posição de garantidor na legislação brasileira .....</b>	<b>102</b>
<b>5.3.3 Omissão da conduta determinada e exigida, apesar da capacidade de realizá-la.....</b>	<b>106</b>
<b>5.3.4 Nexo de causalidade.....</b>	<b>111</b>
<b>5.3.5 Tipicidade subjetiva: princípio da culpabilidade.....</b>	<b>117</b>
<b>5.3.6 Antijuridicidade .....</b>	<b>127</b>
<b>5.3.7 Culpabilidade.....</b>	<b>132</b>
<b>6 O RESULTADO TÍPICO COMO ELEMENTO DA TIPICIDADE DOS DELITOS DE OMISSÃO IMPRÓPRIA .....</b>	<b>138</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>147</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>156</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>164</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na dogmática penal e na aplicação cotidiana do Direito Penal, a definição dos requisitos para uma imputação correta do resultado penalmente relevante ao comportamento omissivo é tema de debates acirrados. Desde as primeiras propostas causalistas, teorias inicialmente concebidas para a compreensão do comportamento comissivo foram abandonadas, dada sua inadequação para compreensão da omissão.

No que se refere à omissão imprópria a complexidade da questão se acentua. A falta de um tratamento legislativo específico para esse comportamento demandou, por muito tempo, esforços da doutrina para definição das bases de sua reprovabilidade, para estipulação de parâmetros para equipará-las à ação e para determinação dos requisitos para estruturação desta forma de conduta passível de punição. No Brasil, ainda que atualmente existam parâmetros taxativos na legislação que fundamentem a responsabilidade penal do garantidor, ainda há questões que exigem reflexão e que são relevantes para resolução de casos concretos.

Tradicionalmente para conferir relevância penal à omissão do garantidor, exigia-se apenas a possibilidade de extrair de uma cláusula geral sua equivalência em relação à ação. Essa abordagem, contudo, revelou-se simplista e não foi capaz de resolver as controvérsias que surgiram na aplicação ao comportamento omissivo impróprio de uma teoria do crime concebida para a conduta comissiva.

Nesse contexto, o propósito fundamental desta tese consiste em, compreendendo a omissão imprópria e investigando o preceito normativo constante no artigo 13, §2º do Código Penal, delimitar os pressupostos que condicionam a punibilidade da conduta comissiva por omissão no sistema penal brasileiro, com enfoque específico na análise do resultado típico.

A pesquisa visa responder, portanto, à seguinte indagação: *Qual resultado é exigido como pressuposto da tipicidade objetiva dos crimes omissivos impróprios?* A resposta a esse problema gira em torno da hipótese de que, além de outros fatores, é indispensável que o resultado que se imputa ao comportamento omissivo do garantidor, seja naturalístico, não sendo compatível com a omissão imprópria os delitos de mera conduta e formais.

Tal abordagem se mostra necessária para estabelecer premissas e fronteiras claras para o exercício do poder punitivo estatal, preservando-se as garantias

fundamentais e racionalizando a intervenção punitiva, motivo pelo qual revela-se particularmente relevante no contexto da linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo.

Para alcance do objetivo proposto, optou-se pelo método dedutivo, partindo-se dos institutos gerais da teoria do delito, para verificar a aplicação e adequação dos mesmos à omissão imprópria. Como estratégia metodológica adotou-se a pesquisa teórica, através da qual se buscou analisar conteúdos já produzidos pelo procedimento técnico da pesquisa bibliográfica, e, a partir deles, aplicar o conhecimento para solucionar o problema estudado.

O trabalho é dividido em cinco partes. No primeiro capítulo aborda-se a importância da conduta humana no Direito Penal, destacando seu papel central na teoria do delito. O Direito Penal é concebido como uma ciência que busca normatizar os comportamentos, estabelecendo padrões para promover a convivência harmoniosa na sociedade, nesse sentido, o conceito de conduta ganha proeminência, pois fornece ao Direito Penal seu objeto de incidência.

Ainda na primeira parte, a análise se estende às funções da conduta no sistema penal e aborda-se a dificuldade em se abarcar no mesmo conceito todas as formas de comportamento humano que possuam relevância penal. Isso porque a legislação não se limita à eleição de ações como penalmente relevantes, há também comportamentos omissivos, próprios e impróprios, que têm pertinência para o Direito Penal.

Por bastante tempo, a doutrina negligenciou o estudo da omissão. Apesar de existirem tipos penais omissivos nas legislações desde o século XIV, a análise sistemática desse tipo de delito começou a se desenvolver apenas a partir do século XIX. Isso ocorreu em resposta à necessidade de estabelecer uma norma geral para a omissão, devido à crescente regulamentação de diversos comportamentos omissivos. Nesse contexto, o capítulo segundo explora a trajetória dogmática dos delitos omissivos sob diversas perspectivas teóricas.

Inicialmente analisa-se a introdução do conceito geral de ação, fundamentado na teoria da imputação, pelos penalistas hegelianos na teoria do delito. Em seguida, percorrem-se os aportes de Merkel e Binding no contexto do idealismo alemão.

A evolução crucial desse cenário, entretanto, ocorreu com as concepções causalistas que, ao construírem um conceito geral de ação baseado no dogma causal, se viram compelidas a enfrentar o problema da extensão da definição de ação, tomada

como causa do resultado, à omissão. Nesse contexto da teoria positivista, o capítulo explora as abordagens de Beling e Liszt, destacando suas contribuições.

Diante da incapacidade da doutrina causalista em lidar eficazmente com as peculiaridades dos crimes omissivos, surgiram duas opções para o desenvolvimento do tratamento penal do comportamento omissivo. Uma delas propõe a rejeição da equiparação entre ação e omissão, como foi feito por Radbruch. A outra busca uma concepção que permita identificar na omissão elementos similares aos presentes no comportamento comissivo, como realizado pelas teorias finalista e funcionalista. Ambas as perspectivas foram igualmente investigadas na segunda parte do trabalho.

O terceiro capítulo se dedica à classificação bipartida das realizações típicas omissivas. Dentre os diversos métodos de classificação, aborda-se o critério da causalidade em relação ao resultado; da tipificação expressa e implícita; da infração de deveres de agir e infração de deveres de evitação do resultado; da ostentação, ou não, da posição de garante pelo sujeito ativo; da equivalência, ou não, com a ação; e, por fim, dos delitos de mera atividade e delitos de resultado.

Após estabelecer o conceito de omissão e esclarecer as nuances entre omissão própria e imprópria, o quarto capítulo da tese se lança à análise dos delitos comissivos por omissão, visando a concretização do estudo sobre o instituto e a delimitação da extensão da intervenção penal sobre essas condutas. Nesse sentido, inicialmente, o enfoque recai sobre a contextualização social do surgimento e expansão dos crimes comissivos por omissão, seguida de uma investigação da legislação brasileira pertinente.

Em seguida, partindo do marco da teoria finalista e da definição tripartite do delito, são explorados os preceitos da punibilidade associados à omissão imprópria. No âmbito da tipicidade objetiva, os requisitos incluem: a) a situação típica e o resultado; b) a posição de garantidor do omissor; c) a omissão da conduta determinada apesar da capacidade físico-real de agir; d) o nexo de causalidade. Simultaneamente, a tipicidade subjetiva é delineada pela análise do dolo e da culpa. Além da tipicidade, analisa-se também as peculiaridades que envolvem a antijuridicidade e culpabilidade do comportamento comissivo por omissão.

Por fim, o quinto capítulo desse estudo se dedica à análise do resultado típico como componente crucial da tipicidade objetiva nos crimes omissivos impróprios. Sobre o tema, a norma de extensão prevista no artigo 13, §2º do Código Penal que possibilita a equiparação da omissão do garantidor à ação, menciona expressamente

o termo "resultado" ao abordar a relevância penal da omissão. Contudo, há debate doutrinário em relação à interpretação do termo utilizado pelo legislador.

Essa indefinição acaba provocando incerteza sobre o alcance da responsabilidade penal por omissão imprópria. Diante desse cenário, torna-se imperativo o desenvolvimento de uma dogmática penal crítica, que não apenas considere os aspectos teóricos, mas também analise as práticas jurisprudenciais. Essa abordagem crítica visa a estabelecer limites ao poder punitivo do Estado, assegurando que a aplicação das leis penais seja coerente, racional e alinhada aos princípios fundamentais do direito.

Em última análise, a construção de uma dogmática penal crítica é vital para aprimorar a integridade e a eficácia do sistema penal, garantindo que a aplicação das normas penais seja verdadeiramente orientada pelos princípios fundamentais, e não instrumentalizada de forma a contornar falhas estatais e sistêmicas.

## 2 CONDUCTA HUMANA

O Direito, e em especial o Direito Penal, é concebido como uma ciência que busca normatizar e regular as condutas humanas, estabelecendo padrões de comportamento que promovam a convivência harmoniosa na sociedade, e excluindo de seu âmbito de normatização outros fatos que também se deem no âmbito físico. Não pretende o Direito ser outra coisa, senão uma ordem reguladora da conduta humana.

Ao fornecer um sistema de regras e princípios, o Direito Penal orienta as ações, definindo deveres e responsabilidades, bem como consequências (sanções penais) para o descumprimento dessas normas que ocasionem violações a bens jurídicos alheios. Nesse sentido, a conduta humana é o pilar da teoria do delito, e o elo que une todos os elementos que compõem o conceito analítico de crime. Trata-se da base comum a todas as infrações penais, independentemente da sua forma de aparição.

Como destaca Cláudio Brandão (2019, p. 59):

Por conta desta base comum, a conduta é a pedra angular da Teoria do Crime. Por conseguinte, será a referida conduta o suporte no qual se formularão todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da *conduta* com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da *conduta*; e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da *conduta*.

Por desempenhar posição central na teoria do delito, a conduta assume importante papel de limitação do poder punitivo e garantia, uma vez que a imputação de responsabilidade penal deve estar ancorada em um agir humano, cuja identificação não depende de valorações e que deve ser objeto de criminalização. Ademais, conduz à conclusão de que o objeto de punição é sempre um comportamento, não se podendo sancionar a personalidade do agente, ou seus pensamentos. De acordo com Ferrajoli, ao propor o sistema garantista:

O segundo requisito substancial, não menos importante do que a lesividade, exigido pelo nosso sistema SG de justificação do “quando” e do “que” proibir, encontra sua expressão no *princípio da materialidade*, enunciado no axioma A5, *nulla iniuria sine actione*, bem como nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*. De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em

fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal (FERRAJOLI, 2002, p. 384).

Hodiernamente com base na essencialidade da conduta humana para responsabilidade criminal, a doutrina tem tecida críticas à responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que esses entes jurídicos não possuem capacidade de conduta. Conforme destaca Zaffaroni (1981, p. 55), o delito se elabora sobre a base da conduta humana individual, e somente um indivíduo pode ser considerado um possível autor de delito.

A indispensabilidade da conduta para a configuração do conceito de crime, atualmente reconhecida como evidente, representa, na verdade, uma significativa conquista do Direito Penal democrático, voltado para a salvaguarda dos bens jurídicos. Em tempos passados, o Direito Penal dispensava a necessidade da conduta para aplicação da pena, permitindo a punição até mesmo de animais e objetos (BRANDÃO, 2019, p. 60).

Não obstante ser um instituto presente em vários ramos das ciências jurídicas, no Direito Penal o conceito de conduta ganha proeminência, constituindo o debate central desta ciência no último século. Esse debate tem influenciado significativamente os rumos e o desenvolvimento da metodologia jurídico-penal ao longo do século XX.

O conceito em questão desempenha papel fundamental ao fornecer à metodologia do Direito Penal o seu objeto de incidência, para que os elementos da teoria do delito possam ser avaliados, e, por consequência, para que se conclua por eventual imposição, ou não, de pena. Desse modo, o ponto de partida de toda elaboração do Direito Penal é a conduta, o comportamento humano ou a ação em sentido *lato*. Reconhecendo a significância do conceito de conduta para sistemática penal, Juarez Tavares (1980, p. 7) destaca que “todas as concepções ou modelos de construção do delito podem reduzir-se, em última análise, a teorias sobre a ação”.

Nesse sentido, Enrique Bacigalupo (1996, p. 92) afirma que o conceito de ação deve resumir o mínimo relevante para a imputação penal, o mínimo de elementos para determinar a relevância de um comportamento para o Direito Penal, sendo influenciado não apenas pelo conceito pessoal de ilícito, mas, indiretamente, também pela ideia fundamental do Direito Penal da culpabilidade: o objeto do ilícito penal

somente pode ser um comportamento do qual resulta a culpa do autor, ou seja, um comportamento que pode servir de base para eventual afirmação de culpa.

No âmbito da teoria do delito pode-se destacar três funções tradicionais da conduta, sem pretensão de exaurir sua importância sistemática. A primeira função, denominada função de classificação, consiste na capacidade do conceito de abarcar em si todas as formas de comportamento humano que sejam penalmente relevantes. Uma vez que a conduta é um fator comum de todos os tipos de delito, é possível categorizar os comportamentos humanos.

Em segundo lugar, a conduta possui função sistemática, ou seja, sendo um conceito neutro, avaliativo, torna-se a base de todos os elementos da concepção analítica de crime. Nesse panorama, a teoria do delito se baseará em uma conduta, sem a qual não se farão os juízos referentes às instituições penais do crime.

Por fim, desempenha função delimitadora, em razão da qual assume maior relevância, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o conceito de conduta deve permitir, por si só, estabelecer o âmbito de exercício do poder punitivo, limitando a atuação do Estado apenas às hipóteses de comportamentos que se enquadrem na definição. Nesse sentido, destaca Rafael Ribeiro (2020, p. 34) que a conduta, como pressuposto e desempenhando a função de limite para a responsabilização penal, torna-se um filtro garantista ao poder punitivo, uma vez que só pode haver fato penalmente relevante se houver a exteriorização de uma conduta.

Acerca das funções Silva Sánchez (1991, p. 1 – 2, tradução nossa<sup>1</sup>) discorre:

Estas são três: uma função fundamental, classificatória, em virtude da qual a ação se constitui no fator comum de todos os tipos de delito, capaz de englobá-los; uma função sistemática, de enlace, que requer que a ação, sem adentrar nos posteriores juízos de valor, possua um conteúdo material tal que ditos juízos sejam acrescentados como detalhes concretos; e, finalmente, uma função negativa, ou de delimitação, mediante a qual sejam excluídos *a priori* aqueles processos que em nenhum caso possam alcançar relevância penal.

---

<sup>1</sup> Estas son tres: una función *fundamental*, clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos; una función sistemática, *de enlace*, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añadan a modo de concreciones; y, en fin, una función *negativa*, o de delimitación, mediante la cual queden excluidos *a priori* aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal (SILVA SÁNCHEZ, 1991, p. 1 – 2).

O desafio enfrentado pelas teorias que buscam elaborar conceitos de conduta na dogmática penal inclui, entre outros aspectos, a necessidade de conferir à definição a capacidade de atender às funções destacadas, sobretudo a função de classificação, abarcando em uma mesma definição as diversas espécies de comportamento humano. Esse contratempo se aguça considerando que no Direito Penal vigente a conduta se manifesta de três maneiras distintas: ação, omissão própria e omissão imprópria.

O delito que se comete por meio de uma atividade, por meio de uma ação, o denominado crime comissivo, se desenvolveu na dogmática penal com precedência em relação ao crime omissivo, no qual o agente deixa de fazer algo. Observando a evolução do conceito analítico de crime, pode-se constatar que inicialmente seus institutos eram todos voltados para a conduta ativa, sendo a omissão, nesse primeiro momento, apenas uma modalidade secundária de conduta. A omissão apenas começa a se destacar a partir do século XIX, quando se manifesta a necessidade de um aprofundamento da análise teórica e do manejo prático do comportamento negativo.

Apesar de alguns doutrinadores minimizarem a importância sistemática da conduta na teoria do delito<sup>2</sup>, compreende-se que a análise do comportamento é importante para afirmação da perspectiva garantista no Direito Penal. Além disso, à medida que se avança na ciência jurídica e na compreensão da complexidade das relações sociais, observa-se um aumento significativo na importância da investigação específica dos comportamentos omissivos, especialmente em uma época marcada pela ampliação excessiva das medidas punitivas da omissão.

## **2.1 Espécies de conduta: ação e omissão penalmente relevantes**

O ser humano transcende a condição de ser inteligente com um aparato psíquico, ele é um ser que interage com o mundo através de comportamentos. Assim, a relação do ser humano com o ambiente vai além da cognição e do domínio do intelecto, estendendo-se à maneira como age e se comporta nas situações ao seu redor.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, Claus Roxin (1997, p. 203) propõe a interpretação do Direito Penal a partir da política criminal, especificamente em relação aos fins da pena, e não com base na concepção de ação.

As modalidades de conduta humana são a ação e a omissão. Nesse contexto, o indivíduo pode agir, interferindo no mundo externo e desencadeando cadeias causais, ou pode optar por não agir, permitindo que cursos causais já existentes sigam sem a sua interferência. As ações de uma pessoa refletem diretamente sua interação com o ambiente, revelando como ela escolhe se envolver, agir e influenciar o mundo. Por outro lado, as abstenções indicam escolhas conscientes de não agir ou de se abster de determinadas atividades.

As modalidades de conduta são a ação e a omissão. Muitas vezes, toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, alegando-se que a ação envolveria a *comissão*, que se identificaria com a *ação positiva*, e a *omissão*, que se identificaria com a *ação negativa*. Todavia, a ação e a omissão são, na verdade, modalidades da conduta humana, que é o conceito geral que abarca essas espécies (BRANDÃO, 2008, p. 135).

Se uma pessoa tem, portanto, apenas duas alternativas para se relacionar com o mundo exterior – comportamentos ativos ou omissivos – é necessário considerar tanto as atividades quanto as abstenções para analisar essa relação. Dessa maneira, sendo o Direito Penal um ramo jurídico que visa regulamentar as interações sociais, o conceito geral de conduta, como elemento comum de todos os delitos, deve abranger tanto a ação positiva (ação propriamente dita), quanto a ação negativa (omissão).

As modalidades de conduta humana são ação e omissão. Entretanto, toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, visto que a ação envolveria a *comissão*, que se identificaria com a *ação positiva*, e a *omissão*, que se identificaria com a *ação negativa*. A ação positiva e a omissão são, assim, modalidades da conduta humana, que é o conceito geral que abarca estas espécies (BRANDÃO, 2019, p. 59).

Considerando o exposto, é possível verificar que a legislação penal não se limita à previsão de ações penalmente relevantes, há também comportamentos omissivos que têm relevância para o Direito Penal, de modo que os tipos penais podem ser classificados em comissivos e omissivos; ativos e inativos. Os delitos comissivos são aqueles que punem um comportamento proibido, enquanto os delitos omissivos infringem uma conduta devida, ficando, diante da vedação de todo comportamento que não coincida com esperado. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 90):

Às normas proibitivas correspondem os denominados delitos de ação (o agente faz o que estava proibido: mata um ser humano contrariando a norma “não matar” ínsita no tipo do art. 121 do CP). Às normas preceptivas correspondem os delitos de omissão (o agente não faz o que podia e estava obrigado a fazer: omite o dever jurídico de prestar alimentos ao filho menor — CC, art. 397 — e realiza com isso o tipo do art. 244 do CP). Pode ainda dar-se a hipótese híbrida de o agente, com o não fazer, contrariar duas normas, uma preceptiva, outra proibitiva, como ocorre nos denominados delitos comissivos por omissão (exemplo: a mãe, desejando livrar-se do filho recém-nascido, propositadamente, causa-lhe a morte, omitindo-se em administrar-lhe a alimentação devida).

Dentro desse contexto, a prevenção de lesões ou ameaças a um bem jurídico frequentemente não está diretamente associada à proibição de determinadas ações indesejáveis. Em vez disso, pode ser alcançada com a imposição de deveres específicos destinados a evitar tais resultados.

Na ausência de ações, a evitação das violações ou exposição a perigo de bens jurídicos pode ocorrer de duas maneiras: pela imposição em tipos penais de ações que todos devem realizar para evitar a violação dos interesses sociais protegidos (omissão própria), ou imposição de ações por parte daqueles que, devido à adoção de determinadas posturas pessoais, têm o dever de evitar tal resultado (omissão imprópria) (TAVARES, 2018, p. 294).

A distinção bipartida entre omissão própria e imprópria é fundamental para discernir os critérios específicos de responsabilização e enquadramento legal em cada uma das espécies de comportamentos omissivos, principalmente para compreensão pormenorizada do instituto dos crimes comissivos por omissão.

Contudo, antes mesmo de analisar a divisão do comportamento omissivo e de debruçar o presente estudo sobre a omissão imprópria, faz-se necessário percorrer a evolução dos diversos conceitos de ação e omissão na dogmática penal, sobretudo diante do silêncio legislativo acerca da definição das modalidades de comportamentos humanos.

### 3 TRATAMENTO DA OMISSÃO COMO CATEGORIA DO COMPORTAMENTO HUMANO JURIDICAMENTE RELEVANTE

Ao longo da história da dogmática jurídico-penal, a doutrina teve como objetivo primordial estabelecer os elementos essenciais que compõem o conceito de conduta (seja ela uma ação ou omissão). Essa empreitada tinha o propósito de criar uma uniformização de ideias, evitando, assim, abordagens casuísticas na definição do delito. O enfoque sempre adotou uma abordagem sistêmica na análise dos casos, garantindo, desse modo, uma compreensão mais consistente e coerente do fenômeno criminoso, possibilitando a previsibilidade das decisões e segurança jurídica.

Partindo-se do pressuposto que a conduta é o centro do sistema penal, a pedra angular sobre a qual se formularão todos os juízos que compõem a concepção de crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) (BRANDÃO, 2019, p. 59), a conceituação não apenas da ação, mas também da omissão, enquanto modalidades de conduta, se faz necessária no contexto de um Direito Penal democrático.

Nesse sentido, desprestigiar a categoria da ação, como elo do ser humano aos elementos do crime, negando a ancoragem do direito penal em um elemento ôntico, como se observará, é retirar o caráter negativo do Direito Penal e prestigiar certa perspectiva autoritária de Direito Penal, como direito subjetivo, o que aqui se refuta veementemente (RIBEIRO, 2020, p. 36).

Conforme destaca Cláudio Brandão (2019, p. 60), em tempos remotos o Direito Penal dispensou a definição de conduta para aplicar a pena, o que permitiu arbitrariedades como a punição, inclusive, de animais e coisas. Assim, os conceitos impõem um limite à atuação do poder punitivo.

Enquanto modalidade de comportamento humano cujo estudo tem se mostrado especialmente intrincado, diante das diversas polêmicas que a permeiam, este trabalho tem como objetivo discutir questões relativas à punibilidade dos delitos omissivos. Em face disso, inicialmente procurar-se-á analisar a omissão como categoria do comportamento humano penalmente relevante, cujo conceito há de ser investigado.

A definição da omissão é uma exigência advinda do próprio princípio da legalidade, que consigna que não se pode considerar um comportamento penalmente relevante, sem antes haver sua previsão legal. Entretanto, ater-se à análise meramente legislativa seria insuficiente, uma vez que as questões que tangenciam os

delitos omissivos não podem ser solucionadas com uma simples análise do texto legal. Como destaca Juarez Tavares (2018, p. 48)

Além dessa forma de investigar o fenômeno jurídico ser absolutamente incerta, é também incompatível com um Estado democrático, que deve submeter toda matéria jurídica ao crivo da discussão em torno de sua legitimidade, de sua necessidade, de sua conveniência, de sua oportunidade, de suas consequências e de seus elementos.

O estudo da omissão consiste em um exame acerca da adequação desse fenômeno aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tornando a análise mais complexa do que àquela realizada a partir de uma perspectiva puramente formal. Os delitos omissivos padecem de problemas relacionados à lógica e à metafísica, os quais refletem em indagações acerca de sua natureza, estrutura e punibilidade.

O maior desafio na discussão que envolve a omissão reside na construção desta como conduta punível, e, assim, destaca-se a importância da verificação sobre como isso se processou no âmbito de evolução da teoria do crime e pelas diversas escolas penais (TAVARES, 2018, p 30). Somente após se estabelecer o conceito de omissão será possível passar à análise da legitimidade da sua punição e os pressupostos para tanto.

A forma de tratar a inatividade, definir as bases de sua reprovabilidade, os parâmetros para sua equiparação à ação, e os requisitos de estruturação desta forma de conduta punível sempre exigiram reflexões cautelosas de autores das mais variadas escolas penais. Desde as propostas causais até as funcionalistas contemporâneas, a omissão suscita debates acirrados, colocando à prova estruturas sistêmicas e não raro sendo o motivo do abandono de teorias bastante adequadas para explicar a comissão, mas que falharam diante dos desafios dos crimes omissivos (BOTTINI, 2018, p. 21).

O debate sobre o conceito de omissão está intrinsecamente ligado à evolução das teorias penais e à busca por um entendimento mais abrangente e coerente das omissões no contexto jurídico. Esse desenvolvimento conceitual reflete não apenas as transformações nas abordagens teóricas, mas também a complexidade inerente à diferenciação ou equiparação entre ações e omissões no sistema penal.

### **3.1 Trajetória dogmática dos delitos omissivos: conceito pré-clássico de conduta**

O delito omissivo ficou, durante muito tempo, alheio à doutrina. Ainda que de forma incipiente já estivesse previsto como crime autônomo desde o século XIV, a análise dogmática apenas começa a se manifestar a partir do século XIX, diante da necessidade de criação de uma regra geral da omissão, em face dos diversos comportamentos omissivos que vinham sendo normatizados (TAVARES, 2018, p. 31).

A busca por um conceito de omissão surgiu da missão da dogmática penal de se opor a um Direito Penal irracional, imprevisível e arbitrário. Uma vez que se delinea e se compreende as condutas puníveis, impõem-se limites ao poder punitivo, estabelecendo-se os pressupostos da punibilidade e possibilitando a aplicação segura e previsível do Direito Penal. Contudo, a definição de omissão pela doutrina sempre foi tormentosa.

Apesar de não haver uma indicação precisa dos primeiros movimentos acerca da formulação de uma definição, reputa-se que o atual conceito de ação e omissão é produto de uma evolução paulatina na ciência do Direito Penal desde o século XIX. Destarte, considera-se que a dogmática penal se dedica à conceituação da omissão de forma contemporânea à preocupação em relação ao conceito de ação, tendo sido os penalistas hegelianos os primeiros que os trabalharam na teoria do delito (BRANDÃO, 2019, p. 80)<sup>3</sup>.

Primitivamente não havia interesse significativo em se desvendar a natureza dos diferentes comportamentos humanos, que não era objeto de uma análise independente. A discussão sobre os elementos estruturais da conduta, e essencialmente no que diz respeito à omissão, ganha relevância apenas no último terço do século XIX, no período de domínio do causalismo naturalista (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 3).

Os sistemas anteriores ao idealista, próprio da escola hegeliana, não suscitaram questionamentos sobre a essência das espécies de comportamento. As construções teóricas tinham interesse apenas na justificação da punibilidade, e assim, considerando ações e omissões formas de violação ao Direito, ambas poderiam ser penalmente reprovadas.

---

<sup>3</sup> Para Silva Sánchez (2021, p. 3), a discussão sobre o conceito de omissão, como um problema jurídico-penal, é um fenômeno recente. O Autor assim o considera, pois, segundo seu entendimento, a doutrina por muito tempo esteve ocupada em discutir apenas a punibilidade da omissão, e não o que seria omitir.

Apenas com o desenvolvimento da dogmática jurídica se passa à análise específica dos elementos estruturais da conduta e à construção de teorias específicas sobre a omissão que analisassem e justificassem a legitimidade de sua punibilidade.

Apesar desses precedentes, que dão a entender que a omissão poderia constituir, juntamente com a ação, uma forma de conduta, a adoção de uma regra geral da omissão não decorre, entretanto, de imposição legislativa ou de uma exegese meramente declarativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, como forma de justificação do poder punitivo (TAVARES, 2018, p. 31).

A sistemática de Feuerbach, por exemplo, não ostentava como conceito fundamental a ação e, por isso, o Autor igualmente não se dedicou a elaborar uma definição de omissão. Acreditando ser o delito comissivo a violação a um direito subjetivo, identificava essa mesma lesão na omissão, estando justificada a sua punibilidade (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 4). Ou seja, Feuerbach não se preocupou com a definição dos comportamentos, mas apenas com a justificação da relevância penal.

A conduta, para Feuerbach, integrava a definição de delito, mas não ocupava papel sistemático em sua construção dogmática. Ao se dedicar à análise da teoria do crime, a pergunta feita não era “quais os elementos do delito?”, mas sim “quais elementos convertem uma ação em delito?”, ou, em outras palavras, “quais elementos do delito além da ação?”. Desse modo, a premissa conceitual estava excluída do debate (RADBRUCH, 2011, p. 109 – 100).

Envolto em um contexto liberal de Estado, portanto compreendendo que o ente público deveria intervir minimamente nas relações interindividuais, inclusive na esfera penal, para Feuerbach a responsabilidade penal omissiva deveria ser uma exceção, limitada aos casos em que o indivíduo descumprisse um dever jurídico-formal de agir. Nesse ponto, a teoria de Feuerbach se destaca ao descartar uma possível origem ética dos deveres de agir, centrando a problemática da responsabilidade penal dos crimes de omissão no âmbito da normatividade (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 29 e 33).

Por conseguinte, o critério de identificação entre agir e omitir, seria a antijuridicidade formal. Contudo com uma sutil diferença, enquanto o comportamento ativo, violador de interesses penalmente protegidos, seria por si só antijurídico, a omissão apenas se tornaria ilícita ao violar um dever jurídico de agir advindo da própria

lei (que emana a vontade social), ou de um contrato (que representa a autonomia das partes apta a gerar vínculos igualmente jurídicos) (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 31).

Dado que a omissão sempre surge de uma obrigação originária do cidadão, o crime omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato), que dá base à obrigatoriedade da ação. Sem este não pode haver nenhum crime por omissão (FEUERBACH, 1989, p. 66, tradução nossa<sup>4</sup>).

Apesar de não adentrar na análise dos elementos estruturais da conduta ativa e omissiva, e de tampouco diferenciar as espécies de omissão, o que somente passa a ser feito quando se substitui a lesão ao direito subjetivo pela responsabilidade por um resultado, a partir da construção de Feuerbach foram criadas as bases que permitiram o desenvolvimento de um tratamento equiparado entre as modalidades de conduta (TAVARES, 2018, p. 99).

Não obstante, tal concepção, a despeito de unir as espécies de comportamento como formas de contrariar o Direito, não supriu a necessidade de encontrar um elemento que as pudesse unir também do ponto de vista naturalístico, o que apenas será construído mais adiante com o desenvolvimento da ideia de causalidade.

Não bastava, então, a assertiva de que tanto na ação quanto na omissão haveria uma contrariedade ao direito, como queria Feuerbach, ou que a norma penal comportasse proibições e comandos, como sugeriam Spangenberg e Luden; era preciso que se encontrasse para ambas um elemento que as pudesse unir, também, naturalisticamente. Esse elemento, como se verá adiante, deverá ser a causalidade, mas para tanto era preciso que se adiantassem alguns pressupostos que pudessem envolver sistematicamente ação e omissão, e isso não seria possível apenas com a contemplação da natureza das normas penais.

Justamente em face da ausência desses pressupostos, que só serão construídos por uma teoria própria da imputação, é que Feuerbach não chegou a compreender a causalidade como uma entidade autônoma dentro do conceito de delito (TAVARES, 2018, p. 34 – 35).

Seguindo, no século XIX, foi com a escola hegeliana que começou a surgir um conceito de ação em sentido amplo. Conforme explicado por Juarez Tavares (2018, p. 100), pode-se dizer que esse desenvolvimento ocorreu em resposta à necessidade de justificar a punibilidade de uma conduta em função do resultado produzido, ou seja, por motivos de política criminal e legitimação do poder punitivo.

---

<sup>4</sup> Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber crimen por omisión (FEUERBACH, 1989, p. 66).

Conforme esclarece Gustav Radbruch (2011, p. 110), nos antigos sistemas de Direito Penal, a conduta era um elemento presente na definição de crime, entretanto, não desempenhava nenhum papel sistemático na teoria do delito. Isto ocorria em razão dessas teorias julgarem o conceito demasiado abstrato ou evidente para ser apto ou merecedor de aprofundada discussão.

Assim, não obstante a indicação de alguns percursores, que figuraram como pano de fundo da discussão sobre a ação, pode-se dizer que foram os discípulos de Hegel que materializaram o conceito de ação, que até então vagava sem função pelo sistema penal. Nesse sentido, Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira (2017, p. 49) destacam:

A matriz hegeliana imperou na dogmática alemã até os anos 80 do século XIX. A aplicação da dialética por ele proposta ao conceito de ação transformou a ação no núcleo central do sistema penal. Com efeito, antes de Hegel, o sistema penal operava com o conceito de vontade, no esteio do *dolus malus* romano, que era classificada segundo a dicotomia vontade livre ou não livre. Hegel relativizou essas oposições e as sintetizou em um conceito superior, que é o conceito de ação.

Hegel não se concentrou especificamente na discussão sobre a teoria da conduta para o Direito Penal, especialmente à luz das atuais discussões sobre o tema. O conceito de ação em Hegel foi desenvolvido a partir de sua abordagem dialética.

O método dialético hegeliano consiste na apresentação de uma proposição seguida de sua oposição, ou seja, uma tese e uma antítese. Essas oposições são posteriormente conciliadas por meio de uma síntese, que, em um plano lógico, transcende a oposição entre tese e antítese, tornando o objeto cognoscível mais racional. A síntese, portanto, representa uma imputação de natureza lógico-racional, que concilia a contradição entre tese e antítese, viabilizando o entendimento do objeto sob investigação (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 49).

Na concepção hegeliana, o delito, enquanto negação do Direito, é anulado pela pena, que se configura como negação do delito. Dessa forma, a negação da própria negação, reafirmaria a ordem jurídica violada. Dentro desse esquema, o componente antijurídico é a ação, sempre concebida como livre, pois seria inadmissível punir uma conduta que não fosse livre, já que não poderia ser considerada como negação do Direito (RIBEIRO, 2020, p. 50).

A ação é a síntese produzida pela dialética realizada entre os objetos antagônicos liberdade humana e causalidade. O subjetivo humano é livre para vencer as adversidades advindas dos fatores causais externos. Por isso, somente a exteriorização da vontade, capaz de vencer as adversidades dos fatores causais, pode ser considerada como ação. Segundo a teoria hegeliana, a norma, que é um imperativo, um comando de comportamento, é uma imputação em face de uma vontade e do que ela realiza. A modificação do mundo exterior é tida como uma ação quando se apresenta como a realização da vontade de um sujeito, visto que a causação do ser-no-mundo (*Dasein*), somente poderá ser realizada pela vontade. Nesse sentido, somente é ação a vontade manifestada no mundo exterior (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 49 – 50).

Rompendo com a ideia anterior puramente normativa, os autores hegelianos postulavam o desenvolvimento de uma definição de delito subordinado a um conceito volitivo de conduta. Essa elaboração criava as bases para a edificação de uma teoria do crime orientada pela imputação (TAVARES, 2018, p. 244). Nesse sentido, ação e omissão teriam como característica comum a voluntariedade, ou seja, seriam ambas expressões da vontade e da liberdade humana. Um fato que resultasse dessa vontade subjetiva estaria permitido se demonstrasse harmonia com a vontade geral, objetiva; mas tornar-se-ia proibido caso não fosse compatível com a manifestação de vontade dos sujeitos em geral (TAVARES, 2018, p. 101).

A abertura promovida por Hegel possibilitou que juristas conseguissem diferenciar ação e omissão, mas ao mesmo tempo equipará-las quanto aos pressupostos punitivos: considerando que no ordenamento haveria apenas normas proibitivas, as omissões estariam também abarcadas por estas, uma vez que seriam o não-fazer um fato exigido, o que seria igualmente proibido caso fosse produto da vontade humana. Nesse contexto, surge o fundamento pelo qual se poderia extrair, por equiparação à ação, uma concepção de omissão (TAVARES, 2018, p. 101).

Seguindo a lógica hegeliana no Direito Penal, Berner definiu a ação como um meio que dá vida à uma vontade. Esse conceito, entretanto, não dava ênfase à problemática mecanicista, já que o importante, em verdade, seria a atribuição de sentido ao movimento (LOBATO, 2012, p. 53). A ação é idêntica à imputação.

O primeiro penalista hegeliano que inseriu a ação na teoria do delito foi Albert Friedrich Berner, na primeira edição do seu Tratado de Direito Penal Alemão, de 1857. A ação, para o autor, vem tratada logo na definição de crime, sendo a citada ação o conceito através do qual se exterioriza a vontade moral, o dolo, a noção que faz com que a ação seja tomada pelo seu gênero, nomeadamente a conduta, o que faz com que se compreenda nela também o conceito de omissão (BRANDÃO, 2019, p. 61).

A dogmática jurídica desse período se limitava a construir passos metodológicos para possibilitar a imputação penal de um evento a um indivíduo, e por isso o conceito de ação e omissão é elaborado pelos hegelianos com base na teoria da imputação. Essa era considerada o requisito para fazer um indivíduo responsável pelos efeitos de seu comportamento.

A ideia básica, em suas próprias palavras, é a seguinte: imputação é o juízo que faz do fato uma ação, portanto a imputação não é algo externo a ser adicionado à ação, mas está contida nela mesma; imputação e ação são idênticas; conseqüentemente, se basta o conceito de ação, basta também o de imputação, e onde acaba o primeiro, cessa também o segundo (RADBRUCH, 2011, p. 118, tradução nossa<sup>5</sup>).

Não obstante o conceito de ação de Berner estivesse orientado a uma manifestação positiva da vontade, ou seja, para uma ação, o Autor, como dito, também admitia a existência de delitos omissivos, que consistiriam em uma ação negativa. A ação aparece como uma exteriorização da vontade moral, noção em que se compreenderia também a omissão (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 4 – 5).

Como destaca Juarez Tavares (2018, p. 102), o não-querer a determinação, para Berner, também seria expressão de uma vontade, uma vontade negativa. “A não execução do que é determinado é também um fato. E quando este fato se verifique em consequência de uma vontade negativa, então é ele, também, uma intermediação entre vontade e fato, portanto, uma ação” (TAVARES, 2018, p. 102).

A despeito de o sistema hegeliano ter aparentemente solucionado a questão política-jurídica de justificação da punibilidade da omissão, as dificuldades, conforme apontado por Silva Sánchez (2021, p. 5), surgiram quando houve o abandono da ideia de imputação (*imputatio*) como o centro da dogmática penal. Passou-se, então à ontologização dos comportamentos, resultando na concepção da ação não mais como manifestação da vontade moral, mas como algo externo.

As dificuldades surgem quando o delito e a ação, como conceito sistemático, deixam de contemplar-se desde as perspectivas mencionadas. Como destacado por HRUSCHKA, o positivismo do século XIX é caracterizado pela substituição de um ponto de vista moral, por outro naturalista. Isso se mostra com o abandono da velha ideia de imputação (*a imputatio* da teoria do direito

---

<sup>5</sup> La idea básica, en sus propias palabras, es la siguiente: imputación es el juicio que hace del hecho una acción; por ende, la imputación no es algo externo que añadir junto a la acción, sino que está contenida en ella misma; imputación y acción son idénticas; en su consecuencia, si basta el concepto de acción, basta también el de imputación, y allí donde acaba el primero, cesa también el segundo (RADBRUCH, 2011, p. 118).

natural) e na conseguinte ontologização do conceito de ação. Esta passa a ser concebida como um “algo” externo que é possível conhecer e caracterizar sem que o sujeito em nada contribua (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 5 – 6, tradução nossa<sup>6</sup>).

A proposta hegeliana não foi capaz de retratar, com fidelidade, as características empíricas da omissão. Apesar de tê-la incluído no processo de imputação, não a incluiu no conceito de ação. Outra crítica à concepção hegeliana, reside no fato de que o atributo liberdade, essencial para relevância penal do comportamento, apenas era reconhecido em parcela da população, aos homens pertencentes à comunidade jurídica excluindo os demais indivíduos que estariam submetidos a medidas policiais, desprovidas das garantias penais (RIBEIRO, 2020, p. 53).

O mérito dos hegelianos, entretanto, não pode ser descartado, uma vez que ao introduzirem um elemento extrajurídico no conceito de ação, abriram a possibilidade de se buscar a justificação da punição dos comportamentos não apenas em um componente racional, normativo, senão também empírico (TAVARES, 2018, p. 245). Ademais, ensejaram a separação entre ação e punição, como uma consequência da concepção sustentada na culpabilidade da vontade, o que forneceu à dogmática o substrato necessário para se desenvolver posteriormente o conceito de causalidade.

### **3.1.1 Construção dogmática do conceito de “*Unterlassung*” no idealismo alemão**

A partir da inserção, pelos autores hegelianos, do conceito de ação na ciência penal no século XIX, passou-se a refletir com mais ênfase também sobre o não fazer. Nesse contexto, Adolf Merkel, mesmo sem se filiar expressamente entre os autores hegelianos, igualmente desenvolve seu conceito de omissão e uma forma de equiparação entre os comportamentos como fundamento de sua teoria da imputação, e o faz a partir do enfoque na natureza da norma.

---

<sup>6</sup> Las dificultades surgen cuando el delito y la acción. Como concepto sistemático, dejan de contemplarse desde las citadas perspectivas. Como pone de relieve HRUSCHKA, el positivismo del siglo XIX se caracteriza por la sustitución de un punto de vista *moral* por otro *naturalístico*. Ello se muestra en el abandono de la vieja idea de *imputación* (la *imputatio* de la teoría del derecho natural) y en la consiguiente *ontologización* del concepto de acción. Ésta pasa a concebirse como un “algo” externo que es posible conocer y caracterizar sin que el sujeto aporte nada de su parte (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 5-6).

Para Adolf Merkel ([s.d.], p. 2), as ações puníveis, em sentido amplo, abrangendo as omissões, são aquelas que o Direito do Estado proíbe mediante ameaça de pena, por serem condutas incompatíveis com determinados interesses. Ou seja, as condutas penalmente relevantes são comportamentos antissociais, pois contradizem os interesses coletivos e violam uma norma jurídica, uma vez que demonstram a falta de obediência à vontade manifesta do Direito (MERKEL, [s.d.], p. 20/21), e a diferença entre ação e omissão estaria na norma jurídica correspondente.

Nesse sentido, Merkel ([s.d.], p. 56 – 57) afirma que o Estado exige dos cidadãos que não causem lesões e nem coloquem em risco os interesses sociais sob sua proteção. Por esta razão, proíbe certas ações e maneiras de agir, originando os crimes comissivos, que consistem em violações de proibições. Ao mesmo tempo, o Estado também promove a proteção dos interesses sociais ao impor inúmeras ações e modos de agir, estabelecendo preceitos – recomendações que devem ser observadas pelos cidadãos. As omissões, nesse contexto, configuram violações desses preceitos, caracterizadas pela não provocação de uma situação, ou pelo não desencadeamento de um evento que deveria ocorrer (MERKEL, [s.d.], p. 56 – 57).

Apesar de ter enfatizado a importância da verificação de um juízo causal entre o fato e a vontade do agente, a imputação, conforme destacado por Merkel ([s.d.], p. 95/96) mantinha-se proeminente na ciência penal, sendo o ponto central das funções de um magistrado criminal. Nesse sentido, de acordo com o Autor (MERKEL, [s.d.], p. 95 – 96), um fato que aparentemente poderia constituir um delito somente entraria na esfera do Direito Penal quando uma pessoa o realizasse exteriormente como uma expressão de sua vontade contrária às exigências do Direito. Somente sob esse pressuposto, um resultado externo poderia ser legalmente colocado sob responsabilidade de seu autor, ou seja, poderia sê-lo imputado.

Para Merkel, tanto os delitos de ação quanto os delitos de omissão possuem um resultado causalmente verificável (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 50 – 51). Contudo, seguindo influência hegeliana, “assevera Merkel que não basta a simples causalidade para que a omissão seja equiparada à ação. Será preciso, também, que o resultado tenha sido previsível ao tempo em que a ação precedente tenha sido praticada” (TAVARES, 2018, p. 108).

No contexto de construção de sua teoria, a diferenciação entre omissão própria e imprópria já vinha sendo construída, e por isso, Merkel também desenvolveu a ideia de que nas omissões impróprias seria possível, igualmente, verificar uma causalidade.

Defendia Merkel ([s.d.], p. 164) que nesses casos a causa do resultado não estaria propriamente na inação, na omissão em si, mas na conduta precedente ativa do sujeito, incluindo as propriedades que fizeram com que a sua aparição surgisse como seu resultado.

Nesse contexto, as lesões ou exposições a perigo dos interesses protegidos pelo Estado, decorrentes de omissões, como por exemplo, encarregar-se de cuidar de uma criança ou de um doente, a custódia do fogo, a direção de um serviço de barco ou de trem, *causam* um resultado em face da conduta ativa concomitante ou precedente que gerou o efeito produtor da lesão ou do perigo.

Para Merkel, no caso de se omitir culpavelmente a ação complementar, precedente ou concomitante, e por efeito dessa omissão se produzirem as consequências danosas ou perigosas aos interesses protegidos pelo Estado, haverá um verdadeiro delito de ação. Nesse contexto, os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios são falsos delitos omissivos (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 52).

Como se pode perceber, a construção de Merkel não pretendia identificar ação e omissão como formas de conduta, e com isso buscar elementos comuns na natureza jurídica de ambas, mas sim equipará-las. Nesse sentido, sua teoria se voltou a encontrar critérios que permitissem legitimar a punibilidade da omissão, para que estivessem sujeitas às mesmas consequências penais que a conduta comissiva.

A relação entre ação e omissão desenvolvida por Merkel, se operava, portanto, no tratamento comum dado a ambas dentro do processo de imputação, e, portanto, em um momento normativo centrado na antijuridicidade, ainda que pretendesse incrementar um conceito de ação autônomo em relação à antijuridicidade. Como destaca Juarez Tavares (2018, p. 99 – 100), a antijuridicidade apenas vai perdendo espaço e importância quando se substituem as bases de justificação das infrações, ou seja, quando a ação passa a se tornar a base do sistema de imputação penal.

Adotando igualmente o método hegeliano como base de seu conhecimento e tentando unir o resultado da ciência positiva com o idealismo, Karl Binding desenvolve sua própria concepção acerca da teoria do crime a partir da obra *Die Normen und ihre Übertretung* (As normas e sua contravenção), em 1872.

O Autor alemão (BINDING, 2009, p. 7) compreendia que a ação em sentido jurídico, abrangeria tanto a ação, movimento mediante irritação dos nervos motores do titular da vontade, quanto a omissão própria, entendida como o não cumprimento de um mandado de ação. Ambas equiparadas como condutas que perturbariam o

Direito, e por isso poderiam ser consideradas causas de um acontecer anormal na vida jurídica.

Quanto à causalidade, há que se fazer um esforço para destacar que, ao contrário de Merkel, Binding conferia autonomia à omissão, desvinculando o fundamento de sua punição da conduta positiva precedente. A omissão seria, em suma, uma atitude interna do omitente, uma decisão de não realizar a conduta que poderia preservar o bem jurídico, sendo essa decisão a causa do resultado. Portanto ação e omissão seriam equiparadas no plano psicológico (BOTTINI, 2018, p. 67).

Em relação às omissões impróprias, Binding já as diferenciava dos demais crimes omissivos. Para o Autor, a omissão própria seria um comportamento omissivo punível que se cometeria através do descumprimento de um dever de agir conhecido pelo agente, pelo descumprimento de um mandamento legal. Já as omissões impróprias seriam violações, assim como as ações, de proibições, ou seja, de normas que impõem um “não-fazer”.

Somente partindo de um grave erro dogmático pode se considerar os chamados delitos de comissão por omissão – o médico que não segue tratando a quem operou, a mãe que deixa morrer de inanição seu filho – como infrações de mandatos para evitação de resultados lesivos. Se trata de verdadeiras infrações de proibições. (BINDING, 2009, p. 7, tradução nossa<sup>7</sup>).

Ao tratar sobre os conceitos de ação e de omissão como formas equiparadas de comportamento, Binding afirmava que o delito é a única ação que interessa ao Direito Penal (RADBRUCH, 2011, p. 122). Dessa afirmação podem ser extraídas duas conclusões: inicialmente se percebe que para o Autor a ação, em sentido jurídico, coincide com o próprio conceito de crime, e, em segundo lugar, identifica-se que há um conceito de ação em sentido geral, que é irrelevante para os criminalistas<sup>8</sup>.

Posto que Binding, admite a existência de ações desprovidas de conteúdo antijurídico, as ações em geral, resta superado o pressuposto de que ação e imputação coincidem, e permite-se, então, a passagem para uma nova fase dogmática dos conceitos de ação e de omissão, independentes da imputação.

---

<sup>7</sup> Sólo partiendo de un grave error dogmático pueden considerarse los llamados delitos de comisión por omisión – el médico no sigue tratando a quien operó, la madre deja morir de inanición a su hijo – como infracciones de mandatos para la evitación de resultados lesivos. Se trata de verdaderas infracciones de prohibiciones (BINDING, 2009, p. 7).

<sup>8</sup> Quanto a esta segunda consequência, Liszt formula críticas à Binding, sustentando que não se pode conhecer a essência da ação determinada, da ação jurídica, sem se conhecer primeiro a ação em geral, devendo essa ser igualmente analisada pela dogmática penal (RADBRUCH, 2011, p. 123).

### **3.1.2 O conceito de omissão segundo o positivismo penal**

No século XIX o desenvolvimento e valorização da metodologia das ciências naturais, culminou na compreensão de que para um ramo do conhecimento ser considerado ciência, seria necessária a adoção de uma metodologia científica. Desse modo, a análise do objeto de estudo deveria ter como finalidade não sua compreensão, mas sim a explicação destrinchada em leis gerais de validade universal (BRANDÃO, 2019, p. 63). Nesse contexto, a consideração da atividade jurídica como ciência dependia de sua semelhança com as ciências naturais, que eram consideradas as verdadeiras ciências, como corrobora Auguste Comte (1999, p. 107, tradução nossa<sup>9</sup>).

O conjunto de nossa evolução mental e, sobretudo, o grande movimento realizado na Europa ocidental, desde Descartes e Bacon, não deixam, pois, daqui pra frente outra saída possível senão constituir afinal, após tantos preâmbulos necessários, o estado verdadeiramente normal da razão humana, proporcionando ao espírito positivo a plenitude e a racionalidade que ainda lhe faltam para estabelecer, entre o gênio filosófico e o bom senso universal, uma harmonia que até agora nunca pudera existir suficientemente. [...]. Com efeito, por um lado a crise inicial da positividade moderna só deixou essencialmente de fora do movimento científico propriamente dito as teorias morais e sociais, que conseqüentemente permaneceram num isolamento irracional, sob a estéril dominação do espírito teleológico-metafísico; logo, levá-las também ao estado positivo deveria ser, na época atual, a última prova do verdadeiro espírito filosófico, cuja extensão sucessiva a todos os outros fenômenos fundamentais já se encontrava esboçada.

A racionalidade, que já dominava o movimento científico, passou a também ser a regra nas teorias morais e sociais, como o Direito. Nesse panorama, a passagem, para o naturalismo, ou positivismo jurídico, fez surgir concepções imbrincadas com conceitos empíricos, e, no Direito Penal especificamente, a concepção causalista ou positivismo penal.

---

<sup>9</sup> El conjunto de nuestra evolución mental, y sobre todo el gran movimiento acontecido en Europa occidental, tras Descartes y Bacon, no dejan, pues, en adelante otra salida posible que constituir al fin, tras tantos preámbulos necesarios, el estado verdaderamente normal de la razón humana, procurando al espíritu positivo la plenitud y la racionalidad que le faltan todavía para establecer, entre el genio filosófico y el buen sentido universal, una armonía que hasta ahora no había podido existir de modo suficiente. (...). Por una parte, en efecto, la gran crisis abierta por la positividad moderna no ha dejado fuera del movimiento científico propiamente dicho más que las teorías morales y sociales, que han quedado a partir de ese momento, y bajo el estéril dominio del espíritu teológico-metafísico, en un irracional aislamiento; llevarlos, por tanto, también al estado positivo debería ser en nuestros días la última prueba del verdadero espíritu filosófico, cuya extensión sucesiva a todos los demás fenómenos fundamentales estaba ya bastante bosquejada (COMTE, 1999, p. 107).

O nome dessa teoria (causalista) deriva de causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se em uma relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem. Um exemplo da causalidade é a fervura da água: a cem graus centígrados, nas condições naturais de temperatura e pressão, dar-se-á a fervura da água; pode-se dizer que a fervura da água foi efeito da situação de ela estar a cem graus centígrados. Nesse mesmo raciocínio, transmudando-o para a ação, pode-se dizer que a modificação no mundo exterior é efeito da volição do sujeito (BRANDÃO, 2008, P. 123).

O causalismo implicou a *ontologização* dos conceitos de ação e de omissão, que passaram a ser concebidas como objetos externos compreensíveis, “produto da vontade hábil para modificar o mundo exterior, o que era idealmente conhecido pela *causalidade*” (BRANDÃO, 2019, p. 80). Nesse contexto, começa a se destacar outro fator de equiparação entre ação e omissão, a causalidade, que no século XIX desponta como elemento do fato punível (TAVARES, 2018, p. 105).

As concepções causalistas do delito exigiam, pois, para afirmação da responsabilidade penal, que o resultado derivasse de um movimento corporal voluntário do sujeito, tese de fácil construção ao se tratar das ações. Contudo, ao transpor as ideias às omissões, consideradas um “nada”, um “não-fazer”, surgia o problema da construção do nexo de causalidade nos crimes omissivos.

Se por um lado havia a dificuldade de se construir o nexo de causalidade entre omissão e resultado, por outro, a elaboração do mesmo era indispensável para fundamentação da imputação penal às omissões. Essa dicotomia compeliu a doutrina a desenvolver a ideia da causalidade nos crimes omissivos.

Nesse sentido, destaca Silva Sánchez (2021, p. 8-9, tradução nossa<sup>10</sup>).

Normalmente se considera que Luden é o primeiro autor que parte da causalidade natural como critério essencial de imputação, abandonando as teses hegelianas. Isso, independentemente de considerar ou não que em sua obra o conceito de ação já ocupa um lugar fundamental no sistema. Em todo caso, com ele uma série de autores, influenciados pelas ciências empíricas e conscientes da ausência de causalidade natural na omissão própria, tentam encontrar uma fórmula que permita afirmar que em certos casos de omissão se “causa” o resultado.

O fracasso ou dificuldade enfrentada pelas tentativas de construção da causalidade nos crimes omissivos, acabou gerando como repercussão dogmática, o

---

<sup>10</sup> En todo caso, con él una serie de autores, influidos por las ciencias empíricas y conscientes de la ausencia de causalidad natural en la omisión en sí, tratan de hallar una fórmula que permita afirmar que en determinados supuestos de omisión se “causa” el resultado (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 8-9).

debate teórico sobre o próprio conceito de omissão. Fazia-se necessário compreender o que seria esse instituto, para, depois, inseri-lo na teoria engendrada sobre a conexão com o resultado delitivo.

Nesse contexto, uma das definições do conceito de omissão que surge no marco do naturalismo, é construída Ernst von Beling, jurista alemão e professor de Direito Penal e Criminologia, que inaugurou uma nova sistemática metodológica do Direito Penal em 1906, com a obra “A doutrina do crime” (BRANDÃO, 2014, p. 80).

Para se compreender efetivamente o conceito proposto de omissão segundo a concepção do referido Autor, faz-se necessário examinar a concepção de ação em sua construção teórica. Nesse sentido, Beling compreende o comportamento comissivo como uma expressão corporal externa, objetiva, que envolve a ativação muscular voluntária, resultante do controle exercido sobre o corpo.

Deve-se entender por “ação”, um comportamento corporal (fase externa, “objetiva” da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular [incitação], “voluntariedade”), (fase interna, “subjativa” da ação); isto é, um “comportamento corporal voluntário”, consistente em um “fazer” (ação positiva), isto é, um movimento corporal, por exemplo levantar a mão, falar, etc. [...] (BELING, 2002, p. 43, tradução nossa<sup>11</sup>).

Ao comportamento corporal que corresponde à fase externa da ação, soma-se a fase interna, representada pela voluntariedade. Essa indica que o comportamento foi produzido pelo domínio sobre o corpo, ou seja, pela liberdade de inervação muscular, excluindo-se do âmbito penal fenômenos humanos somente objetivos ou internos do agente, como os que ocorrem, por exemplo, em estados de inconsciência, meras cogitações e atos reflexos (BRANDÃO, 2019, p. 65).

A partir da concepção de ação, parte-se para a definição de omissão, que, segundo o Autor alemão, consiste em uma inatividade corporal voluntária. Assim, ao contrário da contração dos músculos (ação), a omissão seria a distensão, o afrouxamento dos músculos dominado pela vontade (BELING, 2002, p. 43), portanto, um “não-fazer”, uma ausência absoluta de movimento corporal, sendo a definição intransitiva.

---

<sup>11</sup> Debe entenderse por “acción” un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, “voluntariedad”), (fase interna, “subjativa” de la acción); ello es, un “comportamiento corporal voluntario”, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, in movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc. [...] (BELING, 2002, p. 42).

Na legislação, ao lado dos delitos de ação, comissivos haveria para Beling, de igual forma, delitivos-tipos omissivos, que poderiam se manifestar como uma completa inatividade, caracterizando-se simplesmente como um não-fazer (delitos de pura omissão), ou como capazes de gerar um efeito positivo. Nesse último caso, estar-se-ia diante de uma omissão imprópria, que envolveria a não realização de uma atividade que poderia ter evitado o resultado típico (BELING, 2002, p. 98).

Em suma, o conceito de omissão construído por Beling, como destaca Silva Sánchez (2021, p. 25), é naturalístico, porém não causal. O que permite concluir tratar-se de uma concepção ontológica de ação e omissão, que fazem parte de um conceito geral, unitário, de comportamento humano voluntário.

De acordo com Beling dois níveis de análise devem ser diferenciados: o comportamento (atividade ou inatividade, e aqui está o conceito de ação ou omissão), e seu conteúdo (onde tanto a atividade, quanto a inatividade, podem ser vistas como omissão de alguma coisa). O comportamento é um acontecimento histórico, que deve ser subsumido ao *Tatbestand*, tipo penal, que possui o conteúdo da ação (BRANDÃO, 2014, p. 81).

Percebe-se que o conceito de ação, em sentido amplo, para o jurista alemão não possui valor sistemático, pois esta função é atribuída ao delito-tipo. A definição do comportamento serve apenas para excluir do âmbito penal qualquer manifestação humana que não possua vontade ligada à modificação no mundo exterior por meio da causalidade. A conduta em si, para Beling, é um “fantasma sem sangue”, e seu conteúdo, fazer ou não-fazer algo, é dado pelo tipo penal, que tem função descritiva (BRANDÃO, 2014, p. 82).

A adoção por Beling do tipo como ponto de referência para construção do conceito de omissão penal influenciou o surgimento, futuramente, de teorias que negaram a existência de um substrato material comum à ação e omissão, e optaram pela construção de um conceito jurídico-penal cuja referência é a própria tipicidade. Teorias que, em lugar de um conteúdo material, sustentam, como elemento de vinculação, um princípio normativo, sistematicamente ligado ao tipo (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 142).

Em sequência, apoiando-se igualmente sobre a base filosófica do positivismo, Franz von Liszt constrói um sistema penal alinhado à compressão mecanicista, causalista, segundo a qual a conduta humana seria compreendida a partir da lógica universal da relação entre causas e efeitos.

De acordo com Liszt (2006, p. 193), a ação penalmente relevante, seria um ato de vontade que causa uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. Seria, portanto, a causação do resultado por um ato de vontade humana, ato esse representado como um movimento corpóreo, tensão dos músculos; voluntário, ou seja, não praticado por coação mecânica (LISZT, 2006, p. 198).

A ideia de ação assume, na sistemática de Liszt, a posição de elemento essencial do sistema penal. Ocorre que a definição apresentada não era capaz de abarcar também as omissões, especialmente as omissões impróprias, o que obrigou o doutrinador a se debruçar sobre o que seria essa modalidade de comportamento. Ou seja, “[...] a elaboração de um conceito de omissão foi presidida, no sistema de Liszt, pela busca da solução do problema da equiparação de determinadas omissões às causações ativas do resultado” (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 10, tradução nossa<sup>12</sup>).

O resultado da adaptação do conceito de ação para as omissões realizado por Liszt, foi a compreensão de que a mudança no mundo exterior atribuível à vontade humana poderia ser causada por um comportamento ativo, ou seja, uma mudança causada voluntariamente, mas também por comportamento omissivo, quando a mudança voluntariamente não fosse impedida. Pelo que o Autor concluiu que a omissão e a ação aparecem como espécies de conduta, duas formas fundamentais de ação em sentido lato, e, conseqüentemente, do crime (LISZT, 2006, p. 193 – 194).

A omissão é definida de forma específica pelo Autor (LISZT, 2006, p. 208, tradução nossa<sup>13</sup>):

Mas a ideia de omissão exige uma nova e essencial limitação:  
Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e esperada. Omitir é um verbo transitivo: não significa deixar de fazer de modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado. Não dizemos que uma pessoa nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, se não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite.  
O direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica, quando há um dever jurídico que obriga a agir.

<sup>12</sup> [...] la elaboración de un concepto de omisión se halla presidida, en el sistema de Liszt, por la solución del problema de la equiparación de determinadas omisiones a las causaciones activas del resultado (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 10).

<sup>13</sup> Mas a ideia da omissão exige uma nova e essencial limitação:  
Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma ação determinada e esperada. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto. Mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado. Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, si não devêssemos esperar, por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite.  
O direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica, quando ha um dever juridico que obriga a obrar (LISZT, 2006, p. 208).

Ao contrário de Beling, para Liszt o conceito de omissão é transitivo, assim a omissão não é um não-fazer absoluto, mas sim um “não-fazer algo”, um não fazer uma ação determinada. E, nesse sentido, a obrigação de agir poderia advir tanto de uma imposição do próprio ordenamento jurídico, quanto também de atos anteriores capazes de exigir uma atividade posterior, como a assunção de um cargo de direção e seu posterior abandono (LISZT, 2006, p. 208).

Provavelmente é v. Liszt, que na primeira edição de seu Tratado já havia manifestado que omitir não é não-fazer nada, mas sim não-fazer algo, e é quem, na segunda edição, utiliza pela primeira vez o termo “transitivo”. Hoje há unanimidade sobre este ponto (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 28, tradução nossa<sup>14</sup>).

A expectativa e sua frustração aparecem na teoria de Liszt umbilicalmente ligadas ao conceito de omissão, já que, sendo a omissão um não fazer algo que é esperado ou devido, a existência desse dever, dessa expectativa, é o que autoriza a se falar em omissão. Ademais, somente quando existe um dever jurídico de evitação de um resultado, há a equivalência entre não evitação e causação.

A crise da teoria da ação causal vem à tona com os problemas da causalidade na omissão, que demonstraram a impossibilidade de um conceito geral unitário de ação que pudesse abarcar também as omissões. “Nas omissões, falta a causalidade em sentido científico-naturalista. O injusto omissivo não é, portanto, apreensível a partir dessa perspectiva” (ROXIN, 2010, p. 28).

Desde o princípio a omissão foi um dos principais pontos problemáticos do sistema causalista de delito. Desse modo, considerando que desde o ponto de vista causal, ação e omissão não poderiam constituir uma unidade conceitual, cabia se pensar em uma nova concepção de delito no qual a distinção entre ação e omissão pudesse atravessar todo o sistema, superando-se os sistemas anteriores.

### **3.1.3 O conceito neokantista de omissão: a contribuição de Radbruch**

---

<sup>14</sup> Probablemente es v. Liszt, que en la primera edición de su *Tratado* ya había puesto de manifiesto que omitir no es no-hacer-nada sino no-hacer-algo, quien, en la segunda edición, utiliza por primera vez el término “*transitivo*”. Hoy se da unanimidad en ese punto (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 28).

A problematização sobre o conceito de omissão apenas surgiu em razão da adoção da metodologia das ciências naturais pela dogmática penal, no contexto do positivismo penal. Contudo, a incapacidade dessa doutrina de lidar com as peculiaridades dos crimes omissivos, levou à sua superação, avançando-se o desenvolvimento do pensamento penal.

Como destaca Silva Sánchez (2021, p. 16), à medida que o método naturalista se mostrou incapaz de explicar a omissão a partir de uma base natural unitária, se viu substituído por correntes que tratam de compreender tal conteúdo, determinando que a unidade seja feita, não do ponto de vista naturalístico, mas meramente formal. Nesse contexto, passa-se a recorrer a um método valorativo, característico da concepção neokantiana:

A grande dificuldade dessa concepção não reside, propriamente, na sua tentativa de buscar uma causalidade na omissão ou de criar, hipoteticamente, um movimento corpóreo que lhe correspondesse, mas no fato de compreendê-la como um acontecimento natural e, assim, empiricamente demonstrável. Embora a causalidade possa ser contestada como relação física ou natural entre um acontecimento antecedente, representado por uma não fazer, e outro consequente, expresso por uma alteração no mundo exterior, ou se possa também refutar o movimento corpóreo na inatividade, na verdade, em face de vários artifícios inclusive daqueles que retratam a relação causal como uma relação apenas lógica, a omissão, como dado empírico, não terá relevância, uma vez ser insustentável a sua existência tão só como um não fazer, sem qualquer referência a uma ação determinada. Uma vez que a omissão dependa, portanto, de uma ação, que deveria ter sido praticada, mas não o foi, não pode ser tratada como uma forma de ação (TAVARES, 2018, p. 53 – 54).

Contrariamente ao positivismo, que atribuía caráter científico ao Direito Penal apenas ao aproximá-lo das ciências naturais, o neokantismo empenhou-se em desenvolver a perspectiva de que a cientificidade do conhecimento não está necessariamente vinculada à adoção de um método causal-explicativo no estudo da realidade. Dessa maneira, as ciências culturais poderiam empregar um método compreensivo dos fatos, mantendo, ao mesmo tempo, sua natureza científica (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 177). A influência do neokantismo no Direito ocasionou, assim, o desenvolvimento de um método referido a valores e fins, segundo o qual tudo o que se envolvesse do âmbito jurídico perderia seu caráter naturalístico livre de referências a valores.

Nesse contexto, Gustav Radbruch parte da ideia kantiana da impossibilidade da extração de valores da realidade, de estabelecer o dever-ser sobre o ser, de trocar as leis naturais por normas jurídicas, e separa o reino dos valores do mundo dos fatos: “o reino dos valores e o mundo dos fatos coexistem como órbitas paralelas, sem entrecruzar-se. Esta relação entre o valor e a realidade, entre o ser e o dever ser, é o que se chama de dualismo metodológico” (RADBRUCH, [s.d.], p. 24, tradução nossa<sup>15</sup>).

Acerca do conceito de omissão, a teoria de Gustav Radbruch surge como uma alternativa de superação do conceito causal-naturalista puramente naturalístico, embora não estivesse totalmente dele dissociado, haja vista que a fase neokantiana, reconhecida igualmente como filosofia dos valores, embora tenha desenvolvido uma abordagem científica inovadora vinculada aos valores, não conseguiu verdadeiramente transcender os princípios causalistas da escola clássica do delito.

Em 1904, Radbruch iniciou a formulação da ideia de que é impossível integrar as condutas passiva e ativa sob um conceito superior comum de comportamento. Isso se devia ao entendimento do Doutrinador de que as espécies de comportamento possuiriam estruturas distintas. Enquanto na ação seria possível verificar a existência de um movimento corporal voluntário que causa um resultado, na omissão, não seria possível identificar os mesmos elementos (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 36).

As dificuldades enfrentadas para se encontrar um super conceito de ação, que pudesse também englobar a omissão, foram evidenciadas por Radbruch. Enquanto a ação, em sentido estrito, representaria um conceito real e facilmente perceptível pelos sentidos, a omissão, pelo contrário, careceria de realidade, no plano ôntico seria um nada. Essa diferença essencial impediria a subsunção das formas de conduta em um conceito superior e comum (HUERTA TOCILDO, 1982, p. 232, tradução nossa<sup>16</sup>).

Em sua concepção, a omissão não só não apresenta as características próprias da ação, como nega essas características, apresentando-se como a contradição da ação. Ou dito com sua célebre formulação: se a ação é A, a omissão é não-A; e A e não-A não podem englobar-se em um conceito

---

<sup>15</sup> “El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad, entre el ser y el deber ser, es lo que se llama el dualismo metodológico” (RADBRUCH, [s.d.], p. 240).

<sup>16</sup> En su opinión, la omisión ni sólo no presenta las características propias de la acción, sino que las niega, presentándose como la contradicción de la acción. O dicho con su célebre formulación: si la acción es a, la omisión es no-A, y A y no-A no pueden englobarse en el seno de un concepto común, llámese éste conducta humana, acción en sentido amplio, o como se quiera (HUERTA TOCILDO, 1982, p, 233).

comum, chamado de conduta humana, ação em sentido amplo, ou como se queira.

Radbruch considerava que há três elementos que formam o conceito de ação, a saber: a vontade, o fato e a causalidade (RADBRUCH, 2011, p. 161). Assim, enquanto a ação consistiria na soma desses três elementos, a omissão se resumiria em um não existir vontade, nem fato e tampouco relação de causalidade, logo seria a negação da ação e, portanto, não possuiria com ela nenhum ponto em comum (GIMBERNAT ORDEIG, 1987, p. 598).

Quanto à causalidade, Radbruch apontava a inviabilidade de existir uma conexão naturalística entre a omissão e o resultado, pois, sendo a omissão um nada, dela nada poderia resultar. Ademais, considerando a causalidade um vínculo que uniria uma alteração material a outra, nem mesmo seria possível se cogitar uma causalidade subjetiva entre a vontade de omitir um comportamento determinado, e a efetiva não realização desse comportamento (TAVARES, 2018, p. 54).

Que não pode existir causalidade entre a falta de um movimento corporal e um evento já demonstraram suficientemente outros autores; nada tenho a acrescentar a seus argumentos. Por outro lado, costuma passar desapercibido que também não se pode admitir o nexo de causalidade entre a vontade de omitir um movimento corporal e sua não execução, ainda que esta decorra das mesmas premissas daquela. [...] Falta a relação causal não apenas entre o comportamento corporal e o resultado, mas também entre a vontade e o comportamento corporal; falta, pois, a relação causal entre a vontade e o resultado (RADBRUCH, 2011, p. 161, tradução nossa<sup>17</sup>).

Em relação à vontade, entendida como uma causa psíquica em virtude da qual os nervos são estimulados, tampouco se exigiria, em geral, sua existência no omitir. Segundo o Radbruch (2011, p. 165, tradução nossa<sup>18</sup>) “[...] uma participação psíquica do omitente, em especial um querer, não é essencial para o conceito de omissão”, uma vez que o componente volitivo do conceito de ação foi construído com referência à existência de uma relação causal entre conduta e resultado, o que não existe no comportamento omissivo.

<sup>17</sup> Que no puede existir *causalidad* entre la falta de un movimiento corporal y un suceso lo han demostrado suficientemente otros autores; nada tengo yo que agregar a sus argumentos, En cambio, suele pasar inadvertido que tampoco puede admitirse un nexo causal entre la voluntad de omitir un movimiento corpóreo y la no ejecución de éste, pese a esto se sigue las mismas premisas de aquello. [...] La relación de causalidad falta no sólo entre la conducta corporal y el resultado, sino también entre la voluntad y la conducta corpórea; *falta, pues, la relación causal entre voluntad y hecho* (RADBRUCH, 2011, P. 161).

<sup>18</sup> [...] una participación psíquica del omitente, en especial un querer, no es esencial para el concepto de la omisión (RADBRUCH, 2011, P. 165).

Contudo, embora não seja um elemento necessário do conceito de omissão, considerando que para se dizer que o sujeito omitente não quis algo seria preciso que ele antes representasse a totalidade de possibilidades de agir que estaria em condições de realizar, a omissão poderia advir da vontade apenas no caso dos crimes dolosos. Ressalte-se novamente, entretanto, que esse requisito não precisaria estar no conceito de omissão, especialmente nos delitos omissivos culposos.

Por fim, Radbruch (2011, p. 165) também nega a existência de um fato nos crimes omissivos, entendido como uma conduta corporal do agente que está causalmente conectado com o resultado. Primeiramente porque na omissão própria ou imprópria, o que se pune não é a existência ou inexistência de movimento corporal, mas o fato de o autor não executar a conduta ordenada pela legislação.

Ademais, tampouco há que se falar em resultado na omissão, já que não se pode atribuir a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico ao comportamento omissivo, mas somente à circunstância de que esses bens jurídicos não saíram da situação ílesos. Nas palavras de Radbruch (2011, p. 166, tradução nossa<sup>19</sup>): “[...] o resultado da omissão é que ela não tem resultado algum”. Desse modo, se não fazem parte da omissão nem o comportamento corporal, nem o resultado, a relação de causalidade entre ambos não pode ser construída nos crimes omissivos, que não possuem, assim, o fato que constitui o conceito de ação.

Se, pois, a omissão não apresenta nenhum dos elementos essenciais do conceito de ação, isso significa que ambos os comportamentos não podem ser englobados no conceito geral da conduta ativa. Igualmente Radbruch (2011, p. 168) descarta a possibilidade de elaboração de um terceiro conceito superior comum a ambas as espécies de comportamento humano. Assim, propõe não uma definição comum, mas a existência de elementos não essenciais semelhantes entre os comportamentos:

Por conseguinte, a omissão não apenas não tem em comum com a ação as características da vontade, do acontecimento e a causalidade entre ambos; antes, esgota-se precisamente em lhes negar. Se, no lugar deles, se pusessem outros elementos, positivos, haveria a esperança de conciliar a omissão com a ação. Contudo, tão certo como não poder colocar “a” e “não-a”, posição e negação, submetidos a conceito superior, não é viável reduzir juntas ação e omissão em um conceito semelhante, chame-o de ação, conduta humana ou como se queira!  
[...]

---

<sup>19</sup> [...] el resultado de la omisión es que ella no tiene resultado alguno (RADBRUCH, 2011, p. 166).

Podemos, assim, reiterar o princípio que assinalamos anteriormente: tão certo como não poder colocar um conceito e seu contraditório, posição e negação, “a” e “não-a”, submetidos a conceito superior, assim também ação e omissão têm que estar uma ao lado da outra, desligadas entre si (RADBRUCH, 2011, p. 168 – 169, tradução nossa<sup>20</sup>).

Finalmente, o conceito de omissão é construído, na teoria de Gustav Radbruch, sem elementos positivos, sendo que se esgota na não realização de um movimento corpóreo ordenado quando era possível fisicamente ao autor (possibilidade físico-objetiva). A possibilidade de agir verificada em um plano abstrato, assim, se torna um elemento do conceito de omissão que não encontra correspondente na ação (RADBRUCH, 2011, p. 169). Nesse sentido Silva Sánchez (2021, p. 38, tradução nossa<sup>21</sup>) esclarece:

O exposto mostra que os dois aspectos fundamentais do esquema de Radbruch são o caráter negativo (contrário em relação à ação) da omissão e a possibilidade física como critério de determinação de quais ações não realizadas o sujeito se omite.

Diante da impossibilidade de reduzir ação e omissão em conceito único, e o igual impedimento de identificar entre ambas, elementos essenciais comuns, o Autor propõe que seja feita uma reconstrução da teoria do delito. Esta não mais estaria embasada na definição de ação em sentido amplo, como conceito superior de todo o sistema, mas consideraria a existência de duas definições desligadas entre si, ação e omissão. Assim sendo, se tornaria necessário dividir o sistema duplicando todos os seus conceitos à ação ou à omissão, vinculando as novas construções por meio do conceito formal de delito (RADBRUCH, 2011, p. 171).

A ideia de um conceito de omissão baseado na possibilidade físico-objetiva de agir, sustentada por Radbruch, foi criticada em razão da impossibilidade de se

---

<sup>20</sup> Por consiguiente, la omisión sólo no tiene en común con la acción los caracteres de la voluntad, el hecho y la causalidad entre ambos; antes bien, ella se agota precisamente en negarlos. Sin en lugar de ellos, poseyera otros elementos, positivos, habría la esperanza de conciliarla con la acción. ¡Sin embargo, tan cierto como que no se puede poner “a” y “no-a”, posición u negación, bajo un concepto superior, así también no es factible plegar juntas acción y omisión en un concepto semejante, llámeselo acción, conducta humana o como fuere!

[...]

Podemos, pues, reiterar el principio que sentamos más arriba: tan cierto como que no es factible poner un concepto y su opuesto contradictorio, posición y negación, “a” y “no-a”, bajo un común concepto superior, así también acción e omisión tienen que estar una al lado de la otra, desligadas entre sí (RADBRUCH, 2011, p. 168 – 169).

<sup>21</sup> La exposición muestra que los dos aspectos fundamentales del esquema de RADBRUCH son el carácter negativo (contradictorio respecto de la acción) de la omisión y la posibilidad física como criterio de determinación de qué acciones no realizadas se omiten (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 38).

averiguar a capacidade de ação de uma forma objetiva, pois seria, em verdade, uma análise hipotética e irreal. Contudo, passou a haver um amplo acordo na doutrina de que a transitividade da omissão, essa ideia de que seria um não fazer algo, somada à reflexão sobre a possibilidade de agir, seriam condições necessárias, não suficientes, para a conceituação da omissão (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 31).

O pensamento de Radbruch e da escola sudocidental alemã na ciência do Direito Penal permitiu a superação do conceito de ação com caráter estritamente naturalístico, e possibilitou a construção de uma concepção neo-causal da definição, que passou a admitir a existência de um desvalor na conduta delituosa, de natureza normativa, essencial para a justificação da relevância penal do comportamento. Contudo, a bipartição da teoria do delito em razão da espécie de conduta e a imprecisão do elemento “possibilidade físico-objetiva” constante no conceito de omissão, contribuíram para a superação da teoria com a construção de novas teorias.

#### **3.1.4 A omissão segundo a teoria finalista**

As transformações sofridas no século XX na teoria do delito estão fortemente ligadas à reestruturação proposta pela teoria da ação finalista, que pôs em questão o valor dos conceitos pertencentes à dogmática positivista de Liszt e Beling. Nesse sentido, a partir do conceito naturalístico de ação e diante dos desafios de reconhecer nas omissões as características do comportamento comissivo, surgiram duas opções: rejeitar a equiparação entre ação e omissão, como proposto por Radbruch; ou desenvolver uma concepção que permitisse identificar na omissão elementos similares aos presentes no comportamento comissivo.

Atualmente o debate sobre o conceito de omissão, e o estudo da própria ação, é liderado por dois posicionamentos: de um lado o finalismo, que possui uma concepção ontológica das definições de ação e omissão; e, por outro lado, o funcionalismo, teoria que possui essência normativa, e considera que os conceitos não são pré-jurídicos, mas sim obtidos à luz das normas e do Direito (BRANDÃO, 2019, p. 73).

A teoria finalista da ação foi criada por Hans Welzel na primeira metade do século XX, e aperfeiçoada pelo Autor após a queda do nacional-socialismo alemão (BRANDÃO, 2019, p. 67). À medida em que o finalismo paulatinamente formulava sucessivas formulações sobre a teoria da ação, a dogmática dos crimes omissivos

também sofreu uma evolução significativa, através da qual seus elementos foram questionados, reformulados e reanalisados.

A despeito da oposição à dogmática penal positivista, o finalismo, assim como o sistema anterior, define a omissão a partir de um conceito ontológico, que, conforme afirma Cláudio Brandão (2019, p. 85), “parte do pressuposto epistemológico que a omissão é um ente com existência real”. Contudo, a nova concepção não se funda sob a causalidade, mas sob a vontade humana consciente do fim, que dirige o acontecimento no sentido da finalidade delitiva, sendo essa reitora do acontecer causal.

O finalismo adota, quanto ao estudo do conceito de omissão, um ponto de vista ontológico, ou seja, pretende apreender a estrutura lógico-objetiva do ser do homem, do agir e do omitir, que determina o juízo de valor subjacente à norma e ao injusto (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 42, tradução nossa<sup>22</sup>).

De acordo com Welzel (1976, p. 50), as ações humanas representam o exercício da atividade final, sendo, portanto, finalistas e não meramente causais. Isso se fundamenta na ideia de que o ser humano, com base em seu conhecimento causal, pode antecipar as possíveis consequências de seu comportamento e direcioná-lo para atingir seu propósito. Dessa forma, toda ação relevante para o Direito Penal constitui uma unidade composta por elementos objetivos (do fato) e subjetivos (da vontade), podendo manifestar-se tanto como ação, quanto como omissão.

Sem, entretanto, igualar as espécies de comportamento, Hans Welzel (1976, p. 276) apresenta a omissão como uma segunda forma, independente da ação, de conduta humana regida pela vontade e dirigida a um fim. Nesse sentido, “a ação e a omissão teriam um mesmo fundamento lógico-objetivo: a referência a um fim” (TAVARES, 2018, p. 247).

Do ponto de vista ontológico, a omissão não é em si mesma uma ação, já que é a omissão de uma ação. Ação e omissão se comportam em tal sentido como A e não-A. A linguagem comum que inclui a omissão no conceito de “ação”, emprega neste conceito um duplo sentido e leva por esta razão a uma falta de clareza substancial, ao transferir à omissão, sem notar, características que somente correspondem à ação em seu verdadeiro sentido (por exemplo, o problema da “causalidade da omissão”). Na realidade, ação e omissão de

---

<sup>22</sup> El finalismo adopta, ante el estudio del concepto de omisión, un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógico-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio del valor subyacente a la norma y al injusto (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 42).

uma ação são duas subclasses independentes dentro da “conduta” suscetível de ser regida pela vontade final (WELZEL, 1976, p. 276, tradução nossa<sup>23</sup>).

Welzel compartilha a ideia, criada por Liszt, que a omissão é transitiva, significando não apenas a ausência de ação, mas um não agir de maneira específica: a omissão de uma ação possível para o agente, sujeita ao controle final do fato (domínio do fato). Nesse sentido: “somente aquela ação que está subordinada ao poder final do fato (domínio do fato) de uma pessoa, poder ser omitida” (WELZEL, 1976, p. 277, tradução nossa<sup>24</sup>).

Dessa forma, na omissão, não estão presentes nem a causalidade e nem a finalidade atual, elementos encontrados na estrutura dos crimes comissivos. O domínio do fato potencial do autor, ou a sua finalidade potencial, basta para transformar uma simples inação em uma omissão penalmente relevante. Isso ocorre porque o elemento constitutivo da omissão é, precisamente, a finalidade potencial sobre o fato (WELZEL, 1976, p. 277).

Assim, o conceito de omissão não é simplesmente negativo, mas limitador: trata-se da omissão de uma ação cuja realização é possível ao agente, estando sob seu poder de ação final (finalidade potencial). Welzel entende a omissão como a não utilização da finalidade potencial de um homem em relação com determinada ação (HUERTA TOCILDO, 1982, p. 241).

A despeito das críticas quanto a inclusão da ação e omissão sob uma perspectiva ontológica, dentro do contexto da dogmática finalista, Armin Kaufmann desenvolve a teoria iniciada por Welzel e formula novas bases para os crimes omissivos. Inicia o Autor a análise sobre os critérios fundamentais da omissão, mantendo a concepção de transitividade:

No termo “omitir”, há uma negação que se refere a uma atuação. Porém, o conceito de “omissão” não é sinônimo de “não agir”, de “não modificar uma realidade”, de “não agir em absoluto”, de “inatividade” ou de “quietude física”. O omitir não nega o agir como tal, mas apenas um agir em determinada

<sup>23</sup>Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. El lenguaje común que incluye la omisión en el concepto de "acción", emplea por ello este concepto en un doble sentido y lleva por esta razón a una falta de claridad sustancial, al transferir a la omisión, sin notarlo, características que sólo corresponden a la acción en su verdadero sentido (por ejemplo, el problema de la "causalidad de la omisión"). En realidad, acción y omisión de una acción son dos subclasses independientes dentro de la "conducta" susceptible de ser regida por la voluntad final (WELZEL, 1976, p. 276).

<sup>24</sup>Sólo aquella acción que está subordinada al por final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida (WELZEL, 1976, p. 277).

direção, uma ação concreta. Isso é destacado com tanta frequência, que nenhum esclarecimento adicional é necessário. Desde que V. Liszt destacou que “omitir é um verbo transitivo”, que não significa “não fazer nada”, mas “não fazer algo”, esta ideia é de domínio público. O conceito de omissão está, assim, sempre referido a determinada ação “que se pensa” (KAUFMANN, 2006, p. 46, tradução nossa)<sup>25</sup>.

Na revisão inicial da concepção da conduta omissiva da teoria finalista, Kaufmann introduz a noção de capacidade de ação, desenvolvendo seu próprio entendimento, segundo o qual a omissão consiste na não realização de uma ação final por um determinado sujeito, quando este tinha a possibilidade de agir. Desse modo, a omissão continua relacionada a uma ação, pois não há omissão por si, apenas omissão de uma determinada ação (HUERTA TOCILDO, 1982, p. 239); e inclui-se a possibilidade de agir, cuja análise exige a inserção de um sujeito de referência para a omissão.

Por último, para os finalistas é evidente que o objeto de referência da omissão somente pode ser uma ação final, que apenas a ausência de uma realização da vontade pode chamar-se de omitir uma ação. Tampouco cabe duvidar que como «ação omitida» se entende o ato de uma pessoa determinada, pois onde quer que apareça o conceito de omissão insere-se o sentido «que a omissão» «deve ser imputada» a uma determinada pessoa (não entendida aqui a «imputação» de forma técnica). «Omissão não é a não ocorrência de uma ação, mas sim a não ocorrência de uma ação de um sujeito determinado, o não levar a cabo uma ação» (KAUFMANN, 2006, p. 47, tradução nossa)<sup>26</sup>.

Assim como Welzel, Kaufmann também reconhece na sua formulação do conceito de omissão a presença da finalidade potencial, a qual, segundo o autor, é considerada irreal, constituindo-se meramente como elemento de referência. A finalidade potencial é entendida por Kaufmann como a escolha subjetiva do sujeito de

---

<sup>25</sup>En el término «omitir» reside una negación, referida al actuar. Sin embargo, el concepto «omisión» no es sinónimo de «no suceder», de «no modificar una realidad», de «no obrar en absoluto», de «inactividad» o de «quietud física». El omitir no niega el actuar como tal, sino sólo un actuar en determinada dirección, una acción concreta. Lo cual se subraya con tanta frecuencia que no hace falta aquí ulterior aclaración. Desde que V. Liszt destacara que omitir «es un verbo transitivo», que no significa «no hacer nada, sino no hacer algo», esta idea es de dominio público. El concepto de la omisión está, pues, siempre referido a determinada acción «en que se piensa» (KAUFMANN, 2006, p. 46).

<sup>26</sup> Por último, para los finalistas es evidente que objeto de referencia de la omisión sólo puede ser una acción final, que sólo la *ausencia de una realización de voluntad* puede llamarse omitir una acción. Tampoco cabe dudar que como «acción omitida» se entiende el acto *de una persona determinada*, pues dondequiera que aparece el concepto de omisión entraña el sentido de «que la omisión» «ha de imputarse» a una determinada persona (entendida aquí la «imputación» no técnicamente). «Omisión no es la *no concurrencia* de una acción, sino la no concurrencia de una acción en sujeto determinado, el *no llevar a cabo* la acción» (KAUFMANN, 2006, p. 47).

não materializar sua capacidade de ação quando lhe era possível fazê-lo, e, com isso, conhecendo e dominando os fatores externos, chegar ao resultado desejado (KAUFMANN, 2006, p. 56).

É importante observar que a capacidade de ação, um elemento comum às duas espécies de comportamento, ação e omissão, é independente da efetiva realização do ato. Nesse sentido, a ação e a capacidade de ação não se confundem, pois esta última é unicamente uma condição do sujeito e não um elemento integrante do conceito de ação (TAVARES, 2018, p. 248). Se o sujeito não concretiza sua capacidade de ação através da realização da conduta ativa, ocorre omissão.

A capacidade de ação engloba vários elementos, incluindo a possibilidade física de agir, que é externa e objetiva, referindo-se à viabilidade prática de realizar o comportamento; e a capacidade de condução final, que abrange a tomada de decisão, juntamente com o controle do curso causal para realização exitosa da decisão.

Conforme evidenciado, o conceito de omissão finalista independe da existência de um mandamento jurídico ou de uma valoração jurídica da conduta. Isso decorre da premissa de que a omissão tem existência real, sendo um dado ontológico, trata-se de uma realidade ontológica negativa. Entretanto, segundo Enrique Gimbernat Ordeig (1987, p. 580), é do comando normativo que surge a exigibilidade do comportamento.

À ação que poderia ser realizada (aspecto ontológico), acrescenta-se o dever de executá-la (aspecto normativo), fundamentado em normas jurídicas, no caso de omissões delitivas, uma vez que é a lei penal que lhes confere o desvalor, mas também religiosas, éticas, convencionais etc., quando se trata de omissões não apenas pela lei.

Tanto as ações quanto as omissões adquirem relevância penal através da moldura da tipicidade, que as torna dignas de uma pena criminal. Tornar um comportamento digno de uma pena é torná-lo desvalioso, pois o envolve na dignidade da esfera da sanção própria do Direito Penal. A tipicidade é o continente da conduta relevante penalmente, pois a matéria da proibição que o tipo individualiza tem o seu núcleo expresso por um comportamento positivo (comissão) ou negativo (omissão). Por isso, o sentido penal do comportamento (comissivo ou omissivo) é conferido através da tipicidade (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 47).

Do exposto, conclui-se que a omissão apresenta duas características: uma de natureza ontológica, relacionada à possibilidade fática de o sujeito realizar a ação; e outra de natureza normativa, que se refere ao dever do sujeito de efetuar a ação que foi omitida. Nesse contexto, a omissão requer a capacidade concreta de executar uma

ação específica, mas o conceito apenas adquire sentido jurídico à luz de um comando de atividade extraído de uma norma jurídica (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 56).

A construção finalista promoveu o abandono do pensamento mecanicista e abstrato próprio do positivismo e representou indubitável progresso na dogmática penal. A concepção de Welzel erigiu a conduta humana, concebida do ponto de vista ontológico, a conceito central da teoria do delito, e o seu sistema passou a ser adotado por quase unanimidade na doutrina (BIERRENBACH, 2002, p. 67).

Sob a ótica do finalismo, portanto, a omissão passou a ser entendida como a não execução de uma ação final por parte de um sujeito específico, mesmo quando este possuía a capacidade de agir. A capacidade de ação, por sua vez, segundo a abordagem finalista, abarcaria não apenas a possibilidade física de agir, mas compreende a capacidade de condução final da conduta pelo agente. Por fim, conforme delineado, a construção finalista reconhece o conceito o caráter ontológico da conduta omissiva, e, através do comando normativo, constrói a exigibilidade do comportamento.

A controvérsia em torno do conceito de ação e omissão não encontrou sua resolução definitiva com a formulação finalista. Pelo contrário, diversas perspectivas surgiram posteriormente, com destaque para as construções funcionalistas, que aproximaram a dogmática penal da política criminal.

### **3.1.5 A conduta omissiva funcionalista**

Desde 1970 autores vêm estabelecendo novos fundamentos à teoria do crime, que representam um giro em relação às concepções que partem da finalidade. Correspondem ao enfoque que não tem como objetivo apreender a realidade ontológica, e concebem o comportamento humano enquanto objeto de uma valoração normativa.

Esta abordagem surge como resposta ao enfoque ontológico defendido tanto pelos causalistas quanto pelos finalistas, e propõe uma interpretação do Direito Penal com base na política criminal, destacando-se especialmente os objetivos da pena, em vez de se apoiar na concepção da ação como uma categoria autônoma e fundamento da teoria do crime (RIBEIRO, 2020, p. 68).

Nesse contexto, “em franca oposição ao sistema ‘clássico’ e ao sistema finalista, funda Jakobs sua concepção de Direito Penal não a partir de pressupostos

ontológicos, mas sim a partir de pressupostos normativos, a saber: os fins da pena” (ROXIN, 2010, p. 33).

Aproximadamente desde 1970 tem havido tentativas muito debatidas de se desenvolver um sistema de direito penal “racional-final (ou teleológico)” ou “funcional”. Os defensores desta orientação estão de acordo – com muitas diferenças no restante – em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico-penal não pode se vincular a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas única e exclusivamente pelas finalidades do direito penal (ROXIN, 1997, p. 203, tradução nossa<sup>27</sup>).

No âmbito do sistema funcionalista, a definição de ação e omissão não leva em consideração dados preexistentes, portanto não são conceitos pré-jurídicos, ao contrário, a definição de conduta é obtida à luz das normas e do direito. “Assim a teoria funcionalista considera a ação uma imputação jurídica, que se faz com base em um juízo de valor” (BRANDÃO, 2019, p. 75).

Na definição, determinada segundo as necessidades de regulação jurídica, proposta por Jakobs (2000, p. 93 – 94) compreende-se a ação como um converter-se, de maneira individualmente evitável, na razão determinante de um resultado (causa). O conceito negativo de ação tem como núcleo o princípio da evitabilidade, segundo o qual se atribui a um indivíduo a responsabilidade por um resultado quando ele não o evita, embora tivesse a capacidade e a obrigação de fazê-lo.

Uma vez que se percebe que a definição da ação se trata, em verdade, de uma atribuição, e não de algo que pertence à natureza, segundo a concepção de Jakobs resolve-se também o problema da conceituação da omissão, já que também nesta há a imputação de um evento a uma conduta humana (JAKOBS, 2000, p. 94).

[...] o essencial tanto na ação como na omissão não está no fato que em um caso há atividade corporal e no outro não há, mas em algo que não pertence ao âmbito fático-naturalista, isto é, na atribuição de determinados resultados a uma pessoa. Por conseguinte, todo o exposto quanto à ação também pode transladar-se à omissão; em ambos os casos a questão é a atribuição a

---

<sup>27</sup> Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico)” o “funcional” del Derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal (ROXIN, 1997, p. 203).

determinados garantes, e não algo pertencente ao âmbito da natureza (JAKOBS, 2000, p. 93 – 94, tradução nossa<sup>28</sup>).

Quer se denomine a abstenção determinante do resultado de ação (e nesse caso quem se omite também atua, já que seu comportamento é relevante para o resultado), quer se utilize o termo específico de omissão (e depois se unifique ação e omissão como formas de comportamento), isso é indiferente, já que em todo caso trata-se da vinculação de um ser humano a um curso causal que conduz a um resultado (JAKOBS, 2000, p. 94).

A omissão, assim, igualmente à conduta comissiva, seria se converter de maneira individualmente evitável na razão determinante do resultado, ou seja, a responsabilidade penal não se origina apenas por causações ativas, mas também no omitir a evitação de um evento cujas condições estavam em curso.

Nesse contexto, por meio da evitabilidade, o conceito de comportamento de Jakobs se alinha à função da norma, que para o autor é produzir a evitação de um determinado comportamento (JAKOBS, 2000, p. 113). A partir do momento que há um crime, o infrator afirma a não validade da norma enquanto gestora dos comportamentos no caso concreto, e a pena é aplicada para manutenção e confirmação da validade da norma.

Partindo igualmente do pressuposto normativo, e compartilhando a preocupação com os fins da pena e do Direito Penal, Claus Roxin propõe uma nova construção da definição de ação, que inclui a omissão, criando o conceito personalista de comportamento.

Percebendo a impropriedade de uma concepção ontológica-real da omissão, bem como das tendências mais recentes no sentido de uma subjetivação do conceito de delito, Roxin propõe um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação deve ser entendida como *expressão da personalidade*, isto é << ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação anímico-espiritual >> (TAVARES, 2018, p. 252).

Segundo o Autor alemão, a afirmação de que alguém praticou uma ação é o resultado de uma valoração sobre a possibilidade de se imputar ao indivíduo um

---

<sup>28</sup> [...] la gracia tanto de la acción como de la omisión no está en el hecho que en un caso hay actividad corporal y en el otro no la hay, sino en algo que no pertenece al ámbito de lo fáctico-naturalista, esto es, en la atribución de determinados resultados a una persona. Por consiguiente, todo lo que expongo en cuanto a la acción, también puede trasladarse a la omisión; en ambos casos la cuestión es la adscripción a determinados garantes, y no algo perteneciente al ámbito de la naturaleza (JAKOBS, 2000, p. 93 – 94).

evento que parta do seu comportamento. Assim, o conceito de ação, no qual se inclui a omissão, não é dado por elementos empiricamente preexistentes e que estariam na base de toda conduta penalmente relevante, mas é construído pela identidade do aspecto valorativo: um indivíduo terá praticado uma ação se certos efeitos puderem lhes ser atribuídos como pessoa, ou seja, como centro espiritual da ação, razão pela qual se pode falar em “fazer” ou “deixar de fazer” como manifestação da personalidade (ROXIN, 1997, p. 218).

Destarte, considera-se ação tudo o que se possa atribuir a um ser humano como centro anímico-espiritual, ou seja, todas as manifestações dominadas ou domináveis pela vontade e pela consciência do indivíduo (ROXIN, 1997, p. 252). Em tal superconceito, abrange-se, também, os comportamentos omissivos.

Em primeiro lugar, o conceito de ação como manifestação da personalidade é idôneo como elemento básico, ao abarcar todas as formas de manifestação da conduta delitiva e, a partir disso, tudo que no campo pré-jurídico tem sentido de se classificar como “ações”. As ações dolosas e culposas são manifestações da personalidade tanto como as omissões (ROXIN, 1997, p. 255, tradução nossa<sup>29</sup>).

Embora a afirmação da existência de uma ação, ou omissão, penalmente relevante, por si só não seja capaz de atribuir um desvalor ao comportamento, o que depende de uma valoração normativa, que por sua vez está atrelada à expectativa de ação e a um posterior reconhecimento de um dever de agir, ao fazer essa classificação exclui-se do Direito Penal tudo o que não pode ser identificado de antemão nas categorias do legalmente permitido ou proibido.

Semelhante à Jakobs quanto à preocupação sobre os fins da pena e do Direito Penal, Roxin dele se distancia ao discordar que o desvalor do comportamento delitivo esteja na lesão abstrata à norma, e que o fim do sistema penal, e da execução da pena, esteja apenas no reforço normativo. Argumenta o Autor que o desvalor da ação está atrelado à lesão real a bens jurídicos, ademais, considerando a tarefa de condução social que cabe ao Direito Penal, o fim deste deve ser a proteção de bens e a redução de novos fatos puníveis (ROXIN, 1997, p. 38).

---

<sup>29</sup> En primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones (ROXIN, 1997, p. 255).

Em crítica à formulação finalista, Roxin esclarece que nenhuma teoria da ação, ou ainda, nenhum outro conceito fundamentado ontologicamente de modo similar, como a omissão, pode constituir a base de um sistema da qual deriva resultados práticos, isso porque nenhum problema jurídico pode ser solucionado com conceitos que são prévios ao sentido jurídico que lhes é dado (HUERTA TOCILDO, 1982, p. 254).

Apesar do esforço dogmático anterior para firmar a ação, em sentido amplo, como centro do sistema penal, a partir da construção funcionalista, os conceitos de ação e omissão vão paulatinamente perdendo importância, cedendo espaço para a orientação político-criminal. Apesar da minimização da importância sistemática da conduta na teoria do delito, compreende-se que a análise do comportamento é importante para afirmação da perspectiva garantista no Direito Penal.

### **3.1.6 Tomada de posição**

A partir do momento em que o Direito atribui valor, ou desvalor, a determinada conduta, seja ela ativa ou omissiva, o legislador pratica em relação ao comportamento um ato de conhecimento. O ato de conhecer diz respeito à relação que se estabelece entre o sujeito que conhece e o objeto conhecido, e que se limita a fornecer dados ao indivíduo conhecedor, mas que não provoca modificações no objeto.

A premissa apresentada advém da distinção metodológica entre o ato e o significado deste ato, ou seja, a distinção entre a um “ser” e um “dever-ser” proposta por Kelsen (1998, p. 2):

Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito – por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. – poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito.

O objeto do conhecimento, no caso a conduta, é considerado algo externo ao próprio ato de conhecimento. Isso implica que o objeto conhecido existe independentemente do ato de compreensão, pois possui existência prévia àquele. Nesse sentido, ao proibir determinado comportamento sob ameaça de pena, o legislador realiza um ato de conhecimento sobre a conduta. Contudo, o legislador se

limita a desvalorizar a conduta, sem provocar nenhuma alteração, e, nesse aspecto, o Direito não altera o “ser”, a matéria que existe anteriormente ao ato de conhecimento.

*O direito não pretende ser qualquer coisa além de uma ordem reguladora da conduta. Para isto tem que respeitar o “ser” da conduta. O “ser” da conduta é o que chamamos de estrutura “ôntica” e o conceito que se tem deste “ser”, e que é adequado a ele, é ontológico (onto, ente; ôntico, o que pertence ao ente; ontológico, o que pertence à ciência ou estudo do ente). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 372)*

A noção fundamental é que o Direito apenas agrega desvalores jurídicos a determinados comportamentos que frustram a expectativa normativa, mas não altera a natureza ontológica dos mesmos. O Direito Penal, portanto, não cria um conceito de conduta, seja ela uma ação ou omissão, mas apenas compreende esses comportamentos como objeto de conhecimento. “Não há um conceito jurídico-penal de conduta humana: o suposto conceito jurídico penal de conduta deve coincidir com o ôntico-ontológico” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2018, p. 372).

A legislação cria expectativas de comportamentos, e a conduta será relevante para o campo jurídico quando frustra as expectativas normativas. O agir em discordância com as expectativas do Direito Penal implica na atribuição à conduta de um valor negativo apto a justificar a imposição de uma pena. Esse juízo de valor não integra a ação ou a omissão como fenômenos reais, mas sim o comportamento considerado relevante.

Em suma, partir-se-á da visão proposta pela concepção finalista, segundo a qual a omissão, enquanto forma de comportamento humano regido pela vontade final, possui um conceito igualmente ontológico e, portanto, independente do Direito. Assim sendo, com fundamento em uma definição negativa-transitiva de omissão, compreender-se-á esta como a não realização de uma ação final específica, a qual não é concretamente efetivada por um sujeito que tinha capacidade de realizá-la (WELZEL, 1976, p. 277).

O dever do agente de executar a ação omitida, todavia, não se extrai da característica ontológica da omissão, mas sim do comando normativo (BRANDÃO, 2019, p. 88). Não obstante tenha que considerar a estrutura lógico-objetiva do comportamento omissivo, que parte do pressuposto epistemológico que a omissão é um ente com existência real, cabe ao legislador conceber o desvalor ao

comportamento ao regulamentá-lo na lei penal e criar a sua exigibilidade. Por fim, conclui-se que a omissão penalmente relevante é a inação voluntária e consciente que viola uma norma jurídico-penal mandamental.

#### 4 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES OMISSIVOS

O Direito Penal tem como objeto ações e omissões. Tais conceitos, contudo, no marco do finalismo penal, não são expressões jurídicas, embora adquiram relevância penal e desvalor através da moldura da tipicidade. Nesse contexto, especificamente em relação à omissão, destaca Gimbernat Ordeig (1987, p. 579 – 580, tradução nossa<sup>30</sup>):

A omissão é uma espécie do gênero não fazer, espécie que vem caracterizada porque, dentre todos os possíveis comportamentos passivos, selecionam-se (normativamente) somente aqueles que merecem um juízo axiológico negativo: a omissão é um não fazer que se deveria fazer, ou com outras palavras, a diferença específica da omissão frente ao gênero não fazer, ao qual pertence; é que consiste em um não fazer desvalorado.

Em relação às condutas omissivas penalmente relevantes, a despeito de possuírem elementos comuns que permitem englobá-las em um único conceito, mostram também significativas características que as diferenciam. Conforme lição de Silva Sánchez (2021, p. 389), trata-se de questão da dogmática penal, segundo à qual é possível distinguir grupos de omissões penais, dadas as diferenças nos planos político-criminal, axiológico, jurídico-dogmático e de direito positivo.

No que diz respeito ao tema, é relevante destacar que, independentemente da concepção adotada sobre o conceito de omissão enquanto comportamento humano, a classificação das omissões refere-se à divisão das realizações típicas omissivas, ou dos delitos de omissão. Portanto, trata-se de uma distinção entre espécies de omissões penalmente relevantes, o que é esclarecido por Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 390, tradução nossa<sup>31</sup>):

Segundo já se expressou brevemente, a classificação das omissões se entende, inclusive para aqueles defensores de um conceito ontológico, pré-típico de omissão, como uma classificação dos “delitos de omissão”, isto é, em outras palavras de realizações típicas omissivas.

---

<sup>30</sup> La omisión es una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece; es la que consiste en un no hacer desvalorado (GIMBERNAT ORDEIG, 1987, p. 579 – 580).

<sup>31</sup> Según más arriba se expresó brevemente, la clasificación de las omisiones se entiende, incluso por los defensores de un concepto ontológico o, en general, pretípico de omisión, como una clasificación de “delitos de omisión”, esto es, en otras palabras, de realizaciones típicas omissivas (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 390).

Estabelecida esta premissa, é usual a distinção bipartida dos crimes omissivos em delitos de omissão própria e imprópria. Dado que existem diversos critérios relacionados à diferenciação entre a propriedade e a impropriedade da omissão, torna-se crucial analisar cada um deles, uma vez que isso influencia diretamente na própria construção conceitual da omissão imprópria.

Esse estudo também desempenha papel fundamental na identificação das nuances associadas a cada modalidade do comportamento omissivo penalmente relevante, impactando, assim, nos requisitos para a punibilidade desses comportamentos. Como salienta Pierpaolo Cruz Bottini (2018, p. 51), “qualquer definição, no campo dogmático, mais do que a função classificatória, tem o objetivo de fixar conceitos que auxiliem a compreensão da estrutura do delito e apontem diretrizes para a aplicação da norma penal”.

Historicamente, a diferenciação entre omissão própria e imprópria apenas se tornou possível a partir do surgimento das teorias causais na dogmática penal. Conforme leciona Susana Huerta Tocildo (1987, p. 36), as concepções anteriores insistiam na necessidade de uma base estritamente normativa para punição do delito omissivo, e isso acabava por limitar o rol de omissões puníveis. Ademais, a enumeração das fontes do dever de agir, apresentava defeitos que, segundo a Autora, contribuía para a indistinção entre as omissões.

Ainda que se comporte exceções, por exemplo, aquelas que decorrem das assertivas de Spangenberg e Luden, que preveem delitos omissivos impróprios, a omissão, até receber a influência dos postulados hegelianos e do positivismo no direito penal, exprimia-se na forma de delitos omissivos próprios. O enunciado dominante na ordem jurídica daquela época era de que o delito constituiria um fato puramente jurídico. O importante não era a conduta em si mesma, mas sua configuração normativa (TAVARES, 2018, p. 36 – 37).

Acerca da relevância da omissão imprópria para o sistema penal, é possível se afirmar que há substancial coincidência entre o surgimento do debate acerca do conceito de omissão, das primeiras tentativas de fundamentar a equiparação de certas formas de omissão com a ação sobre as bases da causalidade, e a concepção de duas classes contrapostas de crimes omissivos. Nesta linha, já desde os primeiros momentos de influência do pensamento positivista na ciência penal, é possível

identificar a distinção entre duas classes de omissões (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 394).

A diferenciação entre omissão própria e imprópria surge como uma importante evolução da dogmática penal, permitindo uma análise mais aprofundada das peculiaridades de cada espécie de comportamento omissivo. O debate encontra sua origem no choque entre as visões normativas restritivas e as influências hegelianas e positivistas no Direito Penal. A mudança de paradigma, que passa de um foco exclusivamente normativo para uma compreensão mais ampla que envolve elementos causais, contribuiu para a conceituação de duas categorias distintas de crimes omissivos e para o surgimento de diversos critérios de diferenciação.

O exame dos critérios classificadores propostos pela doutrina se mostra um pressuposto indispensável para delimitação do conceito de comissão por omissão. Dentre os diversos métodos de separação entre omissão própria e imprópria, serão analisados o critério da causalidade em relação ao resultado; da tipificação expressa e implícita; da infração de deveres de agir e infração de deveres de evitação do resultado; da ostentação, ou não, da posição de garante pelo sujeito ativo; da equivalência, ou não, com a ação; e, por fim, dos delitos de mera atividade e delitos de resultado.

#### **4.1 Critério da causalidade em relação ao resultado: infração de mandatos e infrações de proibições**

O primeiro critério, normológico, distingue as omissões que infringem um mandato, sendo essas as omissões próprias, daquelas que violam proibições, identificadas como omissões impróprias. Tal concepção se baseia na compreensão causal dos tipos de resultado, ou seja, na possibilidade de estabelecer relações de causalidade em delitos omissivos. Nesse contexto, surge a construção de que existem omissões que, por causarem resultados materiais lesivos a bens jurídicos alheios, infringem a proibição legal de tal causação, enquanto outras omissões infringiriam normas mandamentais (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 401).

Na literatura jurídico-penal, Luden, em 1840, é apontado como o primeiro autor a estabelecer uma clara distinção entre a omissão própria, ou crimes omissivos em sentido próprio, e imprópria, ou crimes cometidos através de uma ação omissiva (BACIGALUPO, 1983, p. 14). Segundo o Autor, os delitos omissivos próprios teriam

sua punibilidade fundamentada no descumprimento de um dever imposto pela lei. Enquanto nos omissivos impróprios a punição estaria baseada na violação de direitos subjetivos alheios, ou seja, na causação de um resultado material, e por isso poderiam ser equiparadas às condutas comissivas.

Pelos primeiros entendia Luden aqueles crimes em que a mera inatividade, independentemente da lesão a um direito subjetivo alheio, apresentava-se como suficiente para a violação de um *Zwangspflicht* (“dever impositivo”) estabelecido em lei. Ao passo que, por “crimes cometidos através de uma ação omissiva”, eram entendidas aquelas hipóteses que não consistiam em uma “omissão como tal” e cujos fundamentos, por conseguinte, não se voltavam a uma mera atividade lesiva a um dever imposto pela lei. Esses crimes, embora também fossem violadores de um *Zwangspflicht*, não tinham nesta relação o seu fundamento, mas sim em um determinado resultado que, por sua vez, conferiria à omissão as características de uma conduta comissiva, entre as quais, destaca-se, a violação de um direito subjetivo de outrem (D’AVILA, 2005, p. 216).

Além da crítica sobre a punibilidade da omissão imprópria estar ancorada na violação de direitos subjetivos alheios, o que era compreensível uma vez que a ideia de bem jurídico ainda era incipiente, a bipartição criada por Luden ensejou também a discussão sobre a fundamentação, considerando o princípio da legalidade, da punição dos crimes omissivos impróprios, diante da ausência de previsão legal de tipos específicos ou de cláusulas gerais de equiparação que justificassem a equiparação dessas condutas às ações.

Nesse cenário, Luden desenvolveu a ideia de que a omissão de uma conduta capaz de evitar o resultado, ou seja, a omissão imprópria, seria equivalente, no âmbito causal, à causação do mesmo resultado por meio de uma conduta ativa. Portanto, logicamente, a omissão imprópria estaria compreendida, juntamente com a ação, na mesma norma da parte especial. Dessa forma, sem necessidade da existência de um dever jurídico especial, estaria fundamentada a equiparação punitiva entre ambos os comportamentos (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 39).

O primeiro critério de classificação vai progressivamente perdendo consistência à medida que as tentativas de construção de uma causalidade na omissão vão se desgastando. Entretanto, a resistência ao abandono desta concepção ensejou o advento de posições intermediárias, que também sustentaram a diferenciação entre omissões com base na diferença normativa, e criaram mecanismos diversos de sustentação da relação causal entre resultado e comportamento omissivo.

Nesse contexto, surge a teoria da ação precedente, a qual procura evidenciar que a ocorrência de uma causalidade na omissão somente poderia ser demonstrada com o estabelecimento de uma conexão direta entre uma ação precedente e o resultado. Krug (em 1855) e Glasser (em 1858), embora contrários à posição de Luden no que diz respeito à fundamentação da causalidade, desenvolvem os pressupostos estabelecidos pelo Doutrinador, fundando no fato anterior, na ação precedente, a causalidade da omissão.

Krug centraliza a equivalência punitiva entre omissão imprópria e comissão na causalidade, contudo, a diferença em relação à Luden, é que a causa do resultado é atribuída à ação precedente praticada pelo acusado, com a qual a omissão estaria relacionada. Nesse sentido, não é a omissão a causa do resultado não evitado, mas a conduta ativa do omitente com a qual o resultado pudesse ser conectado. Assim, esclarece Enrique Bacigalupo (1983, p. 16, tradução nossa<sup>32</sup>):

Krug busca separar o problema causal do relativo ao dever de evitar um resultado. A omissão em si não é causa de um resultado que somente pode estar relacionado com uma ação positiva. Mas uma conexão entre omissão e resultado se dá se o omitente mediante um ato anterior aceitou o dever, como contido em uma função, ou como promessa privada, ou finalmente por conta própria, de evitar um resultado determinado.

Em contraposição à visão de Luden, Krug argumenta que, segundo a teoria de seu antecessor, qualquer omissão poderia ser considerada penalmente relevante. No entanto, por meio de sua abordagem doutrinária, ele propõe a possibilidade de delimitar o conjunto de omissões puníveis. Isso ocorreria porque, uma vez estabelecido que a ação precedente do omitente foi a causa, justificar a punição exigiria demonstrar que o omitente era juridicamente obrigado a evitar o resultado devido à sua ação anterior (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 40).

Entretanto, o Doutrinador, incorreu em um círculo vicioso, como destaca Susana Huerta Tocildo (1987, p. 40), pois ao compreender que o atuar precedente, que está causalmente conectado ao resultado, origina o dever de atuar cujo descumprimento justifica a punição à título de omissão imprópria, não se dá conta que

---

<sup>32</sup> Krug busca separar el problema causal del relativo al deber de evitar un resultado. Pero la omisión en sí no es causa de un resultado que solo puede estar relacionado con una acción positiva. Pero una conexión entre omisión y resultado se da si el omitente mediante un acto anterior ha aceptado el deber, como contenido de una función, o como una promesa privada, o finalmente por su propia solicitud, de evitar un resultado determinado; (BACIGALUPO, 1983, p. 16).

o que está demonstrando, na verdade, é a causalidade desse agir antecedente em relação ao resultado não evitado.

A construção de Krug sofreu críticas ainda, sob o entendimento de que o dolo não estaria na ação anterior, mas na omissão subsequente. Nesse ponto Glasser contra-argumenta que a conduta não deve ser separada em duas partes comunicáveis (ação precedente e posterior omissão), assim, o dolo presente na omissão outorga de forma retrospectiva à ação anterior não dolosa, o seu caráter delitivo.

Atribui-se a Glasser o mérito de primeiro ter separado as omissões segundo um critério normológico, infringindo a omissão própria um mandato de atuar, e a omissão imprópria uma proibição de causar o resultado. A partir dessa diferenciação aprofunda-se a separação conceitual proposta por Luden, e delimita-se dois momentos que devem estar presentes em todo crime comissivo por omissão:

[...] o normativo da infração de um dever de agir que incumbe a quem pratica uma ação precedente causalmente conectada com o resultado; e o causal, representado pela exigência de que, para poder gerar dito dever de agir, a ação precedente do omitente haja sido causal a respeito do resultado (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 42, tradução nossa<sup>33</sup>).

É creditado a Glasser, ainda, o reconhecimento de duas classes de omissões impróprias. A primeira formada pelo grupo de casos em que o omitente por meio de sua própria ação cria a condição do resultado, e, posteriormente, se omite quanto à sua evitação (ingerência). Já a segunda englobaria as hipóteses em que o omitente tem o dever de evitar o resultado como consequência de um contrato, ou um cargo (BACIGALUPO, 1983, p. 16 – 17).

Em sequência, ainda no âmbito do critério causal, Merkel diferencia as omissões próprias e impróprias e se utiliza da ação precedente para construção da ideia de causalidade nesta última:

Estes delitos por comissão têm em comum com os delitos de omissão já estudados, a circunstância de que neles também há uma omissão contrária ao dever do sujeito. Mas a importância de tal omissão é diversa em uns e outros. Nos (verdadeiros) delitos de omissão, o crime reside na omissão mesma, ou na inação, e seu caráter de contrariedade ao dever deriva

---

<sup>33</sup> [...] el normativo de la infracción de un deber de actuar que incumbe a quien ha llevado a cabo una acción precedente causalmente conectada con el resultado; y el causal, representado por la exigencia de que, para poder generar dicho deber de actuar, la acción precedente del omitente haya sido causal respecto del resultado (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 42).

diretamente de um preceito que exige uma determinada atividade ou uma determinada operação. Em contrapartida, no grupo de delitos omissivos impróprios, a omissão tem uma importância mediata, derivada de uma conduta ativa, e seu caráter contrário ao dever se deve à ao fato de permitir a conduta ativa tomar forma e exteriorizar efeitos que contradizem a alguma proibição.

[...]

A causa do resultado, ou evento, nestes delitos verifica-se, não na omissão em si mesma, mas na conduta ativa do sujeito, incluindo as propriedades que surgirem como efeito dela. Um não fazer, uma inação não pode, pela sua própria índole, produzir nenhum efeito; os efeitos pressupõem alguém que tenha um agir, e este alguém não pode ser encontrado, igual na esfera da ação humana como na dos fenômenos físicos ou mecânicos, em forças que não existem, ou que, existindo, não são postas em atividade. Contudo, um modo de falar impróprio permite que a inação seja chamada de causa, nos referidos casos, [...]. Em tais ocasiões aplicamos a palavra causa ao ponto em que nossas suposições, em virtude das quais esperávamos que as coisas tomassem um rumo diferente, não coincidiram com a realidade (MERKEL, [s.d.], p. 163 – 164, tradução nossa<sup>34</sup>).

Não obstante, em contraposição em relação à Krug e Glaser, Merkel acredita que a simples relação de causalidade entre o agir e o resultado, ainda que acompanhada do descumprimento de um dever de agir, não é suficiente para justificar a responsabilidade à título de comissão por omissão (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 42).

Seria necessário, para além dos requisitos mencionados, que no momento do agir precedente fosse previsível a ocorrência do resultado. Desse modo se introduz, pela primeira vez, um elemento normativo na análise da causalidade, limitando as omissões impróprias puníveis apenas àquelas que ocorram no marco de um atuar precedente que possa causar um resultado perigoso ao bem jurídico, sendo esse perigo objetivamente previsível (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 42).

---

<sup>34</sup> Estos delitos por comisión tienen de común con los de omisión más arriba estudiados la circunstancia de que en ellos hay que tomar en cuenta una omisión opuesta al deber del sujeto. Pero la importancia de tal omisión es diversa en unos y en otros. En los (verdaderos) delitos de omisión, el delito reside en la omisión misma, ó en la inacción, y su carácter de contraria al deber se deriva directamente de un precepto que exige una determinada actividad ó una determinada operación. Por el contrario, en el grupo de delitos de comisión que ahora nos ocupa, la omisión no tiene sino una importancia mediata, derivada de una conducta activa, y su carácter de contraria al deber lo recibe de que permite á esta última forma de conducta tomar un color y exteriorizar unos efectos que contradicen á alguna prohibición.

[...]

La causa del resultado ó evento en estos delitos debe verse, no en la omisión en sí misma, sino en la conducta activa del sujeto, con inclusión de las propiedades que han hecho su aparición como efecto de ella. Un no hacer, una inacción no puede, por su propia índole, producir ningún efecto; los efectos presuponen alguien que obre, y este alguien es imposible encontrarlo, igual en la esfera de obrar humano como en la de los fenómenos físicos ó mecánicos, en fuerzas que no existen, ó que, existiendo, no se ponen en actividad. Sin embargo, una impropia manera de hablar permite denominar causa, en los casos referidos, á la inacción, (...). En tales ocasiones, aplicamos a palabra causa al punto aquel en que nuestras suposiciones, en cuya virtud esperábamos que las cosas siguieran otro curso, no han coincidido con la realidad (MERKEL, [s.d.], p. 163 – 164).

Após exposição das variantes da teoria causal de diferenciação das omissões e equiparação da omissão imprópria à comissão, torna-se pertinente abordar as críticas que podem ser globalmente atribuídas a esse conjunto de construções teóricas. O primeiro argumento contrário à adoção do critério causal reside na observação de que a maioria dos autores que adotam esse critério, negam que a omissão seja causal a respeito do resultado imputado, e, portanto, assentam a causalidade em uma ação precedente, que pode não existir.

Ademais, Silva Sánchez (2021, p. 403) assevera que uma vez que omissão é definida como a não realização de uma obrigação positiva, resta claro que ela consiste em violar uma norma que, independentemente da sua formulação, expressa um conteúdo prescritivo de mandato. Portanto, nenhuma omissão pode infringir uma norma com conteúdo materialmente proibitivo, sendo essa afirmação indefensável. Entendimento que é corroborado por Enrique Gimbernat Ordeig (2003, p. 39 – 40, tradução nossa<sup>35</sup>):

A distinção entre omissão própria e imprópria não reside em que aquela infringiria uma norma de mandato e esta uma de proibição: como tanto ao omitente próprio como ao impróprio o que se imputa é que não tenham executado uma ação devida, ambos violam sempre uma norma de mandato e nunca uma proibitiva.

Sem deixar de reconhecer o mérito das teorias apresentadas, os inconvenientes apontados levaram ao abandono dessas concepções. A reflexão crítica acerca do critério causal abriu espaço para novas abordagens e investigações que buscaram aprimorar o elemento de diferenciação entre omissões próprias e impróprias.

## **4.2 Tipificação expressa e tipificação implícita**

Um critério que, a despeito das diferenças intrínsecas em sua abordagem, conduz à delimitação de duas classes distintas de omissões praticamente coincidentes com as estabelecidas pelo critério normológico anterior, é o critério formal, ou positivista.

---

<sup>35</sup> La distinción entre omisión propia e impropia no reside en que aquélla infringiría una norma de mandato y ésta una de prohibición: como tanto al omitente propio como al impropio lo que se les imputa es que no hayan ejecutado una acción debida, por ello ambos vulneran siempre una norma de mandato y nunca una prohibitiva (GIMBERNAT ORDEIG, 2003, p. 39 – 40).

Inicialmente proposto por Armin Kaufmann, o mencionado critério classifica as omissões como próprias ou impróprias sem levar em consideração elementos materiais, mas a natureza jurídico-positiva. Assim, o decisivo para separar as classes omissivas seria a tipificação legal expressa da realização omissiva, presente na omissão própria, ou sua vinculação ao marco penal de um tipo comissivo, o que ocorre na omissão imprópria. Como esclarece o Autor (KAUFMANN, 2006, p. 284, tradução nossa<sup>36</sup>):

Ao mesmo tempo, desta maneira o adjetivo individualizador <<improprio>> adquire um novo significado, uma vez que seu antigo conteúdo, de manifestar a integração no delito comissivo, se revelou errado: estas infrações de mandatos de garante são <<impróprias>> na medida em que não estão tipificadas na própria lei e sua concepção e delimitação, por isso, segue sendo difícil desde o ponto de vista da política-jurídica, e problemática em relação ao princípio da legalidade.

Em suma, as omissões próprias seriam aquelas em que a conduta omissiva é explicitamente tipificada na legislação, independentemente de o sujeito ser responsabilizado por uma ação específica que deixou de realizar, ou pela imputação de um resultado produzido de maneira semelhante ao delito comissivo. Em contrapartida, as omissões impróprias estariam inteiramente não descritas na lei penal, de modo que a sua punição dependeria de um esforço interpretativo que permita observar a existência de um “tipo” penal apartado, implícito, ao lado do tipo penal comissivo expresso.

Nesse sentido, as omissões impróprias seriam “delitos *sui generis*, situados junto aos tipos omissivos e vinculados a eles apenas pela referência ao mesmo bem jurídico e à mesma cominação penal” (BOTTINI, 2018, p. 79). Sobre esse ponto esclarece Susana Huerta Tocildo (1987, p. 78, tradução nossa<sup>37</sup>):

<sup>36</sup> Al mismo tiempo, de esta manera el adjetivo individualizador <<impropio>> adquiere un nuevo significado, con arreglo al cual su antiguo contenido, el de manifestar la integración en el delito comisivo, se ha revelado erróneo: *estas infracciones de mandatos de garante son <<impropias>> en tanto que no están tipificadas en la propia ley y su concepción y delimitación, por ello, sigue siendo difícil desde el punto de vista de la política jurídica, y problemática desde el principio de legalidad* (KAUFMANN, 2006, p. 284).

<sup>37</sup> Para llegar a esta conclusión, traza Armin Kaufmann el siguiente razonamiento: imaginemos – dice – un tipo que contenga los elementos a) (conducta), más b) (resultado), más c) (relación de causalidad entre a) y b)); escindamos después c) entre c' y c", queriendo con ello significar que, suponiendo que en la omisión se pueda también apreciar una relación de causalidad entre ella e el resultado no evitado, dicha causalidad es por fuerza diferente (como lo es siempre lo meramente hipotético frente a lo real) a la que se da en el delito de acción; y llamemos finalmente g) al elemento posición de garantía. Pues bien: uno y el mismo tipo no puede ser, a la vez, a) más b) más c', y a) más b) más c"

Para chegar a esta conclusão, traça Armin Kaufmann o seguinte raciocínio: imaginemos – disse – um tipo que contenha os elementos: a) (conduta), mais b) (resultado), mais c) (relação de causalidade entre a) e b)); separemos depois c) entre c' e c", querendo com isso significar que, supondo que na omissão se possa também encontrar uma relação de causalidade entre ela e o resultado não evitado, dita causalidade é portanto diferente (como é sempre o meramente hipotético frente ao real) da que se encontra no delito de ação; e chamemos finalmente g) o elemento de posição de garantia. Pois bem: um mesmo tipo não pode ser, de uma só vez, a) mais b) mais c'), e a) mais b) mais c") mais g); já que, assim sendo, a) e b) elementos comuns ao tipo comissivo e ao omissivo impróprio, e ainda admitindo – o que já é muito admitir – que c' e c" podem englobar-se em um conceito superior de causalidade c), a adição ao tipo omissivo impróprio do elemento g) (posição de garantia) demonstra que este é um tipo distinto ao do delito comissivo; isto é, não simplesmente um elemento não escrito do tipo comum à comissão e omissão imprópria, mas um elemento necessário desse tipo que é independente, *sui generis*, e em sua totalidade não escrito, do delito de comissão por omissão.

Tal premissa poderia conduzir à conclusão problemática de que a concepção positivista infringiria o princípio da legalidade, uma vez que admitiria a responsabilidade penal de condutas não expressamente previstas em lei. Em vista disso, a resposta à solução da questão dependeria de uma especial construção capaz de fundamentar a responsabilidade pelo resultado, o que, na concepção de Kaufmann, consiste na elaboração de tipos preceptivos de garante não escritos, e na obtenção de fatores de equivalência axiológica entre o comportamento omissivo impróprio e comissivo. Nesse ponto Kaufmann (2006, p. 294, tradução nossa<sup>38</sup>) esclarece:

O fato de que a problemática da posição de garante corresponde à parte especial se evidencia no fato de que nem todo delito comissivo pode ser cometido por omissão. Sendo mais preciso: nem todo tipo comissivo permite o desenvolvimento de tipos de mandatos de garantes que sejam consistentes

---

más g); ya que, aun siendo, a) y b) elementos comunes al tipo comisivo y al omisivo impropio, y aun admitiendo – lo que ya es mucho admitir – que c' e c" puedan englobarse en un concepto superior de causalidad c), la adición al tipo del delito omisivo impropio del elemento g) (posición de garantía) demuestra que es este un tipo distinto al de delito comisivo; ésto es, no simplemente un elemento no escrito del tipo común a comisión y omisión impropia, sino un elemento necesario del tipo, independiente y *sui generis* y en su totalidad no escrito, del delito de comisión por omisión (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 78).

<sup>38</sup> El hecho de que la problemática de la posición de garante corresponde a la Parte Especial se pone de manifiesto en que no todo delito comisivo puede cometerse «por omisión». Expresándolo con más precisión: no con respecto a todo tipo de comisión es posible desarrollar tipos de mandato de garante concordantes en cuanto a contenido de injusto y a merecimiento de pena. Sólo si una lesión o puesta en peligro de bien jurídico realiza el tipo objetivo del delito comisivo y no han de añadirse elementos típicos especiales, propios exclusivamente de la acción, cabe establecer un paralelismo exacto («invirtiendo el signo») entre la realización dolosa del resultado y el no impedirlo por parte del garante con capacidad para ello (KAUFMANN, 2006, p. 294).

em termos do conteúdo do injusto e merecimento de pena. Somente se uma lesão ou perigo ao bem jurídico realiza o tipo objetivo do delito comissivo e não se acresça nenhum elemento típico especial, próprio da ação, cabe estabelecer um paralelismo exato (invertendo o signo) entre a realização dolosa do resultado e o não impedimento por parte do garante com capacidade para tanto.

A falta de determinação típica dos delitos de omissão imprópria, assim, não poderia ser superada com construções teóricas, sendo a solução encontrada na própria lei. Desse modo, inicialmente seria necessário analisar se há um tipo de ação na lei que comine pena à realização de uma lesão ou provocação de perigo ao bem jurídico, logo, verificar a existência de uma previsão legal que vise impedir este perigo ou lesão jurídica. Em seguida, analisar se a lesão imputada à omissão é equivalente ao delito de comissão tipificado na lei, em termos de conteúdo de injusto e na medida da censura da culpabilidade (BACIGALUPO, 1983, p. 44).

Embora o critério apresentado tenha reconhecido elementos importantes da omissão imprópria, a partir do momento que Kaufmann admite a existência de uma classe de omissões cuja punibilidade não estaria ancorada em uma regulamentação legislativa, seja através da tipificação expressa ou por meio de cláusulas gerais de fixação de deveres de garantia, entra em conflito com o princípio da legalidade. Nesse sentido, a punição das omissões impróprias estaria embasada em considerações analógicas contra o réu, o que é inadmissível à luz das garantias penais do Estado Democrático de Direito.

#### **4.3 Infração de deveres de agir e infração de deveres de evitação do resultado**

A superação do critério normológico, que classificava as omissões próprias como aquelas que violam mandatos normativos, e as omissões impróprias como aquelas que violam normas de proibição, não impediu a elaboração de outros critérios que, sobre a base da ideia de mandamento legal, distinguiram as omissões segundo as classes de normas violadas.

A partir do assentado, surge uma corrente doutrinária segundo a qual algumas omissões violam deveres de agir (de mera atividade), e outras deveres de evitar resultados, sendo as primeiras as omissões próprias, e as segundas as omissões impróprias (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 362).

Para além da função classificatória, esta construção dogmática visa destacar que para a realização da conduta típica omissiva que se equipara à ação, não basta a infração de um dever de agir genérico. Nesse sentido, é preciso a infração de determinados deveres específicos, que são os deveres de evitação de resultados.

Embora a aludida tese esteja correta ao afirmar que a infração de um dever genérico de agir não acarreta a responsabilização penal por omissão imprópria, se engana ao considerar que a infração de um dever específico, por sua vez, determina por si só o a responsabilidade pelo resultado. Confunde-se, nesse ponto, a análise sobre a existência de uma conduta omissiva, com o juízo de imputação do resultado ao agente que se omite, e nesse ponto é crucial o esclarecimento de Silva Sánchez (2021, p. 362 – 363, tradução nossa<sup>39</sup>):

[...] as omissões impróprias infringem um dever de evitar o resultado, porque sua produção está vinculada à aparição de um resultado que poderia ter sido evitado. A perspectiva a adotar aqui é a denominada *ex post*. Desse modo, se chega a assinalar que, se *ex post* se descobre que nenhuma ação do sujeito teria evitado o resultado, não existe sequer uma “omissão de evitação de resultado”. Isso é, no entanto, incorreto. Assim, se o juízo *ex ante* afirma a possibilidade de evitar o resultado e não se age, existe uma omissão – “imprópria” dado o caso – que nada pode apagar. O juízo *ex post* de impossibilidade de evitação tem como único efeito a não imputação do resultado, ou seja, o castigo por tentativa em lugar de um delito consumado. Mas a omissão existe desde o momento em que consta que o sujeito não realizou uma conduta que *ex ante* aparecia como apropriada e necessária para a evitação do resultado.

Outra observação acerca do critério apresentado, se refere ao fato que o dever de evitar um resultado não é característica exclusiva das omissões impróprias. Desde a perspectiva de um Direito Penal voltado para proteção de bens jurídicos, não há sentido em impor deveres de agir que não estejam voltados à evitação de resultados lesivos aos bens jurídicos. Assim esse dever de evitar resultados também pode ser identificado nas omissões próprias (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 408).

---

<sup>39</sup> [...] las “omisiones improprias” infringen un deber de evitar e resultado, porque su producción va vinculada a la aparición de un resultado lesivo que podría haber sido evitado. La perspectiva a adoptar aquí es la denominada *ex post*. De este modo, se llega a señalar que, si *ex post* se descubre que ninguna acción del sujeto habría evitado el resultado, no existe siquiera una “omisión de evitación del resultado”. Esto es, sin embargo, incorrecto. En efecto, si el juicio *ex ante* afirma la posibilidad de evitar el resultado y no se actúa, existe ya una omisión – “impropria” dad el caso – que nada puede borrar. El juicio *ex post* de imposibilidad de evitación tiene como único efecto la no imputación del resultado, es decir, el castigo por tentativa en lugar de por delito consumado. Pero una omisión existe desde el momento en que consta que el sujeto no ha realizado una conducta que *ex ante* aparecía como apropiada y necesaria para la evitación del resultado. (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 362 – 363).

Por fim, a violação de deveres de agir não é exclusiva das omissões próprias, pois todas as omissões infringem deveres de atuar, sendo este, inclusive um pressuposto da punibilidade situado na tipicidade objetiva comum a todas as espécies de comportamentos omissivos.

O critério diferenciador das omissões com base na infração deveres de agir ou infração de deveres de evitar resultados, se mostrou incapaz de superar as críticas a ele dirigidas. Nesse sentido, a necessidade de superação de suas deficiências provocou os doutrinadores a repensarem a abordagem teórica adotada, passando ao desenvolvimento de novas perspectivas.

#### **4.4 Ostentação, ou não, de posição de garante pelo sujeito ativo**

Inspirado na concepção anteriormente apresentada entre deveres genéricos e específicos como critério diferenciador das omissões própria e imprópria, emerge uma nova proposta de classificação das omissões. Trata-se do critério que leva em consideração características do próprio sujeito, a teoria dos tipos de autor.

O posicionamento parte do pressuposto de que apenas pode responder pelo resultado típico não evitado o omitente cuja intervenção poderia evitá-lo, concorrendo ainda outros requisitos: que exista uma omissão contrária ao dever, e que, de acordo com o sentimento popular, o omitente apareça como autor ou participe do correspondente delito. Nesse sentido esclarece Susana Huerta Tocildo (1987, p. 68, tradução nossa<sup>40</sup>):

[...] tão somente se pode fazer responder pelo resultado típico não evitado – exigência de causalidade, presente, todavia nesses autores – sempre e quando concorram, ademais, outros dois requisitos: 1.º que a omissão seja contrária a um dever; e 2.º que, de acordo com o sentimento popular (a “sana consciência popular de tão lamentável recordação), o omitente apareça como autor (ou como participe) do correspondente delito do qual se pretende-se fazê-lo responsável.

---

<sup>40</sup> [...] tan sólo se puede hacer responder por el resultado típico <<no evitado>> a aquel omitente cuya intervención habría podido evitarlo – exigencia de causalidad, todavía presente en estos autores –, siempre y cuando concurren, además, otros dos requisitos: 1.º que la omisión sea contraria a deber; y 2.º que, de acuerdo con el sentir popular (la <<sana conciencia popular>> de tan lamentable recuerdo), el omitente aparezca como autor (o, en su caso, como participe) del correspondiente delito del que se le pretende hacer responsable (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 68).

Nesse cenário, a concepção propõe a existência de omissões gerais (próprias), que são aplicáveis a qualquer indivíduo inserido no contexto da situação típica, e de omissões específicas (impróprias), que demandam uma condução especial do omitente. Como esclarece a doutrina:

A omissão própria seria um *crime comum*, aplicável a qualquer pessoa que se encontre diante do contexto típico para o qual existe uma norma mandamental, como no caso da *omissão de socorro* (CP, art. 135). A *omissão imprópria* exigiria uma condição especial do omitente, uma situação específica ou uma posição jurídica que faz surgir o *dever* de evitar o resultado – o *dever de garantia* (BOTTINI, 2018, p. 57).

Não obstante aparentemente seja um critério razoável de diferenciação, há que se observar que uma definição que se limita a fixar, a partir de considerações axiológicas de gravidade sobre pautas político-criminais, as posições sociais de garantia, não chega a conceber uma estrita divisão entre omissões penais de garantistas e omissões penais de não-garantistas. Nesse sentido, produz apenas uma escala valorativa de omissões de diferentes gravidades, a depender da crescente assunção de responsabilidades e reprovabilidade social (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 419).

Sobre este critério, Jescheck (1981, p. 834) pondera, ainda, que a questão não se resume ao questionamento da necessidade de violação do dever de garante, de modo que este não pode ser o critério de diferenciação entre as omissões. A busca é pela resposta da pergunta de quando e por que para punir a omissão se requer a posição de garante como um elemento adicional ao tipo penal.

Nessa perspectiva, para fixação de critérios definidores precisos das classes de delitos omissivos, surgem outras posições doutrinárias que avançam na busca do critério diferenciador entre omissões próprias e impróprias.

#### **4.5 Equivalência, ou não, com a ação**

Diante dos argumentos apresentados contrários às concepções anteriores, uma nova abordagem doutrinária surge na tentativa de aprimorar a compreensão dos diferentes grupos de realizações típicas omissivas.

Nesse contexto, não obstante tenha criticado as teorias que estabelecem distinções entre as omissões com base em critérios lógicos-objetivos, Schünemann propõe uma abordagem metodológica semelhante ao considerar a natureza das

coisas como fator de distinção entre as omissões. Desse modo, ao ponderar a estrutura intrínseca dos comportamentos, ele associou as omissões próprias à falta de equivalência, e as omissões impróprias à equivalência em relação às condutas comissivas, conforme esclarecido por Pierpaolo Cruz Bottini (2018, p. 55):

Schünemann se afasta da distinção *legislativa/normativa* e busca uma estrutura *ontológica* para distinguir as categorias omissivas. Para o autor, as omissões impróprias seriam aquelas *iguais à ação*, em um plano pré-jurídico, e as próprias *distintas* da ação, na mesma seara, fundamentando a diferença nas estruturas lógico-objetivas que pautam seu sistema. Ou seja, o legislador não define ou classifica as omissões, apenas reconhece aquelas estruturas já existentes previamente.

A categoria dos delitos de omissão equivalentes à comissão englobaria tanto os comportamentos omissivos contemplados expressamente e tipos penais na parte especial, como também os tipificados a partir da aplicação de cláusulas gerais de equiparação. A omissão imprópria seria, para o Autor, deixar de realizar uma ação individualmente possível, o que deveria ser equivalente ao cometimento da própria ação (SILVA SANCHEZ, 2021, p. 421).

No que diz respeito ao critério que justifica a equiparação das omissões impróprias às ações, é necessário ponderar que, segundo Schünemann, um indivíduo é responsável pelos efeitos de seu comportamento comissivo, uma vez que foi o seu comportamento que causou o resultado. Entretanto, na omissão falta a causalidade (no sentido das ciências naturais), e por isso esse não pode ser o parâmetro de equiparação de alguns comportamentos omissivos com os comissivos (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 93 – 94).

Dessa forma, Shünemann chega à conclusão de que a justificativa para a responsabilidade do agente pelo resultado causado por sua conduta reside em sua capacidade de dominar seus movimentos corporais, orientando-os para determinado fim. Essa capacidade de domínio sobre a causa (ação) de um resultado é o alicerce da imputação no crime comissivo. Nesse contexto, ao considerar que se trata de um domínio sobre o corpo em si, e não apenas sobre movimentos corporais positivos, o mesmo fundamento lógico-objetivo da responsabilidade pode ser identificado na omissão (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 94).

Portanto, nos casos em que o omissivo tenha exercido domínio sobre a causa do resultado não evitado, fundamentando assim a imputação desse resultado a ele,

estaríamos diante de uma omissão imprópria, e não simplesmente de uma omissão de dever (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 94).

A questão que se torna problemática no método apresentado, e que foi apontada em crítica de Silva Sánchez (2021, p. 422) é a ausência de um critério que delimite satisfatoriamente cada uma das classes de omissões. Isso ocorre porque o conjunto das omissões equiparáveis às ações, e o conjunto das omissões não equiparáveis às ações, engloba, cada um, comportamentos tão diferentes entre si que não há uma caracterização precisa dos grupos.

Ocorre que a ausência de delimitação clara entre as diferentes classes de omissões, compromete a eficácia do sistema proposto por Schünemann, uma vez que para a delimitação de fronteiras nítidas entre as classes de comportamentos omissivos, torna-se necessário complementá-lo com critérios adicionais. Essa demanda por complementação evidencia a insuficiência da solução apresentada pelo Autor alemão.

#### **4.6 Delitos de mera atividade e delitos de resultado: tomada de posição**

Uma corrente que se pode estimar dominante e defendida por grande número de autores<sup>41</sup> adota um critério teórico-normativo para distinguir as omissões. Segundo a concepção, as omissões próprias corresponderiam aos delitos ativos de mera atividade, ao passo que as omissões impróprias seriam equivalentes aos delitos de resultado.

Ao contrário do critério previamente apresentado, que estabelecia a diferenciação entre omissões com base na natureza do dever infringido – classificando como próprias as omissões próprias que violam deveres de agir, e impróprias aquelas que violam deveres de evitação do resultado – o critério aqui proposto sustenta que ambas as omissões, próprias e impróprias, violam deveres de agir. Nesse contexto, a distinção entre elas não estaria na espécie de dever violado, mas sim na análise de se o resultado do comportamento, separado espaço-temporalmente, pertence ou não ao tipo de crime consumado.

---

<sup>41</sup> Dentre os quais pode-se citar: FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1992. p. 96/97; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. vol. 2. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1981. p. 832; RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19/24.

Por esse ângulo, como esclarece Silva Sánchez (2021, p. 410), nas omissões impróprias a produção do resultado aparece como um elemento da tipicidade objetiva do delito consumado. A consumação nos crimes comissivos por omissão exige a imputação objetiva do resultado à omissão, o que não ocorre nas omissões próprias, em que o delito consumado não requer a produção de nenhum efeito que transcenda o mero não-agir.

Adotando esse posicionamento, Jescheck (1981, p. 832 – 833, tradução nossa<sup>42</sup>) discorre:

Hoje se debate a questão de em que consiste a diferença entre os delitos de omissão própria e imprópria. O correto é, como a concepção tradicional, ver nos crimes de omissão atos puníveis que se esgotam na não realização de uma ação exigida pela lei. Certamente, através da ação exigida evita-se um resultado valorado objetivamente pelo ordenamento jurídico, mas o legislador não converte a evitação do resultado em um dever para o omitente e tampouco, portanto, a produção de um determinado resultado em elemento do tipo. Os delitos de omissão própria constituem, por isso, a contrapartida dos delitos de mera atividade.

[...]

Nos delitos de omissão imprópria, pelo contrário, se impõe ao garante um dever de evitar o resultado. A produção do resultado pertence ao tipo, e o garante que viola seu dever de evitar o resultado é onerado com a responsabilidade jurídico-penal pelo resultado típico. Os delitos de omissão imprópria constituem, pois, a contrapartida dos delitos de resultado.

Igualmente expõe Tereza Pizarro Beleza (1988, p. 504 – 505, tradução nossa<sup>43</sup>):

---

<sup>42</sup>Hoy la cuestión de en qué consiste la diferencia existente entre los delitos de omisión propia e impropia resulta discutida. Lo correcto es, como la concepción tradicional, ver en los delitos de omisión hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley. Ciertamente, mediante la acción exigida debe evitarse, en último término, un resultado valorado objetivamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte la evitación del resultado en un deber para el omitente ni tampoco, por tanto, la producción de un determinado resultado en elemento del tipo. Los delitos de omisión propia constituyen, por ello, la contrapartida de los delitos de mera actividad.

[...]

En los delitos de omisión impropia, por el contrario, se impone al "garante" un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico. Los delitos de omisión impropia constituyen, pues, la contrapartida de los delitos de resultado (JESCHECK, 1981, p. 832 – 833).

<sup>43</sup>A primeira separação que é vulgar fazer-se dentro dos crimes omissivos é entre as omissões puras ou propriamente ditas, e as omissões impuras ou impropriamente ditas. No fundo, esta separação entre omissões puras e imputas corresponde a uma divisão, feita a propósito dos crimes por acção, entre os crimes de mera actividade e os crimes de resultado. Isto é: assim como os crimes de mera actividade e os crimes de resultado se distinguem porque, no 1º caso o facto típico corresponde apenas ao preenchimento de uma certa actividade e, no 2º caso, o facto típico pressupõe a verificação de um certo evento natural para além da actividade da pessoa, também as omissões puras consistem na violação directa de um preceito que impõe um certo comportamento positivo, independentemente

A primeira separação que é vulgar fazer-se dentro dos crimes omissivos é entre as omissões puras ou propriamente ditas, e as omissões impuras ou impropriamente ditas. No fundo, esta separação entre omissões puras e impuras corresponde a uma divisão, feita a propósito dos crimes por ação, entre os crimes de mera atividade e os crimes de resultado. Isto é: assim como os crimes de mera atividade e os crimes de resultado se distinguem porque, no 1º caso o facto típico corresponde apenas ao preenchimento de uma certa atividade e, no 2º caso, o facto típico pressupõe a verificação de um certo evento natural para além da atividade da pessoa, também as omissões puras consistem na violação direta de um preceito que impõe um certo comportamento positivo, independentemente de qualquer verificação de resultado: com esse comportamento, esse tipo legal está preenchido; e as omissões impuras correspondem, do lado das omissões, aos crimes de resultado, na medida em que elas se podem dizer praticadas quando através de uma omissão uma pessoa deixou que um certo resultado acontecesse. No fundo, as omissões puras são crimes formais, as omissões impuras são crimes materiais. Tal e qual como os crimes de mera atividade e os crimes de resultado.

Não obstante doutrinadores apontem o presente critério como tradicional e majoritário (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 409), ele não escapou de críticas. As principais objeções sustentam que, não obstante a maioria das omissões próprias não exija a produção do resultado para consumação do delito, pode haver casos em que o resultado se inclua dentre os elementos necessários à realização típica ou apareça como causa de majoração da pena.

Ocorre que, em primeiro lugar, a presença de tipos penais omissivos na parte especial da legislação penal, nos quais um resultado é diretamente atribuído à omissão, não implica que sejam delitos de omissão própria. Nesse cenário, exemplificativamente, o delito previsto no artigo 1º, inciso I da Lei n.º 8.137/1990<sup>44</sup>, classificado como crime material pela súmula vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup>, é categorizado como crime comissivo por omissão pela doutrina, como argumentado por Miguel Reale (2003, p. 255).

Quando à existência da previsão do resultado como fator de aumento da pena, Armin Kaufmann sugere a refutação da tese ao destacar a existência de delitos de

---

de qualquer verificação de resultado: com esse comportamento, esse tipo legal está preenchido; e as omissões impuras correspondem, do lado das omissões, aos crimes de resultado, na medida em que elas se podem dizer praticadas quando através de uma omissão uma pessoa deixou que um certo resultado acontecesse. No fundo, as omissões puras são crimes formais, as omissões impuras são crimes materiais. Tal e qual como os crimes de mera actividade e os crimes de resultado (BELEZA, 1988, p. 504 – 505).

<sup>44</sup> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (BRASIL, 1990).

<sup>45</sup> Súmula vinculante n.º 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento do tributo (BRASIL, 2009).

omissão própria que, previstos na parte especial dos códigos penais, se baseiam em um mandamento de mera atividade sem menção direta ao resultado, mas possuem incluem disposições legais que estabelecem aumento ou agravação da pena quando o resultado naturalístico é efetivamente verificado.

Embora realmente existam exemplos, como o delito de omissão de socorro na legislação penal brasileira<sup>46</sup>, a objeção pode ser superada, como propõe Pierpaolo Bottini (2018, p. 53), “classificando estes últimos tipos penais – agravados pelo resultado – como tipos mistos, situados entre a omissão própria e a imprópria, uma vez que carregam elementos de ambas”.

Por fim, as críticas apontam, ainda, a possibilidade de existência de omissões impróprias correspondentes a delitos de mera atividade. Contudo, sobre a possibilidade do cometimento de crimes de mera atividade por meio de condutas comissivas por omissão, Silva Sánchez (2021, 439) declara de maneira inequívoca sua inviabilidade, fundamentando essa posição em dois argumentos. Inicialmente o Autor alega que há uma contradição lógica em admitir que a não realização de uma ação possa ser equiparável à sua realização.

Ademais, o segundo argumento, de natureza histórico-dogmática, também impede àquela conclusão uma vez que a estrutura da omissão imprópria tem origem no fracasso das tentativas de se admitir uma causalidade natural em certos casos de omissão, o que demonstra uma íntima vinculação entre os delitos de comissão por omissão e os delitos de resultado. Tal impressão se confirma quando se percebe como certa doutrina contemporânea afirma claramente que a posição de garantidor constitui o equivalente funcional da causalidade (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 440, tradução nossa<sup>47</sup>):

Caracterizando-se os delitos de mera atividade pela ausência de um resultado transcendente que precise estar vinculado à conduta através de uma relação de causalidade, se compreende imediatamente a inadequação

---

<sup>46</sup> Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte (BRASIL, 1940).

<sup>47</sup> Caracterizándose los delitos de mera actividad por la ausencia de un resultado transcendente que sea preciso vincular con la conducta a través de la relación de causalidad, se comprende pronto la inadecuación estructural de la comisión por omisión a las peculiaridades de la realización típica de estos delitos (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 440).

estrutural da comissão por omissão às peculiaridades da realização típica destes delitos.

Diante de todas as considerações apresentadas, a robustez em lidar com as críticas confere ao critério de diferenciação entre as diversas categorias de omissões, fundamentado na distinção entre delitos de mera atividade e delitos de resultado, uma sólida adequação doutrinária. Nesse contexto, conclui-se que é possível refutar a possibilidade da concretização de delitos de mera conduta e formais por meio de comportamentos comissivos por omissão. Essa assertiva reflete não apenas a resiliência do referido critério diante das críticas enfrentadas, mas também sua eficácia em delinear com clareza as nuances existentes entre as distintas formas de omissões no cenário jurídico.

## 5 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Não é raro entre os estudiosos do Direito Penal a afirmativa de que a abordagem dos crimes omissivos representa uma tarefa desafiadora no âmbito da teoria do delito, como destaca, por exemplo, Carmo Antônio de Souza (2003, p. 1). Os desafios se iniciam na já debatida definição da conduta omissiva, mas estendem-se à necessidade de adaptação dos institutos dogmáticos à omissão, considerando sua estrutura ontológica peculiar, bem como os obstáculos políticos, vinculados à necessidade de utilizar a teoria do crime como salvaguarda contra arbítrio judicial e legislativo.

Uma vez delimitado o conceito de omissão, e compreendidas as diferenças entre as espécies de comportamentos omissivos, omissão própria e imprópria, inicia-se um trabalho dedicado aos delitos comissivos por omissão, com o objetivo de concretizar a análise do instituto e delimitar o alcance da intervenção penal punitiva.

A relevância penal da omissão imprópria tem suas raízes em considerações de política criminal, sendo construída com base na observação de situações em que o não impedimento de um resultado lesivo ao bem jurídico, merecia ser avaliado com o mesmo grau de reprovação atribuído a uma ação que causasse o resultado.

Nesse contexto, desde que Luden estabeleceu as diferenças entre as espécies de omissão, os esforços dogmáticos sobre omissão imprópria não se alteraram, e se concentraram em construir uma equiparação entre a não evitação do resultado pelo garantidor com o correspondente cometimento do delito comissivo, em compreender os pressupostos para a punibilidade da omissão imprópria, bem como viabilizar a aplicação do marco penal do delito comissivo a esses comportamentos.

Trata-se de um esforço essencialmente dogmático, que pretende demonstrar que a omissão do garante possui todos os elementos do delito comissivo, e que, portanto, a omissão imprópria realiza o tipo penal comissivo.

A unanimidade na abordagem e nas premissas chega, pois, muito longe, não apenas no tempo, já que existe há cem anos, mas também no conteúdo material: o objetivo é a aplicação do marco penal do delito comissivo ao delito de omissão imprópria; este objetivo de política jurídica pretende ser alcançado com os meios dogmáticos, construindo o delito de omissão

imprópria de maneira que realize todos os requisitos do correspondente delito comissivo (KAUFMANN, 2006, p. 253, tradução nossa<sup>48</sup>).

Diante dos desafios destacados, torna-se evidente a complexidade inerente à análise teórica dos delitos comissivos por omissão. A compreensão da conduta omissiva, suas nuances entre omissão própria e imprópria, e os obstáculos políticos associados à aplicação da teoria do crime como mecanismo de contenção do arbítrio judicial e legislativo são elementos cruciais para a construção de um entendimento sólido nesse campo.

O presente estudo, então, se voltará ao estudo da omissão imprópria, buscando examinar o contexto social de surgimento e expansão desses crimes, analisar a evolução da legislação brasileira pertinente e explorar os pressupostos de punibilidade associados a esse fenômeno jurídico, contribuindo para uma compreensão das complexas questões que giram em torno dos delitos comissivos por omissão.

### **5.1 O surgimento e expansão dos delitos omissivos impróprios**

Já no Direito romano havia previsão de delitos omissivos próprios, que geralmente estavam atrelados ao descumprimento de deveres em relação ao Estado ou algo relacionado a um interesse geral, e até mesmo impróprios (SOUZA, 2003, p. 8). Ocorre que, até a influência dos postulados hegelianos e do positivismo no Direito Penal, a omissão exprimia-se majoritariamente na forma de delitos omissivos próprios.

A relevante ascensão da relevância penal da conduta omissiva se inicia com a transformação do conteúdo da tutela penal, a partir da substituição da ideia de violação a um direito subjetivo, gradativamente para a responsabilidade decorrente do resultado produzido, lesão a um bem jurídico (TAVARES, 2018, p. 38). Essa diferenciação só foi possível a partir da concepção de Birnbaum, que, ainda na primeira metade do século XIX, concebeu a ideia de que os delitos não violam direitos subjetivos, mas os bens decorrentes desses direitos (BRANDÃO, 2019, p. 42). Sobre essa nova etapa, discorre Juarez Tavares (2018, p. 38 – 39):

---

<sup>48</sup> La unanimidad en el planteamiento y en las premisas llega, pues, muy lejos, no sólo en el tiempo, al existir desde hace cien años, sino también en lo material: el objetivo es la aplicación del marco penal del delito comisivo al delito de omisión impropia; este objetivo de política jurídica se pretende alcanzarlo con medios dogmáticos, construyendo el delito de omisión impropia de manera que realice todos los requisitos del correspondiente delito comisivo (KAUFMANN, 2006, p. 253).

Diante desse quadro, era compreensível que o direito penal se transformasse para admitir, primeiramente, uma nítida separação entre ação e resultado e, depois, que esse resultado, que correspondia a uma lesão de bem jurídico, também pudesse ser produzido por omissão. Isso conduz ao fortalecimento das bases normativas para justificar a responsabilidade pelo resultado e, conseqüentemente, ao incremento dos delitos que incorporam violações de proibições e deveres.

Como decorrência dessa reformulação de perspectivas da política criminal e, por extensão, do direito penal, os códigos penais do século XIX e a respectiva dogmática penal começam a tratar, a princípio, timidamente e, depois, em larga escala, dos delitos omissivos impróprios.

Diante da evolução no enfoque da tutela penal, as legislações penais do século XIX passaram a dedicar uma atenção crescente aos delitos de omissão, especialmente aos delitos omissivos impróprios. Concomitantemente, no campo da dogmática jurídica, houve uma proliferação significativa de estudos e teorias voltados para a compreensão do comportamento omissivo.

Sobre a evolução do tratamento dos crimes omissivos impróprios, Juarez Tavares (2018, p. 39) destaca que, não obstante se possa identificar tais figuras típicas nos códigos do século XIX, como o Código austríaco de 1852, e a doutrina tenha se dedicado à sua compreensão nesse período, o aumento da importância do comportamento comissivo por omissão no Direito Penal se deu no século XX. Esse fenômeno é atribuído a três eventos na evolução política: a instituição e a falência do Estado Social, juntamente com o processo de globalização.

Com o desenvolvimento e fortalecimento do Estado Social e incremento da capacidade humana e tecnológica de produção de bens, houve uma considerável redução e isolamento da carência material pela sociedade. Contudo, justamente o aumento das forças produtivas durante o processo de modernização fez surgir riscos sociais até então desconhecidos, e que geraram inquietação acerca da distribuição social desses perigos. “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos” (BECK, 2011, p. 23). Acerca das características do atual modelo pós-industrial de sociedade, destaca Silva Sánchez (2001, p. 26 – 27, tradução nossa<sup>49</sup>):

---

<sup>49</sup> Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común, caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como <<sociedad del riesgo>> o <<sociedad de riesgos>> (Risikogesellschaft). En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin paragon en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 26-27).

Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é um lugar comum caracterizar o modelo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos”. Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente por um quadro econômico que sofre mudanças rápidas e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem comparação ao longo da história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve e continua a ter, obviamente, repercussões diretas em um aumento do bem-estar individual. Como também o dinamismo dos fenômenos econômicos. No entanto, é importante não ignorar suas consequências negativas.

A ideia de haver riscos com os quais convivem a sociedade não é uma invenção hodierna, esses sempre existiram em todas as escolhas e atividades humanas. O que se tornou novidade é a expansão desses riscos para um nível global, ou seja, se antes eram individuais, atingindo apenas aqueles que praticassem determinadas atividades, hoje se ampliaram e acabam gerando insegurança à coletividade e, muitas vezes, até mesmo ameaças à própria existência da vida humana. Ademais, se no passado eram mais suscetíveis de contenção, atualmente apresentam-se mais complexos, escapando à previsibilidade das instituições responsáveis. Assim assevera a doutrina:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior (BECK, 2011, p. 26, grifo do autor).

Desde o momento em que os perigos advindos da modernidade se tornaram socialmente reconhecidos, eles perderam a sua latência e passaram a gerar uma sensação de insegurança. Esse fenômeno é de tal forma generalizado, que Silva Sánchez (2001, p. 32, tradução nossa<sup>50</sup>) afirma que “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, a aparição de uma forma especialmente aguda de viver o risco.”

Com a assunção dos riscos modernos como ameaças reais pela sociedade, que é incitada pelos meios de comunicação, o que antes era visto como um ônus aceitável passa a ser uma fonte inadmissível de perigo e, sendo assim, necessária se faz a gestão sobre as atividades responsáveis. O corpo social gera uma demanda por

---

<sup>50</sup>Em efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 32).

controle dos novos perigos, que acaba refletindo na produção normativa, conforme esclarece Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 30 – 31, tradução nossa<sup>51</sup>):

De acordo com a caracterização da sociedade de risco que propõe o sociólogo F. X. KAUFMANN, baseada nas reflexões dos investigadores científicos do risco, se parte de uma sociedade cujos membros vivem mais seguros que nunca, mas, paradoxalmente, têm uma crescente sensação subjetiva de insegurança. Resulta, portanto, e destaca-se aqui, que a demanda especificamente normativa de segurança busca, não só uma proteção objetiva frente aos riscos e perigos, mas a possibilidade de assegurar, além dessa proteção, sua confiança ou segurança, de modo que precisamente na base desse convencimento, seja possível sentir-se livre dos temores.

Assim, a insegurança generalizada se converte em pretensão social perante o Estado, de modo que os efeitos colaterais advindos da modernidade acabam repercutindo na esfera pública, tendo em vista que os interesses sociais predominantes direcionam a atuação dos poderes estatais.

As instituições de controle social passam a ser cobradas, tanto por terem permitido o desenvolvimento dos riscos, quanto por não conseguirem controlar as ameaças (MACHADO, 2005, p. 22). Conforme destaca Ulrich Beck (2011, p. 98), o sistema político-democrático se vê diante da dubiedade de ser ineficaz na proteção comunitária dos perigos, ou revogar, em prol da tutela coletiva, princípios básicos da democracia.

A opinião pública, pugnando por soluções rápidas e eficientes aos novos perigos sociais, e diante de uma crescente sensação de incerteza, suscita uma resposta, principalmente normativa, às suas aspirações por segurança, com o objetivo de obter a proteção, e a sensação de proteção, desejada. Apesar de haver meios de socorro aos anseios por segurança menos lesivos aos cidadãos, o que se observa é que o remédio à pretensão social tem sido dado, principalmente, pelo Direito, e, mais precisamente, pelo Direito Penal. Disso resulta uma expansão da tutela criminal, movimento contrário à clássica tendência à restrição desse ramo do Direito (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 41).

---

<sup>51</sup> Resulta, por tanto, digno de destacarse ya aquí, que la demanda especificamente normativa de seguridad busca no sólo la protección objetiva frente a riesgos y peligros, sino la posibilidad de asegurar además de esa protección, la confianza o seguridad en ella, de modo que precisamente en base a tal convencimiento, sea posible sentirse libre de temores (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 30-31).

Ante a gravidade com que a opinião pública e o Estado percebem os novos riscos e as situações que estes provocam, que geram, por sua vez, uma considerável sensação de insegurança entre os cidadãos, a reação claramente constatável é a de se acudir à resposta penal como forma de controle que se considera mais adequada por sua máxima severidade, assim como necessária por sua hipotética efetividade. Neste sentido, quanto mais grave é o dano temido, mais se justifica o uso do Direito Penal e sua qualidade de resposta mais dura de controle social. Se recorre ao legislador de maneira cada vez mais frequente e cada vez com maior urgência buscando a proteção penal frente aos problemas gerados na nova sociedade do risco (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 36, tradução nossa<sup>52</sup>).

Nesse contexto, são criadas soluções legislativas simbólicas incapazes de conceder à sociedade a real proteção almejada, bem como são flexibilizados os institutos da teoria do crime, para viabilizar a ampliação dos indivíduos sujeitos à responsabilidade penal. O Direito Penal é usado como artifício político para remediar imediatamente a insegurança coletiva, imputando responsabilidades como forma de personificar os riscos modernos e deslocar a atenção da ineficiência das instituições públicas em lidar e conter os novos perigos.

A condução da política estatal sofre uma transformação significativa ao passar de uma orientação baseada em dados empíricos, para uma coordenação quase exclusiva em torno de elementos simbólicos. Quando o Estado enfrenta dificuldades no controle da criminalidade por meio de ações tangíveis visando o bem-estar geral, a alternativa é a crescente utilização de instrumentos formais que possuam intrinsecamente uma eficácia, dispensando a necessidade de comprovação empírica concreta. Assim, com a desagregação do Estado Social consolida-se uma legislação centrada em deveres de organização, sem considerar devidamente se tais obrigações podem ser de fato cumpridas ou se são compatíveis e adequadas aos objetivos de política criminal almejados pelo Estado (TAVARES, 2018, p. 41).

Os aspectos apresentados sofrem um especial impulso devido aos fenômenos típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional. Uma parcela da doutrina concebe, a partir desse pressuposto, que em razão da exigência de se dar uma resposta à globalização e à sua delinquência, que

---

<sup>52</sup> Ante la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y por el Estado los nuevos riesgos y las situaciones que éstos provocan, que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos, la reacción claramente constatable es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad, así como necesaria por su hipotética efectividad. En este sentido, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social. Se recurre al legislador cada vez más frecuentemente y cada vez con mayor urgencia buscando protección penal frente a los problemas planteados en la nueva sociedad de riesgo. (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 36).

cria uma forte sensação de insegurança não só aos indivíduos, mas aos Estados, se constrói um Direito Penal mais punitivista, havendo uma exasperação das penas nos delitos omissivos impróprios, para atender à política criminal fortalecida sobre os deveres de organização, tanto no âmbito interno, como no externo (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 83).

A distribuição de deveres de proteção, vigilância e controle, com o objetivo de evitar os resultados típicos decorrentes dos riscos das atividades econômicas, é um modelo de gestão característico das grandes corporações, mas que passa a influenciar e modificar o Direito Penal, de modo que a criminalidade por omissão imprópria se torna o *modus operandi* do sistema penal atual.

Vê-se, pois, que a construção de um modelo de delito, a partir do delito omissivo, que se anuncia como a grande conquista da moderna ciência penal funcionalista, não é um ato politicamente avalorado ou cientificamente neutro. Independentemente dos bons ou mais propósitos da doutrina, a mudança de rumos teóricos no âmbito do delito e a substituição gradativa do modelo comissivo pelo modelo omissivo, correspondem ao sedimento ideológico conduzido pelo modelo das corporações (TAVARES, 2018, p. 42).

Em síntese, percebe-se que a ampliação das hipóteses de responsabilização penal por omissão imprópria, não é resultado de uma tomada de consciência legislativa ou judicial sobre as necessidades sociais. Trata-se de fenômeno resultante da falência do Estado em lidar com os riscos modernos, bem como da adoção de uma política criminal baseada na estrutura dos grandes conglomerados, que impõem a tendência de, com objetivo de eliminar riscos, incrementar a criação de infrações de deveres de cuidado.

## **5.2 A omissão imprópria no ordenamento jurídico brasileiro**

Inicialmente, os indígenas no Brasil seguiam normas de condutas consuetudinárias. Havia certas práticas reprováveis e punidas exemplarmente, como o homicídio e adultério, mas inexistia entre eles qualquer noção de Direito, tampouco um vago sinal de Direito escrito. De qualquer maneira, o embrionário Direito Penal indígena não influenciou o desenvolvimento e conteúdo das regras futuramente observadas no país (PIERANGELI, 2001, p. 44).

Após o início da colonização e até 1830, as leis vigentes no Brasil eram oriundas de Portugal, e estavam organizadas em livros que compunham as diversas

Ordenações do Reino. Estas eram, mais propriamente, coletâneas de legislações, e tratavam de diversas matérias, inclusive de Direito Penal.

As Ordenações Afonsinas, primeiras a surgirem no país lusitano, não tiveram aplicação no Brasil. A colonização nacional apenas ganhou força quando já estavam vigentes as Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521 (PIERANGELI, 2001, p. 54). Não obstante, o Brasil, à época, dividido em capitânicas hereditárias, era administrado pelos donatários, a quem foram delegados poderes quase absolutos, e isso fez com que a legislação de Portugal não fosse observada com rigor no território brasileiro.

Como destaca Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 188), dentre as três ordenações portuguesas, apenas as Ordenações Filipinas tiveram efetivamente aplicabilidade no Brasil:

A vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1803, cujos primeiros efeitos práticos em direção à nossa emancipação política ocorreram com a edição da Carta Régia, de 28 de janeiro desse mesmo ano, quando foram abertos nossos portos às nações amigas, em substância, em nada modificou a legislação penal então vigente, ou seja, as Ordenações Filipinas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 193)

Nos compilados lusitanos não havia menção a um conceito de conduta ou à relevância penal da omissão em dispositivos que se assemelhassem a uma parte geral. Tais legislações, contudo, arrolavam, ao listarem os comportamentos penalmente relevantes na parte especial, também omissões. À exemplo do Título XI, do Livro V do Código Filipino, que elencava como delito a omissão do escrivão que dolosamente deixasse de constar nas escrituras alguma informação essencial, o que se punia com pena de degredo ao Brasil<sup>53</sup> (PIERANGELI, 2001, p. 104).

Assim, no Direito brasileiro, parece despidendo falar-se em omissão, essencialmente em omissão imprópria, antes do ano de 1840, haja vista que até esta época, tanto a legislação, quanto a doutrina nacional, as desconheciam. As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 (PIERANGELI, 2001, p. 57) vigeram no

---

<sup>53</sup> Título XI Do Scrivão, que não se põe a subscrição, conforme a substancia da Carta, ou Provisão para El-Rey assinar – Mandamos, que todo Scrivão em qualquer Doação, Carta, Alvará ou outra Provisão, que fizer, para haver de ser per Nós assignada ponha muito verdadeiramente na subscrição della toda a substancia, da dita scriptura, sem faltar cousa alguma do que fôr da substancia em tal maneira que possamos pelas subscrições saber toda a verdade do substancial das taes scripturas, e não seja necessario havermos de as vêr todas. E quem o contrario fizer, sendo o que assi deixou de pôr, de tal substancia, que pareça, que com malicia foi deixado, seja degredado para sempre para o Brazil, e perca toda sua fazenda ametade para quem o accusar, e a outra para nossa Camera; e pela tal scriptura se não faça obra, nem será de effeito algum, postoque sem malicia fosse deixado de pôr. (PIERANGELI, 2001, p. 104).

Brasil por mais de dois séculos. Apenas no período imperial as Ordenações portuguesas foram substituídas, em matéria penal, pelo Código Criminal do Império de 1830, primeira legislação penal de um Brasil independente.

### **5.2.1 Código Criminal do Império – Código Criminal de 1830**

Após a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, editou-se a Constituição de 1824. Contudo, considerando que a legislação aplicável à então colônia era majoritariamente portuguesa, houve um lapso temporal até que novas leis, brasileiras, fossem elaboradas. No que diz respeito ao Direito Penal, continuavam vigorando as Ordenações Filipinas.

O primeiro Código Penal brasileiro data de 1830, quando o país, independente, elaborou um inaugural conjunto de dispositivos legais sobre a matéria criminal, sistematizados em um único diploma legislativo. Sob a ótica das ideias iluministas e com dispositivos que revelavam sua concepção liberal, o referido diploma não se limitou a listar comportamentos proibidos, mas trazia um conjunto de sessenta e sete artigos que tratavam de temas gerais sobre o delito e as penas.

Tratando ações e omissões em um único artigo, o artigo 2º, o Código Criminal do Império definia o crime equiparando ação e omissão como formas de conduta: “art. 2º Julgar-se-á crime, ou delito: 1º Toda a ação, ou omissão voluntária contrária às Leis penais” (BRASIL, 1830, tradução nossa<sup>54</sup>).

A sucinta menção à ação e à omissão no referido texto legislativo foi alvo de posteriores críticas por parte de Tobias Barreto, que, ciente das discussões acerca dos crimes omissivos impróprios, considerava o Código Criminal do Império deficiente. Nesse sentido, destacava o Autor (BARRETO, 2004, p. 181-182, tradução nossa<sup>55</sup>):

Além dos delitos comissivos e omissivos, segundo a divisão comum, que acabamos de apreciar, e que é sem contestação, a doutrina científica admite

---

<sup>54</sup> Art. 2º Julgar-se-há crime, ou delicto: 1º Toda acção, ou imussão voluntaria contraria ás Leis penaes. (BRASIL, 1830).

<sup>55</sup> Além dos delictos comissivos e omissivos, segundo a divisão comum, que acabamos de apreciar, e que é sem contestação, a doutrina scientifica admite outra ordem de factos puníveis, a saber, a dos delictos comissivos, que entretanto se commettem por meio de omissão.

[...]

Não é, portanto, fora de proposito discutir entre nós uma materia, que no mundo superior não teve ainda a ultima palavra; motivo geral, que por outro lado se adiciona a um motivo particular de complicaçãõ dada ao assumpto pelas deficiências do nosso código (BARRETO, 2004, p. 181 – 182).

outra ordem de fatos puníveis, a saber, a dos delitos comissivos, que entretanto se cometem por meio de omissão.

[...]

Não é, portanto, fora de propósito discutir entre nós uma matéria, que no mundo superior não teve ainda a última palavra; motivo geral, que por outro lado se adiciona a um motivo particular de complicação dada ao assumpto pelas deficiências do nosso código.

Para o Autor, o silêncio do legislador provocava uma dúvida: “O delito comissivo omissivamente perpetrado, faz parte do sistema de direito criminal brasileiro?” (BARRETO, 2004, p. 189, tradução nossa<sup>56</sup>).

As críticas de Tobias Barreto (2004, p. 189 – 190) se estendiam também ao conjunto de doutrinadores brasileiros, uma vez que os autores nacionais que à época não aprofundavam a discussão acerca da punibilidade do delito comissivo praticado por omissão, debate já incipiente na Alemanha.

Eis o problema, do qual não posso assegurar que alguém entre nós já o tenha resolvido deste ou daquele modo; mas é certo que ao menos na prática, onde aliás ele tem alguma importância, nunca foi conscientemente analisado. E para tornar evidente, quão pouco os nossos criminalistas têm se preocupado com a matéria, bastaria lembrar que o dr. Mendes da Cunha, espécie de patriarca dos juristas brasileiros, [...], não se julgou obrigado a consagrar aos delitos, que se trata, mais de três páginas, e estas mesmas vazias de ideias, [...].

É, pois, fácil perceber que, se um jurista do nível do mencionado, não contribuiu, nem com um traço de pena, para suscitar e esclarecer o ponto que ora discuto, nada poderíamos esperar de seus sucessores, aos quais esta questão com todo o seu alcance, eu creio, nunca, sequer, apareceu em um sonho (BARRETO, 2004, p. 189 – 190, tradução nossa<sup>57</sup>).

Tobias Barreto foi um dos primeiros penalistas brasileiros a se debruçar sobre a omissão e suas peculiaridades, especialmente sobre o comportamento omissivo como fator causal de um resultado. Crítico dos deslizes da legislação penal imperial, estava à frente de seus contemporâneos, como Thomaz Alves e Mendes da Cunha, que,

---

<sup>56</sup> O delicto comissivo omissivamente perpetrado, faz parte do systema de direito criminal brasileiro? (BARRETO, 2004, p. 189).

<sup>57</sup> Eis o problema, do qual não posso assegurar que alguém entre nós já o tenha resolvido deste ou daquele modo; mas é certo que ao menos na pratica, onde aliás elle tem uma grande importancia, nunca foi conscientemente agitado. E para tornar evidente, quão pouco nossos criminalistas se têm preocupado de tal materia, bastaria lembrar que o dr. Mendes da Cunha, especie de patriarcha dos juristas brasileiro, [...], não se julgou obrigado a consagrar aos delictos, de que se trata, mais de tres paginas, e estas mesmas vasias de ideias, [...].

E' pois facilimo de conceber que, se um jurista da tempera do mencionado não contribuiu, nem com um traço de penna, para suscitar-se e esclarecer-se o ponto, que ora discuto, nada havia a esperar dos seus epigonos, aos quaes esta questão com todo o seu alcance, eu creio, nunca, se quer, apareceu em sonho (BARRETO, 2004, p. 189 – 190).

comentando o Código de 1830, nada falaram sobre os delitos comissivos por omissão (SOUZA, 2003, p. 12-13).

### **5.2.2 Código Penal de 1890**

Com a Proclamação da República em 1889, uma nova ordem jurídico-política se instalou, e, diante da nova realidade, clamava-se por uma urgente reforma no regime de repressão imposto pela então vigente legislação penal. Nesse contexto, de forma célere, em 11 de outubro de 1890, o Decreto n.º 847 promulgou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que revogava a legislação criminal imperial (BRASIL, 1890).

No que diz respeito à omissão, o novo Código a tratava no artigo 2º, que dispunha: “A violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitui crime ou contravenção” (BRASIL, 1890, tradução nossa<sup>58</sup>). Portanto, assim como no código anterior, a novel legislação equiparou ação e omissão como formas de conduta delituosa, e manteve o silêncio quanto à omissão imprópria.

A opção legislativa republicana também não conseguiu escapar das críticas, e quanto ao Código, como apontou Basileu Garcia (2012, p. 246) “naturalmente, devido à celeridade da sua elaboração, estava inçado de defeitos, postos logo em evidência pela crítica – defeitos que, aos poucos, se procurou ir corrigindo, por meio de inúmeras leis”.

Comentando a primeira legislação penal republicana, Antônio José da Costa e Silva (2004, p. 6) discorreu sobre o conceito de ação, revelando o entendimento esculpido na lei, donde se percebe clara influência do causalismo penal:

A ação, no ponto de vista do direito, pode ser definida como o fato (procedimento) voluntário do homem que produz uma alteração no mundo externo.

Três são os elementos que a compõem:

- 1.º) ato da vontade;
- 2.º) mudança no mundo ambiente; e,
- 3.º) entre ambos, um nexos de causalidade.

A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corpóreo. Pode, porém, igualmente manifestar pela ausência de um movimento dessa natureza. Daí o dualismo entre ação e omissão, A distinção é simplesmente

---

<sup>58</sup> A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitui crime ou contravenção. (BRASIL, 1890).

terminológica. A omissão não representa coisa diversa da ação: - é apenas uma modalidade desta. (SILVA, 2004, p. 6, tradução nossa<sup>59</sup>)

A existência de diversas leis elaboradas com o intuito de suprir as lacunas e deficiências da legislação em vigor, bem como as profundas transformações que o saber penal vinha sofrendo, levaram à necessidade de uma nova reforma legislativa que, após vários projetos, culminou na promulgação do Código Penal de 1940.

### **5.2.3 Código Penal de 1940**

Em razão da transição para um novo contexto jurídico-político implementado com a outorga da Constituição em 1937, vislumbrou-se uma vez mais a necessidade de uma reformulação também na legislação penal. Nesse contexto, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, incumbiu o professor Alcântara Machado de elaborar um projeto de código penal.

O projeto definitivo foi entregue em abril de 1938, contudo não foi imediatamente transformado em lei, tendo sido submetido a uma comissão revisora composta, entre outros, por Nelson Hungria, que realizou profundas modificações em seu texto (PIERANGELI, 2001, p. 80). A nova legislação penal adveio apenas com o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.

Mantendo a evidente influência positivista, e adotando a teoria da equivalência em relação à causalidade, o texto original do Código Penal de 1940 limitou-se a tratar sobre a omissão na parte geral em seu artigo 11: “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” (BRASIL, 1940).

Não conservou, entretanto, um dispositivo constante no Projeto Alcântara Machado, que propunha introduzir na legislação escrita o seguinte texto: “Não impedir

---

<sup>59</sup>A ação, no ponto de vista do direito, pode ser definida como o fato (procedimento) voluntário do homem que produz uma alteração no mundo externo.

Três são os elementos que a compõem:

- 1.º) ato da vontade;
- 2.º) mudança no mundo ambiente; e,
- 3.º) entre ambos, um nexo de causalidade.

A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corpóreo. Pode, porém, igualmente manifestar pela ausência de um movimento dessa natureza. Daí o dualismo entre ação e omissão. A distinção é simplesmente terminológica. A omissão não representa coisa diversa da ação: - é apenas uma modalidade desta. (SILVA, 2004, p. 6).

um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo” (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 70). O Código Penal de 1940 assim, não tratou especificamente sobre a omissão imprópria, que, entretanto, veio a ser abordada de forma expressa pelo Código Penal de 1969.

Em 1961, Jânio Quadros confiou a Nelson Hungria a tarefa de elaborar um anteprojeto de legislação penal. O texto apresentado mantinha basicamente a estrutura do código de 1940, contudo quanto aos crimes omissivos impróprios, trazia uma relevante modificação. Da exposição de motivos extrai-se a preocupação dos legisladores envolvidos acerca do tema:

Importante é o que agora aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos de conduta típica dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar (BRASIL, 1969).

Uma vez que, conforme destacado na exposição de motivos, se entendia que a responsabilização na omissão imprópria não dependia propriamente da relação de causalidade, mas do não impedimento de um resultado quando lhe era devido evitar, o Código Penal de 1969 introduziu dispositivo acerca das fontes dos deveres de agir.

Apesar de carregar alguns avanços sobre a temática da omissão em relação ao Código Penal de 1940, a novel legislação de 1969 nunca entrou em vigor, e a parte geral de 1940 permaneceu vigente sem alterações até a reforma perpetrada em 1984.

O anteprojeto de Código Penal iniciado pela comissão de reforma da parte geral em 1980, converteu-se na Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984. O texto, que reestruturou de forma substancial a parte inicial do Código Penal de 1940 trouxe consigo alterações significativas no âmbito da omissão imprópria, trilhando o caminho já apontado em 1969. Conforme a exposição de motivos:

12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relativo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nulum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

13. No artigo 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas [...] (BRASIL, 1983).

A Parte Geral do Código Penal brasileiro, advinda da reforma, adotou as linhas gerais da teoria finalista da ação (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 54). Passou o diploma criminal a tratar sobre a omissão não apenas no dispositivo relativo à relação de causalidade, mas também em parágrafo dedicado especificamente à relevância da omissão e fixação das fontes de deveres de garante:

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

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

Como se percebe, da reforma da parte geral resultou um dispositivo híbrido de tratamento da omissão imprópria, uma vez que o *caput* revela característica naturalista, e o parágrafo segundo, caracteres normativos. Além disso, a nova parte geral da legislação penal estampa a adoção da teoria formal sobre os deveres de garante (SOUZA, 2003, p. 50). Tal combinação de concepções é alvo de crítica doutrinária:

Vicente Cernicchiaro anota que o reformador de 1984 adotou, inicialmente, quanto à ação e à omissão, postura normativa, conforme se pode ver na redação original: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido”. Não obstante, conforme já referido, Emenda do Dep. Egídio Ferreira Lima restabeleceu a concepção naturalista da ação, no *caput*, deixando, porém, a colocação normativa quanto à omissão no §2º, com verdadeira afronta à unidade e coerência do sistema (SOUZA, 2003, p. 50).

A despeito do apontado deslize, a disposição expressa das fontes dos deveres de garante é destacada como ponto positivo da atual legislação nacional, uma vez que caminha no sentido de atender às exigências do princípio da legalidade e segurança jurídica, limitando a interpretação jurisprudencial.

A herança do positivismo é evidente no dispositivo destacado, uma vez que se vincula as espécies de conduta humana, e expressamente a omissão, ao problema da causalidade. Tal vinculação permite concluir que “os conceitos de ação e omissão são ontológicos e adquirem significado no direito penal apenas se forem vinculados, pela causalidade, à produção de um resultado penalmente relevante” (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 46).

Estabelecido o contexto de surgimento de expansão dos delitos omissivos impróprios, e analisada a trajetória do tratamento normativo dessas condutas na legislação brasileira, passa-se à análise dos pressupostos necessários à punibilidade da conduta omissiva imprópria.

### **5.3 Pressupostos da punibilidade da conduta omissiva imprópria**

A dogmática penal, especialmente a teoria do crime, foi historicamente concebida e desenvolvida para justificar e legitimar a intervenção punitiva do Estado. No entanto, uma abordagem dogmática crítica deve buscar restringir ao máximo o poder de intervenção estatal, uma vez que a solução penal aos conflitos sociais deve ser vista como uma exceção, amparada sempre no limite da sua estrita necessidade.

Atualmente, observa-se uma inclinação em direção a uma abordagem política intervencionista que é implementada com o propósito de enfrentar um suposto aumento constante da criminalidade e aumento dos riscos sociais. Isso dá a impressão de que o Estado desempenha um papel proeminente nesse combate, priorizando a supressão dos princípios tradicionais iluministas que valorizavam a liberdade individual, em prol de uma alegada defesa do interesse público. Esse confronto entre intervenção penal e liberdade individual pode ser apontado como o objeto final do estudo dogmático (TAVARES, 2018, p. 274).

No âmbito penal, Juarez Tavares (2018, p. 275) identifica que os sentimentos induzidos ou simbólicos de insegurança face os deveres de organização, têm provocado uma alteração na estrutura normativa, multiplicando as normas mandamentais e, conseqüentemente, os delitos omissivos, sobretudo a omissão imprópria.

A proliferação de normas mandamentais busca fundamentar a criação e inclusão dos delitos omissivos nas definições convencionais de crime. Mesmo que, na prática, não se confunda os comportamentos ativos e omissivos, cria-se uma

tendência à unificação desses conceitos por meio de construções doutrinárias ou formulações legais de equivalência.

Até meados do século XX a maior parte das legislações mundiais não dispunham de normas gerais em suas legislações penais que possibilitassem a abertura normativa para a punição da omissão imprópria, o que fez com que a legitimidade da intervenção punitiva nesses delitos fosse alvo de questionamentos sob o ponto de vista da legalidade.

Ocorre que a criação de normas semelhantes ao artigo 13, §2º do Código Penal brasileiro, embora aparentemente pudesse solucionar a ausência de um substrato legal para a punição dessas condutas, não soterrou as discussões acerca da legitimação da intervenção punitiva. A falta de previsão legal em tipos penais taxativos dos comportamentos omissivos impróprios exigiu um esforço dogmático relevante para justificar a relevância penal desses comportamentos, que provocou uma revisitação dos conceitos tradicionais da dogmática penal.

Nesse contexto, apesar das controvérsias que circundam os crimes omissivos impróprios e os requisitos para a imputação desses tipos penais aos sujeitos, faz-se necessário estabelecer um apoio a partir do qual se desenvolverá uma legítima intervenção punitiva. Cabe à dogmática delimitar, e não ampliar a punibilidade dos comportamentos.

Sendo assim, partir-se-á do pressuposto que a tipicidade do delito de omissão imprópria é formada por dimensões objetivas e subjetivas. A tipicidade objetiva compreende: a) a situação típica e o resultado; b) a posição de garantidor do omitente; c) a omissão da conduta determinada apesar da capacidade físico-real de agir; d) o nexo de causalidade. Ao passo que a tipicidade subjetiva se consubstancia na análise do dolo e da culpa. Em sequência, para além da tipicidade, a punibilidade da omissão imprópria também depende da verificação da antijuridicidade da conduta e culpabilidade do indivíduo.

### **5.3.1 Situação típica e resultado**

A situação típica, ou situação objetiva, é o primeiro pressuposto da punibilidade da conduta omissiva imprópria no âmbito da tipicidade objetiva. Trata-se do conjunto de características que fundamentam a relevância penal de um comportamento tido

como expressão do conflito social que o Direito quer dirigir através da regulação de condutas (ZAFFARONI, 1981, p. 454).

Nesse sentido, uma vez que o Direito Penal tem como foco a tutela de bens jurídicos fundamentais para a sociedade, há a formulação de expectativas jurídicas em relação a comportamentos que visam salvaguardar esses bens essenciais. Diante de situações potenciais de risco de lesão a um bem jurídico, surgem deveres de conduta, cujo não cumprimento representa uma quebra de expectativas, tornando-se uma questão relevante para o sistema penal.

Assim sendo, um elemento que está presente em todos os crimes omissivos é a existência concreta de risco para um bem jurídico protegido. Tal situação surge, ou é incrementada, quando o indivíduo se abstém de realizar a ação que lhe é devida. Portanto, em todos os delitos omissivos, a omissão do sujeito, que se contrapõe à ação especificada pela norma, resulta na criação, manutenção ou não redução do perigo de dano ao bem protegido pelo tipo penal.

No que diz respeito à omissão imprópria, a configuração da situação típica que ativa o dever de agir do garantidor se dá, portanto, com o risco de verificação do resultado típico, ou seja, há um perigo que, sem a intervenção do sujeito garantidor, conduzirá à lesão do bem jurídico tutelado. Considera-se perigo a probabilidade iminente de produção do resultado de lesão.

Nos delitos comissivos por omissão a descrição da situação típica que desperta o dever de agir pode estar contida em um tipo penal específico da parte especial do Código Penal, como é o exemplo da privação no crime de maus-tratos (artigo 136 do Código Penal<sup>60</sup>). No entanto, na maioria dos casos, parte-se de um tipo penal comissivo e examina-se a omissão de um garantidor com base no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>61</sup>. Isso implica que a situação de perigo geralmente não estará descrita

---

<sup>60</sup> Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa (BRASIL, 1940).

<sup>61</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;  
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;  
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

diretamente no tipo penal, mas implícita no resultado típico, como esclarece Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 210):

A realidade determinante do dever de agir é a *situação de perigo* para o bem jurídico – ou *situação típica*, conforme a doutrina dominante, embora essa situação constitua apenas um dos componentes do tipo: [...]; b) na omissão de ação imprópria, a situação de perigo para o bem jurídico está implícita no resultado descrito no tipo legal: *matar alguém*, resultado de lesão de bem jurídico produzível por *ação* proibida ou por *omissão de ação* mandada.

Dado que a presença da situação típica é uma característica comum nos delitos omissivos, pode-se inferir, inicialmente, que todos os delitos de omissão sancionam comportamentos que, ao transgredir mandatos, expõem a perigo um bem jurídico:

A imputação da omissão tem como base o conhecimento estritamente ontológico de que a realização de uma determinada ação (a saber: a ação omitida), ao supor a realização de uma medida positiva redutora do risco, haveria diminuído no mundo real o perigo de lesão para um bem jurídico. Por isso se castigam as omissões: porque, sobre a base de um cálculo ontológico de probabilidades, o legislador chegou à conclusão de que os movimentos corporais omitidos levariam à redução do risco de lesão aos bens jurídico-penais que ele deseja, dentro do possível, proteger (GIMBERNAT ORDEIG, 2003, p. 45, tradução nossa<sup>62</sup>).

Contudo, nos delitos de omissão imprópria não basta a existência de uma situação típica, ou seja, de uma situação potencialmente perigosa para o bem jurídico. Um traço diferenciador entre a omissão própria e imprópria é que esta última exige, ainda como elemento objetivo, a produção do resultado típico como consequência causal da omissão do comportamento exigido. Nesse sentido, a punibilidade de um crime omissivo impróprio consumado requer, além da situação típica, a ocorrência do resultado separado espaço-temporalmente da conduta, conforme previsto no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> La imputación en la omisión tiene por base el conocimiento *estrictamente ontológico* de que la realización de una determinada acción (a saber: de la acción omitida), al suponer la entrada en juego de una medida positiva reductora del riesgo, habría *disminuido en el mundo real* el peligro para un bien jurídico de resultar lesionado. Por ello se castigan las omisiones: porque, sobre la base de un cálculo *ontológico* de probabilidades, el legislador ha llegado a la conclusión de que los movimientos corporales omitidos habrían condicionado la reducción del riesgo de lesión de los bienes jurídico-penales que aquél quiere, en lo posible, proteger (GIMBERNAT ORDEIG, 2003, p. 45).

<sup>63</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

A despeito da menção legal expressa ao resultado, há debate sobre a interpretação do vocábulo empregado no dispositivo mencionado, suscitando a questão sobre se apenas as figuras típicas que não exigem resultado naturalístico poderiam ser praticadas por omissão imprópria. Diante da divergência de perspectivas em relação à exigência legal mencionada e da importância da discussão na delimitação da extensão da responsabilidade penal do garantidor, a abordagem desse tema será objeto de um capítulo independente<sup>64</sup>.

### **5.3.2 Posição de garantidor**

Não obstante nos delitos comissivos em geral, todos aqueles que realizam a ação típica podem ser considerados autores do respectivo crime, nos delitos comissivos por omissão não é qualquer pessoa que não impeça o resultado típico que pode ser responsabilizado pela produção do mesmo (RODRIGUES, 2000, p. 47). O dever de evitar o resultado nos crimes omissivos impróprios surge de uma especial posição ocupada pelo sujeito, que é a posição de garantidor. Assim, inexistente o referido delito sem esse especial dever jurídico de atuar no sentido de impedir a lesão ao bem jurídico.

Nesse sentido, apenas aqueles que assumem a posição de garantidor, ou seja, ocupam uma posição específica que lhes obrigue a garantir especialmente a proteção do bem jurídico penalmente tutelado, podem ser autores de condutas típicas de omissão imprópria. Tal posição consiste em uma relação especial de garantia, e compõe a tipicidade objetiva nos crimes comissivos por omissão.

A particularidade dos crimes de omissão imprópria está fundamentada na posição do sujeito do mandamento normativo, a partir da qual se estabelece a relação de garantia. Os mandamentos de garante são normas especiais, e os delitos comissivos por omissão são delitos especiais. Para além dessa natureza, a omissão imprópria requer uma vinculação estreita entre o sujeito da ordem de evitação e o bem jurídico garantido, uma posição de obrigação tal que justifica a equiparação desse comportamento à produção ativa do resultado.

---

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 (BRASIL, 1940).

<sup>64</sup> Vide capítulo 5.

Nessa perspectiva, ao diferenciar as espécies de delitos de omissão, Jescheck propõe que a melhor designação para as diversas omissões, seria a separação em omissão simples e qualificada, não em razão da maior gravidade de um grupo em detrimento do outro, mas considerando-se as particularidades dos sujeitos em cada espécie. Sobre o tema expõe Juarez Tavares (2018, p. 312):

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe que o sujeito tenha com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de seu garantidor. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada.

Embora seja essencial para a punibilidade do comportamento omissivo impróprio a identificação da posição de garantia, a delimitação das hipóteses que ensejam esse especial dever de proteção apresenta um desafio. Esse desafio manifesta-se na dicotomia entre o princípio da legalidade e a necessidade de segurança jurídica, em contraposição à existência de comportamentos omissivos impróprios penalmente relevantes que não estão previstos expressamente na legislação.

Acerca da questão expõe a doutrina:

Cria-se, com isso, uma questão extremamente séria porque, por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontre numa posição jurídica tal, que a realização de uma conduta distinta da devida seja equivalente à realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 471).

Nesse cenário, visando estabelecer limites para as fontes dos deveres de garantia emergem duas correntes teóricas. As teorias funcionais buscam fundamentar materialmente a categoria dogmática do dever jurídico, enquanto as teorias formais concentram-se em estabelecer fontes jurídicas da posição especial de garantia (RODRIGUES, 2000, p. 49).

No âmbito da abordagem formal, a solução que inicialmente surgiu para a delimitação das fontes dos deveres de garante foi a definição do círculo de possíveis autores mediante a circunscrição legal das posições de garantidor. Assim, a

identificação das circunstâncias em que o indivíduo estaria especialmente obrigado a evitar a lesão aos bens tutelados seria realizada “mediante a limitação da proibição típica àqueles autores que estão especialmente obrigados à conservação, restauração ou reparação de um bem jurídico penalmente tutelado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 472).

Em um primeiro momento poder-se-ia pensar na elaboração de tipos penais específicos para cada omissão de garante que se reputasse relevante para o Direito Penal. A opção por tal técnica, *a priori*, parece mais condizente com o princípio da taxatividade e da precisão dos dispositivos legais, uma vez que a adequação típica seria imediata, garantindo-se contornos mais precisos dos deveres atinentes a cada delito.

Contudo, como destaca Zaffaroni (1981, p. 464), não é possível a limitação concreta e exaustiva em tipos penais, da grande variedade de autores de comportamentos comissivos por omissão. Tal operação exigiria um esforço legislativo considerável para listar em tipos específicos as hipóteses de inação merecedoras de punição. Diante da situação, surgiram tentativas de solucionar o impasse com fórmulas legais previstas na parte geral das legislações penais, ou seja, mediante a utilização de cláusulas gerais de equiparação.

A sistematização formal do dever de garantidor tem como precursor Feuerbach, uma vez que foi o primeiro autor a identificar as fontes dos deveres de garante e, a partir disso, categorizar os crimes omissivos impróprios com base na origem do dever especial (de evitar a ocorrência de um resultado proibido pela lei penal) que pesa sobre o sujeito.

Segundo Feuerbach (1989, p. 66, tradução nossa<sup>65</sup>), “o crime omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato) que serve de base para a obrigatoriedade da ação”. Assim, os deveres especiais de garante teriam como fonte as leis ou contratos.

Tal concepção engendrou uma visão formal acerca dos deveres de garante, que parte da premissa que a punibilidade da omissão imprópria se faz depender de uma posição de garantidor que deve estar formalmente estabelecida na lei, independentemente de qualquer referente ontológico. Assim, responde pelo resultado

---

<sup>65</sup> [...], el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión (FEUERBACH, 1989, p. 66).

o omitente responsável por sua evitação, decorrendo esta responsabilidade de um dever formal que o obriga a agir e evitar o resultado quando for capaz.

Posteriormente, no âmbito do positivismo, Von Liszt considerava que o Direito apenas se ocuparia da omissão antijurídica, sendo essa a omissão diante de um dever jurídico que obrigasse o indivíduo a agir. Nesse contexto, igualmente adotando uma concepção formal, o Autor destacava que a obrigação de agir poderia ter como fundamento um preceito positivo da ordem jurídica ou uma ação precedente, que indicaria a conduta omissiva posterior como contrária ao dever jurídico.

Mas o dever jurídico que obriga a agir pode ter diversos fundamentos. Pode resultar:

1º de um preceito positivo da ordem jurídica, quer este preceito seja imposto pelo direito penal [...], quer o seja, expressa ou tacitamente, por um outro ramo do direito (dever dos pais de alimentar os filhos, obrigação contratual do enfermeiro, dever do funcionário público, do vigia da prisão, da via férrea etc.);

2º da ação anterior que indica a atividade ulterior como conforme ao dever e como contrário a ele o abandono da direção assumida (LISZT, 2006, p. 208).

A fixação formal da posição de garante delimita a situação valorada negativamente. Por meio da prescrição normativa, se define o rol dos possíveis sujeitos ativos dos delitos de omissão imprópria e das situações fáticas de proteção do bem jurídico. A determinação de um critério legal de definição da posição de garantidor, obedece, embora nem sempre satisfatoriamente em razão das deficientes descrições, aos preceitos do princípio da legalidade, e por isso foi vista como a solução para a dicotomia entre a punição da omissão imprópria e o princípio da legalidade.

Apesar do progresso em direção à segurança jurídica, a teoria dos deveres formais tem sido alvo de críticas doutrinárias decorrentes da excessiva desmaterialização dos critérios de imputação da omissão imprópria. Isso ocorre porque o fundamento do dever especial de evitação do resultado passou a ser exclusivamente normativo, decorrente de um dever legal, sem qualquer referência ontológica ou análise material. Sobre esta crítica leciona Marta Felino Rodrigues (2000, p. 55):

Este critério puramente lógico-formal, apesar do mérito de intentar uma restrição do âmbito da omissão material ao eliminar possíveis referências a deveres morais, religiosos, humanitários ou a deveres jurídicos gerais de actuar, é débil. Pois bem, consegue ser nalguns casos demasiado estrito e noutros demasiado lato. Dir-se-á que

adoptando esta orientação não haverá o dever de agir nalgumas situações de impreterível incriminação e, simultaneamente, acentuar-se-á noutras circunstâncias a potencial capacidade do instituto das omissões impróprias para alargar a já aludida tutela penal.

Embora a concepção dos deveres estritamente formais tenha sido incorporada em alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, observa-se uma tendência para que seja paulatinamente deixada de lado, ou ao menos complementada pelas teorias funcionais.

Em síntese, as teorias funcionais argumentam que a ideia do dever estritamente formal não é suficiente para abranger omissões que, mesmo sem previsão legal, merecem ser equiparadas à causação ativa do resultado em decorrência da existência de uma ligação estreita entre o garante e o bem jurídico que deve tutelar. O fundamento funcional se afasta da ideia do dever formal, e se volta à busca de parâmetros materiais para os deveres de agir.

Embora não se desvincule completamente da concepção do dever jurídico formal, Armin Kaufmann pode ser apontado como o primeiro expoente a chamar atenção para o excesso de formalismo das teorias da origem do dever jurídico, e caminhar no sentido de se determinar os deveres de garante com base em critérios materiais.

Conforme já destacado em capítulo anterior, as omissões impróprias para Kaufmann estariam inteiramente não descritas na lei penal. Assim, os crimes comissivos por omissão possuiriam um tipo próprio, implícito, que não se confunde com a previsão legal dos comportamentos comissivos.

Ao lado dos tipos penais comissivos que tutelam determinados bens jurídicos, haveria um tipo penal implícito, que também pune a ocorrência do mesmo resultado lesivo ao bem jurídico, contudo, caso seja alcançado por uma omissão. Não seria possível, todavia, a punição automática ou ilimitada de todos aqueles que deixam de evitar o resultado, o critério para definir os sujeitos ativos da omissão imprópria seria o dever de garante, que é diferente para cada tipo penal e estaria ligado às suas peculiaridades, conforme esclarece Pierpaolo Bottini (2018, p. 79):

Ao lado de cada tipo penal previsto na Parte Especial cuja prática se dá por ação existe um tipo penal implícito e diferente, cuja prática se dá por omissão quando o agente tinha um dever de evitar o resultado e não o faz. E as características desse dever de garante serão distintas em cada tipo penal, exigindo-se do intérprete um labor para compreender seus contornos em cada crime específico.

O dever de evitar o resultado, para Armin Kaufmann, não é resultante de uma imposição normativa, mas emerge da relação de especial proximidade entre o agente garantidor e o bem jurídico tutelado. Nesse contexto, o Autor (KAUFMANN, 2006, p. 283) ressalta que a caracterização da omissão imprópria demanda uma relação singularmente estreita entre o sujeito especial do mandato normativo com o bem jurídico protegido. Trata-se de uma posição de obrigação tão aguda, que justifica a equiparação entre a omissão de impedir e a execução direta do resultado.

A tarefa de defesa do bem jurídico pode derivar do dever do sujeito de permanecer vigilante para proteger determinado bem jurídico contra qualquer forma de ataque, independentemente de sua origem. Essa imposição prevalece nas posições de garante diretamente reconhecidas por um preceito jurídico. Por outro lado, a posição de garante pode igualmente estar fundamentada na obrigação de supervisionar determinada fonte de perigo, não importando quais bens jurídicos estejam ameaçados por esta fonte. Neste caso, a missão de proteção tem como conteúdo limitar a fonte específica de risco e, apenas secundariamente, deriva a garantia dos bens jurídicos ameaçados (KAUFMANN, 2006, p 290).

A classificação bipartida da posição de garante apresentada por Kaufmann com base em um critério material de fundamentação do dever, também não está isenta a críticas, sobretudo com fulcro no princípio da taxatividade. Ainda que superada a questão da legalidade, outro problema que surge é a falta de definição do dever de garante, que é ponto central da omissão imprópria. Como destaca Pierpaolo Bottini (2018, p. 81), as fontes tradicionais do dever de garantia em Kaufmann carecem de precisão, na verdade o Autor apenas teria exposto as espécies de dever de garante, sem, contudo, indicar seus contornos, remetendo tal definição à casuística.

Diante do apresentado, e conforme já mencionado, a legislação penal brasileira estabelece expressamente os sujeitos aos quais atribui o dever de agir para evitar resultados que possam lesar bens jurídicos alheios. Essa enumeração, presente no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>66</sup>, visa definir os limites dos deveres agir e orientar os

---

<sup>66</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

agentes quanto às suas obrigações específicas, cujo descumprimento pode ensejar a responsabilização penal do indivíduo. Nesse contexto, passa-se a análise do tratamento da posição de garantidor na legislação nacional.

### 5.3.2.1 A posição de garantidor na legislação brasileira

A cláusula geral dos deveres de garantia foi introduzida no Código Penal brasileiro apenas em 1984. A partir de então passou a existir na parte geral da legislação penal pátria uma cláusula de adequação típica, que permite a imputação de resultados típicos à omissão imprópria, mesmo sem a previsão específica da conduta omissiva na parte especial.

Nesse sentido, influenciado pela escola positivista, o legislador brasileiro adotou a técnica de formalmente prever as fontes da posição de garantidor por meio de uma cláusula geral na parte geral da legislação penal. Essa abordagem está presente no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>67</sup>, cujas alíneas estabelecem os critérios para identificação dos detentores do dever de agir para evitar o resultado, conhecidos como garantidores.

Os garantidores, segundo a legislação penal pátria, são aqueles que: possuem a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; que assumiram a responsabilidade de impedir o resultado; ou que, por meio de seu comportamento anterior, criaram o risco de ocorrência do resultado (ingerência), conforme estabelecido no Código Penal:

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

[...]

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

---

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

<sup>67</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

A cláusula geral destacada aponta as situações em que se configuram os deveres de agir, cuja inobservância permite a imputação do resultado típico ao sujeito que se omite. Esses deveres podem estar associados a riscos externos (alíneas *a* e *b*), cujo desdobramento em resultado é imputado ao sujeito omissivo devido a um compromisso de evitação previsto em lei ou assumido pelo sujeito. Alternativamente, esses deveres podem estar relacionados a riscos criados pelo próprio garante (alínea *c*), nas hipóteses de ingerência (BOTTINI, 2018, p. 128).

Quanto às situações em que o dever de garantia está vinculado a riscos externos, alheios, é possível afirmar que a norma que imputa a responsabilidade ao garantidor é constitutiva. A ausência da cláusula geral tornaria impraticável a imputação dos resultados típicos à conduta omissiva, uma vez que os tipos penais comissivos não incluem na conduta típica a omissão em face de riscos externos ao âmbito de organização do omitente (BOTTINI, 2018, p. 129).

Já em relação às hipóteses de risco criado pelo próprio agente, considera-se que a norma que imputa a responsabilidade ao garantidor é declarativa, já que poder-se-ia considerar que a omissão estaria implícita na própria redação dos tipos penais (BOTTINI, 2018, p. 130).

Considerando-se que o princípio da legalidade se destaca como fator de fundamentação e delimitação da intervenção punitiva, o primeiro fundamento da posição especial de garantidor apontado na legislação brasileira, é a própria lei.

A posição de garante, desta hipótese portanto, deriva de um preceito legal, seja penal ou extrapenal. A legislação, entretanto, não cria qualquer dever dos agentes em relação aos bens jurídicos, como esclarece Juarez Tavares (2018, p. 320), impõe unicamente obrigações de cuidado, proteção ou vigilância, em relação a bens jurídicos determinados:

Observe-se que não é qualquer dever que será imposto pela lei, senão unicamente a obrigação de *cuidado*, *proteção* ou *vigilância*. A obrigação de *cuidado* compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de *proteção* se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal; à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de *vigilância* diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio.

A doutrina sublinha, entretanto, que a previsão legal da posição de garante não deve ser suficiente para impor ao sujeito um dever de agir, uma vez que o enunciado legal é um critério relativo que necessita de depuração (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 472). Nesse sentido, a imposição legal vem para suprir a ausência de tipos específicos, mas apenas subsiste se verificada uma relação fática do sujeito para com o bem jurídico, que justifique o dever de cuidado, proteção ou vigilância.

Prosseguindo, a segunda base legalmente prevista para a posição de garante no contexto nacional, é a assunção fática da responsabilidade. Essa fonte decorre da concepção do contrato como instrumento suficiente para estabelecer deveres de evitação de resultados lesivos a bens jurídicos alheios. Anteriormente, o embasamento da assunção de deveres de garante estava restrito a base contratual, mas admite-se hoje certa flexibilidade. Nesse contexto, o dever pode surgir de diversas maneiras, como pelo exercício profissional ou de cargo público, existência de promessas e decisões unilaterais.

Nesse sentido destaca Sheila Bierrenbach (2002, p. 79):

A tradicional fonte formal da posição de garantia fundada nas relações contratuais vem merecendo algumas correções através de critérios materiais.

[...]

Trata-se da denominada assunção voluntária de custódia, com ou sem contrato, como fonte da posição de garantia.

[...]

Importante ressaltar que, se por um lado, é desnecessário um contrato formal para fazer nascer a posição de garantia com os deveres a ela inerentes, por outro, é imprescindível que o garante assuma, efetivamente, a referida custódia para que possa responder pela omissão.

Assim sendo, a assunção voluntária da posição de garantidor, prescinde a formalidade contratual, uma vez que o próprio Código Penal não restringiu a origem do dever às obrigações puramente contratuais e expressamente designou como garantidor todo aquele que “de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado” (BRASIL, 1940). Em conclusão, o verdadeiro substrato do dever de garantidor na assunção fática da responsabilidade, está na aceitação voluntária do dever de evitar um resultado lesivo ao bem jurídico alheio.

Por fim, o terceiro fundamento da posição de garante previsto no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>68</sup>, é o atuar precedente, ou ingerência, que é definida por Sheila Bierrenbach (2002, p. 80):

Trata a alínea c, ora examinada, do atuar precedente ou da *ingerência*, segundo a qual aquele que, com sua conduta anterior, cria a situação de risco para o bem jurídico de terceiro está obrigado a agir, evitando que o perigo se converta em dano, sob pena de, omitindo-se, responder pelo resultado típico, como se o tivesse causado por via comissiva.

A ingerência foi criada no início do século XIX com o propósito de incluir na legislação penal as hipóteses de omissões merecedoras de pena cuja posição de garante não estivesse prevista em lei ou contrato. Contudo, tal fundamentação da posição de garante está envolta de questões controvertidas, entre elas a necessidade de fixação dos requisitos do atuar prévio para que este transforme o indivíduo em garantidor.

A discussão em torno dos critérios delimitadores da posição de garante na ingerência, faz com que essa seja vista como ponto frágil do ordenamento jurídico, que viabilizaria a expansão da intervenção punitiva uma vez que enfraqueceria a segurança jurídica. Para correção desse problema, Sheila Bierrenbach (2002, p. 84) sugere que se faça uma interpretação da legislação que leve em consideração não apenas o aspecto formal, interpretação gramatical, mas também algumas orientações não estabelecidas legalmente.

Assim sendo, a primeira orientação imporia observar que a conduta precedente apenas gera a posição de garante quando for objetivamente antijurídica, ou seja, o indivíduo que age dentro de um risco permitido não pode ser considerado garante por seu comportamento anterior. Ademais, deve-se avaliar se o risco criado pelo sujeito é idôneo para a produção do resultado típico, e, por fim, se a conduta prévia que coloca o sujeito na posição de garantidor é causa da situação típica (BIERRENBACH, 2002, p. 84 – 85).

---

<sup>68</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;  
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;  
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

Independentemente das críticas, a ingerência consta formalmente na legislação nacional como fonte do dever de garantidor, e pode-se apontar como seu fundamento o poder de controle do sujeito sobre os fundamentos do resultado. Nos casos de ingerência “o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e detém o poder de evitar que as forças causais se exauram no resultado lesivo ao bem jurídico” (TAVARES, 2018, p. 333), e por isso surge a posição de garantia.

Em síntese, em consonância com a exigência do princípio da legalidade e considerando a necessidade de proporcionar segurança jurídica, a legislação brasileira adotou um critério legal para definir a posição de garantidor. Esse critério visa a delimitar o grupo de possíveis sujeitos ativos dos delitos comissivos por omissão. Dessa maneira, a tipicidade do comportamento está vinculada à identificação de uma situação típica de perigo para o bem jurídico, a qual aciona o dever de agir imposto aos agentes expressamente indicados nas três hipóteses previstas pela legislação.

### ***5.3.3 Omissão da conduta determinada e exigida, apesar da capacidade de realizá-la***

Dada a situação de perigo típico para um bem jurídico, pode-se falar em omissão penal desde o momento em que o sujeito se comporta de forma distinta à tipicamente indicada como prestação positiva para a salvaguarda do bem jurídico. Assim, ao identificar a situação típica que desencadeia a obrigação de agir, somada à ocupação do sujeito de uma posição de garantidor, torna-se imperativo examinar se ocorreu a omissão da conduta específica exigida para evitar o resultado (conduta devida), ainda que o agente possuísse a capacidade para realizá-la.

De antemão cumpre rememorar que a omissão nos delitos omissivos impróprios é transitiva, ou seja, não se trata de omitir qualquer conduta, mas sim uma conduta específica. Nesse contexto, Von Liszt é apontado como o primeiro doutrinador a identificar que a omissão consiste em um “não fazer algo”, ou seja, que possui um caráter transitivo, o que hoje tornou-se unanimidade na doutrina (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 28). Esse “algo” que se deixa de fazer no comportamento omissivo, no que diz respeito à omissão imprópria, é uma ação que se exige de um indivíduo específico,

uma ação que lhe é devida, ou, para o finalismo, uma ação final, conforme leciona Silva Sánchez (2021, p. 30, tradução nossa<sup>69</sup>):

Como se destacou no início, a transitividade implica em conceber a omissão como não fazer algo, sendo esse algo uma ação. O caráter atribuído a essa ação depende das diversas teorias acerca do conceito: assim, por exemplo, os finalistas exigirão que se trate de uma ação final, não omitindo-se, portanto, puros processos causais não conduzidos. Independentemente deste ponto, a exigência de que o omitido seja uma ação (externa) significa que a não realização de atos internos (de autocontrole, por exemplo) não dão lugar a uma omissão.

A ação esperada, cuja ausência resulta na configuração de uma omissão típica, refere-se à prestação positiva que, vista de uma perspectiva *ex ante*, é considerada objetivamente apropriada e, mais ainda, indispensável para evitar os danos ao bem jurídico. Nesse sentido, afirma Marta Felino Rodrigues (2000, p. 39):

Em presença de uma situação de perigo, semelhante àquela que acaba de ser delineada a leves traços, nasce o dever de agir, de realizar a conduta tendente a evitar o evento lesivo. E, conseqüentemente, haverá uma omissão penal a partir do momento em que o sujeito omite ação que, segundo uma perspectiva *ex ante*, é apta a evitar o resultado típico – “omissão da ação contra-causal. Só poderão ser exigidas condutas adequadas *ex ante*, não se podendo prescrever a ação que *ex post* se revelará adequada por ser desconhecida e, logicamente, inexecutável.

O juízo de valor negativo que constitui o delito omissivo impróprio depende da constatação da diferença entre o agir esperado e a conduta real do indivíduo que não cumpre a expectativa jurídica. Contudo, para que a tipicidade da omissão seja verificada, não basta apenas a omissão da ação esperada; é necessário, também, que quando essa omissão ocorreu, o cumprimento da ação devida fosse possível ao agente. Em outras palavras, a caracterização da omissão como típica requer não apenas a ausência da ação esperada, mas também a viabilidade, no momento específico, da realização dessa ação necessária.

Nessa lógica, destaca Sheila Bierrenbach (2002, p. 93) que no âmbito dos delitos omissivos impróprios, o poder de agir constitui pressuposto do dever de agir.

---

<sup>69</sup> Como al inicio se puso de manifiesto, la *transitividad* implica concebir la omisión como no hacer algo, siendo ese algo una acción. El carácter asignado a esa acción depende de las diversas teorías acerca del concepto: así, por ejemplo. Los finalistas exigirán que se trate de una acción final, no omitiéndose, por tanto, puros procesos causales no conducidos. Independentemente de esto último, la exigencia de que lo omitido sea una acción (externa) significa que la no-realización de actos internos (de autocontrol, por ejemplo) no da lugar a una omisión (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 30).

Assim, o dever de agir que deflui das posições de garantia estabelecidas no Código Penal não prescinde da possibilidade real de atuar do garante.

Nas situações em que o dever concreto de agir do garantidor está regulamentado, ou seja, nos casos em que há uma delimitação por lei, contrato ou outro instrumento com força normativa reconhecida, dos contornos do que é juridicamente exigível do garantidor, da ação esperada, há uma maior clareza sobre a possibilidade jurídica de agir. O que não ocorre em âmbitos não regulados, em que se pode dizer que o garantidor, para evitar o resultado, deve fazer tudo o que estiver dentro da sua capacidade de ação (ESTELLITA, 2017, p. 247).

Além das regulamentações específicas, o dever de agir pode também ser delimitado pela referência ao tipo penal concreto usado para o juízo de subsunção da conduta na omissão imprópria, já que a norma de extensão prevista no artigo 13, §2º do Código Penal, não fundamenta sozinha a punibilidade desse comportamento.

Não obstante, uma vez que se compreende a omissão como ausência de uma ação determinada e juridicamente esperada do garantidor, esta deve ser individualizada por meio de um processo de complementação e concretização, que faz com que se observe a possibilidade jurídica de agir, mas, além disso, também a capacidade físico-real concreta de o fazer (ESTELLITA, 2017, p. 253). Esta capacidade de agir delimita o círculo externo dos sujeitos das realizações típicas omissivas.

Assim esclarece a doutrina:

Tem-se, portanto, por omissão relevante o comportamento contrário a uma *expectativa* de conduta positiva e por *omissão penalmente relevante* a conduta de omitir um ato exigido por uma *norma mandamental* respaldada em *lei criminal* e voltada à proteção ou ao salvamento de bem jurídico com dignidade penal. Porém, isso não basta. Como já indicado, a *omissão* – justamente por ser um comportamento esperado – é ligada à ideia de *capacidade de ação*, uma vez que o impossível não é esperado. Não há *omissão* sem *capacidade de agir conforme a expectativa* (BOTTINI, 2018, p. 42).

A capacidade de ação deve ser entendida, como esclarece Armin Kaufmann (2006, p. 30), como a possibilidade de em circunstâncias e momento determinado, levar a cabo uma ação concreta, precisamente a ação juridicamente exigida. Nesse sentido, a possibilidade real de agir conforme o esperado é um pressuposto ontológico da expectativa normativa, uma vez que tal expectativa supõe a capacidade do

destinatário de cumpri-la, já que não se pode esperar comportamentos impossíveis (ESTELLITA, 2017, p. 42)<sup>70</sup>.

No que diz respeito à análise da capacidade de agir, há dois enfoques possíveis. Poder-se-ia averiguá-la a partir de um critério geral, levando-se em consideração o homem médio<sup>71</sup>, ou, alternativamente, com base em um critério individual de possibilidade. Diante da primeira perspectiva, se ao homem médio fosse possível realizar a ação, concretamente o sujeito que não a realizasse estaria se omitindo de forma penalmente relevante.

Enquanto esse primeiro posicionamento é rechaçado pelos doutrinadores, o segundo, que adota um ponto de vista particular, tem abundante defesa doutrinária. Como destaca Silva Sánchez (2021, p. 33), entre seus defensores pode-se citar Jescheck, Maihofer e Rudolphi. Esta análise sobre a capacidade de evitar o resultado, segundo critério individual, pode ser dividida em dois elementos: a capacidade física de agir conforme o esperado (possibilidade físico-objetiva); a capacidade de agir final (possibilidade subjetiva).

A possibilidade físico-objetiva, ou capacidade física de ação deve ser identificada a partir de características concretas do omitente, uma vez que a expectativa se dirige àquele indivíduo que é obrigado a agir em determinado momento. Trata-se da análise não apenas das faculdades físicas e habilidades de uma pessoa para impedir o resultado lesivo, mas incluem-se também dados externos sem os quais uma determinada ação não pode ser realizada, como a existência de um objeto sobre o qual a ação deve recair, assim como a disponibilidade dos meios necessários para a concretização do comportamento exigido (KAUFMANN, 2006, p. 55).

Além da capacidade física para agir de acordo com o comportamento normativamente esperado, deve o omitente conhecer, ou ter a capacidade de

---

<sup>70</sup> Silva Sánchez (2021, p. 32) destaca que, na atualidade, provavelmente apenas Baumann rejeita a consideração da possibilidade ou impossibilidade da ação exigida como elemento que compõe o conceito de omissão, passando a análise para o plano da justificação.

<sup>71</sup> O termo “homem médio” no contexto do Direito Penal refere-se a uma construção teórica utilizada para determinar o padrão de comportamento esperado de um indivíduo leigo. A ideia por trás dessa construção é estabelecer um referencial para avaliar se o comportamento de indivíduos reais viola um padrão aceitável. Contudo, a adoção desse padrão de comportamento abstrato ignora a complexidade das decisões e ações humanas em uma sociedade marcada por diversidade cultural e social, criando padrões em um contexto extremamente desigual. Conforme critica Sebastian Mello (2021, p. 154), o critério do homem médio faz com que a interpretação e aplicação do Direito dependam da visão pessoal de mundo do intérprete, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

conhecer, o contexto factual no qual a norma lhe exige a ação. Deve também o agente ter a possibilidade de agir de acordo com a norma, salvando o bem jurídico, ou controlando o perigo existente.

Na perspectiva finalista, a ação é uma operação conscientemente orientada a partir do fim, portanto, a capacidade de ação pressupõe a concepção de uma finalidade para a qual o curso da ação se direciona. No contexto das omissões, que são comportamentos nos quais o agente deixa de realizar uma ação que era possível, a finalidade é potencial. Isso significa que é uma decisão subjetiva do indivíduo de não concretizar sua capacidade de ação quando poderia tê-lo feito. Ao fazer isso, o agente, compreendendo e controlando os fatores externos, busca alcançar um resultado específico.

A partir desse pressuposto finalista, a capacidade de agir final se assenta inicialmente em uma base cognitiva, consubstanciada no conhecer, ou ter como possível, a ocorrência de uma situação que deva intervir e a finalidade a ser atingida. Em seguida, soma-se a esse conhecimento a eleição dos meios necessários para atingir o objetivo conhecido. Nesse sentido Kaufmann (2006, p. 62, tradução nossa<sup>72</sup>):

Uma vez percebido o objetivo como uma possível direção da ação, surge a questão do caminho possível para aqueles que estão interessados em atingir o objetivo.

[...]

Assim, na configuração do ato basta que a pessoa, fazendo uso de suas faculdades psíquicas, calcule antecipadamente o curso da ação. O que é possível quando o sujeito possui o necessário saber causal e, servindo-se desse conhecimento, pode perceber, ter em mente e supradeterminar os reais fatores decisivos através da correta eleição dos meios.

No âmbito da legislação penal pátria, o cerne do artigo 13, §2º do Código Penal<sup>73</sup> é a exigência de que a omissão, para ser penalmente relevante, deve ocorrer

<sup>72</sup> Una vez que se ha percibido el objetivo como posible dirección de la acción, a quien está interesado en alcanzar el objetivo se le plantea por sí sola la cuestión de la vía posible.

(...)

Así pues, en la configuración del acto basta que la persona, haciendo uso de sus facultades psíquicas, pudiera calcular por anticipado el curso de la acción. Lo cual le es posible cuando posee el necesario saber causal y, sirviéndose de él, puede advertir, tener presentes y supradeterminar los factores reales decisivos a través de la correcta elección de los medios (KAUFMANN, 2006, p. 62).

<sup>73</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (BRASIL, 1940).

em um contexto em que o agente tinha a capacidade e possibilidade de agir para evitação do resultado.

Dessa forma, ao analisar a tipicidade objetiva dos crimes comissivos por omissão, não é suficiente verificar se o agente, diante da situação típica e ocupando uma posição de garantia, descumpriu o dever de realizar uma ação dele esperada para proteger o bem jurídico (comportamento omissivo). A avaliação também requer a análise individual e contextualizada da capacidade jurídica e físico-objetiva do agente em cumprir seu dever, juntamente com a verificação da capacidade de agir final. Essa, por sua vez, implica considerar o conhecimento da situação que requer a intervenção, bem como da finalidade a ser atingida, somada à escolha dos meios necessários para atingir o objetivo previamente conhecido.

#### **5.3.4 Nexo de causalidade**

Após o exame dos requisitos anteriores necessários à verificação da tipicidade objetiva do comportamento omissivo impróprio, devem ser feitas considerações sobre o nexos de causalidade entre a conduta omissiva comissiva por omissão e seu efeito (resultado naturalístico).

Nesse contexto, a principal herança do positivismo à doutrina finalista é a necessidade de vinculação da conduta humana ao problema da causalidade (BRANDÃO, 2019, p. 90). Na legislação brasileira, esta exigência está explícita no artigo 13, *caput* do Código Penal<sup>74</sup>, que determina que o resultado somente pode ser imputado à conduta, ação ou omissão, que tenha lhe dado causa.

A relação de causalidade é pressuposto da responsabilidade penal, e preceitua como requisito indispensável à imputação de uma lesão ao agente, a necessidade que essa esteja conectada ao seu comportamento comissivo ou omissivo. O fato de que condutas humanas gerem consequências que as tornem penalmente relevantes, traz a necessidade de reflexão acerca do liame que vincula cada comportamento à materialização do tipo penal correspondente, assim, busca-se a razão de ocorrência do evento.

---

<sup>74</sup> 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 (BRASIL, 1940).

Ao analisar-se um fato delituoso a partir da tipicidade, não se pode evadir da investigação do nexo de causalidade, que compõe o tipo objetivo. Tal relação causal consiste no vínculo ideal que possibilita a imputação de um resultado à ação ou omissão que tenha contribuído para a sua ocorrência, ou seja, trata-se do elo necessário que une o comportamento ao seu resultado. Sem que exista a referida conexão, não se pode falar em relação de causalidade e, da mesma forma, de imputação penal, conforme explica a doutrina:

Desse modo, a relação de causalidade tem por finalidade atribuir um resultado a alguém, isto é, tem por escopo determinar o autor do resultado, de que depende a existência de um crime. A atribuição do resultado ao seu autor garante a intransmissibilidade da responsabilidade penal e, com isso, faz com que somente aquele que deu causa ao resultado possa ser tido como autor da ação delituosa, sendo uma garantia intransponível do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito (BRANDÃO, 2019, p. 97).

Nessa senda, a causalidade possui um papel de garantia no Direito Penal, funciona como proteção do cidadão frente ao poder punitivo estatal ao estabelecer que somente o agente que tenha contribuído para a ocorrência do resultado, poderá ser por esse responsabilizado criminalmente. Acerca da função de garantia do nexo de causalidade expõe Ronan Rocha (2017, p. 27):

Essa função da causalidade de fundamentar a imputação do resultado (e, com isso, limitar o poder punitivo estatal) permanece até o presente momento, pois somente é possível cogitar de responsabilidade penal nos crimes materiais caso o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal tenha sido causado pelo agente, isto é, caso ele tenha concorrido para o dano de forma causalmente relevante.

Na omissão imprópria, admitir a imputação de uma lesão ao bem jurídico ao agente pelo simples fato de ocupar uma posição de garantia seria, além de violação ao disposto na legislação, também uma afronta às garantias penais do cidadão perante o Estado. Conforme leciona Ronan Rocha (2017, p. 184) “não é correto sustentar que o dever de agir (posição de garantidor) substitui a relação de causalidade ou de imputação”, principalmente em relação aos casos em que, a despeito da certeza do dever de agir, é incerta a capacidade de evitação do resultado pela ação exigida pela lei.

Sobre a hipotética inexistência de vínculo causal na omissão, esclarece Luiz Greco (2018, p. 20 – 21):

É comum ler em nossa doutrina que, na omissão, inexistiria umnexo causal entre comportamento e resultado, de modo que seria necessário recorrer a umnexo “jurídico”, o qual seria dado pelo dever de agir do art. 13, §2º, do CP. Essa afirmativa é, contudo, duplamente errônea. Primeiramente porque o dever de agir do mencionado dispositivo diz respeito ao desvalor do comportamento, enquanto o problema do nexo entre omissão de resultado diz respeito ao desvalor do resultado. O desvalor do comportamento concerne ao caráter proibido ou permitido de uma determinada forma de agir; o desvalor do resultado, por sua vez, diz respeito às consequências do comportamento considerado proibido.

Predomina o entendimento<sup>75</sup> de que não há relação causal naturalística entre conduta omissiva e resultado típico, concepção que possui como premissa a compreensão de que causa é tudo aquilo que possa produzir efeito no mundo dos fatos. Assim, não sendo a omissão uma força capaz de gerar impacto na realidade fenomênica, não poderia ser considerada uma energia produtora de efeitos (ROCHA, 2017, p. 174). Entre os doutrinadores que rejeitam a causalidade na omissão, pode-se citar C  zar Roberto Bitencourt (2004, p. 481), que defende

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual    um mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obriga  o de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não interv  m, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal. Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu    equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão imprópria não há o nexos de causalidade, há o nexos de “não impedimento”. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela causa  o. E esse não impedimento    erigido pelo Direito    condi  o de causa, isto   , como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputa  o objetiva do fato.

Ocorre que, como expõe Marcelo Ruivo (2023, p. 209 – 210), tal posicionamento se fundamenta em um equívoco, no “apego ao paradigma do mecanicismo-naturalista do conceito essencialista-ativo de causa”, que reduz a “percep  o ontológica da realidade, restrita aos fen  menos naturais das forças mecânicas e das energias materialmente apreensíveis”.

As leis causais são frequentemente descritas sob o parâmetro da a  o positiva, o que leva    falsa percep  o de que as condi  oes negativas que concorrem para o evento, deveriam ser transpostas como positivas para estarem aptas a figurar na

---

<sup>75</sup> Nesse sentido: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradu  o de Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 76.

relação causal. Contudo, pode-se dizer que essa percepção está incompleta, pois “a descrição da lei causal trata da causação do resultado pela confluência de elementos positivos (força mecânica em prol do resultado) e elementos negativos (ausência de impedimento da força)” (RUIVO, 2023 p. 216), conforme esclarece Marcelo Ruivo (2023, p. 217):

Ao fim, o problema da negação da causalidade omissiva está na compreensão parcial da realidade. O reconhecimento integral da causalidade supera a aparência da causação do resultado exclusivamente por elementos positivos, percebendo a contribuição positiva da força e negativa da não intervenção no curso da força como essenciais para o resultado.

Sob essa perspectiva, considerando que a omissão possui uma realidade ontológica assim como a ação, pode-se compreender que a causalidade na omissão não é dada normativamente, mas valorada pelo Direito, isso porque também possui existência pré-jurídica. A seleção de determinados componentes do curso causal como juridicamente relevantes, não altera a realidade, mas apenas seleciona condutas às quais serão atribuídas um desvalor. Como destaca Marcelo Ruivo (2023, p. 218), “os conceitos da teoria penal são normativos, mas não devem ser apenas constituídos normativamente pelo direito, sem reconhecer a realidade previamente existente”.

Corroborando o entendimento apresentado, Zaffaroni (1981, p. 455) argumenta que a causalidade, entendida como realidade no mundo físico se apresenta em qualquer conduta humana. Contudo essa causalidade não é relevante para o Direito, que deve se ocupar da relevância típica da causalidade. Assim o problema jurídico não é saber como se dá a causalidade no mundo físico, o que é objeto de estudo das ciências naturais, e sim qual a relevância tem essa causalidade no plano valorativo.

Nesse contexto, uma vez estabelecida a natureza do nexa causal na omissão, e dada sua relevância jurídica pelo artigo 13, *caput* do Código Penal<sup>76</sup>, o estudo do método de verificação da causalidade é necessário. Uma vez que apenas se admite a imputação do resultado às condutas, ativas ou omissivas, que lhe derem causa, deve-se estabelecer uma metodologia de verificação das causas de um evento.

---

<sup>76</sup> 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 (BRASIL, 1940).

Por conseguinte, a teoria das condições, conforme destaca Welzel (1976, p. 66), parte acertadamente do conceito causal ontológico e estabelece uma fórmula para comprovação das relações causais. Tal metodologia foi adotada na legislação brasileira no artigo 13, *caput* do Código Penal<sup>77</sup> tanto para as ações como para as omissões.

A fórmula da *conditio sine qua non* tem origem na compreensão da causalidade da teoria da condição formulada por Julius Glaser em 1858 (RUIVO, 2023, p. 329). No âmbito dos delitos comissivos, o intérprete deve, aplicando o juízo de eliminação hipotética, mentalmente suprimir a conduta para verificar a manutenção ou desaparecimento do resultado, e com isso determinar se o comportamento foi, ou não, causa do evento. A conduta ativa será causa quando o resultado concreto não teria ocorrido sem a sua existência.

O problema apontado em relação às omissões é a falta de apoio naturalístico para apuração da relação causal com base no método mencionado, e daí a discussão em torno do critério a ser utilizado para verificação do nexos de causalidade entre omissão e resultado. Nessa direção, a fórmula da *conditio sine qua non* pode igualmente ser aplicada às condutas omissivas, inclusive à omissão imprópria, basta que se supere a visão limitada que compreende causa apenas como força positiva. Nesse sentido defende a doutrina:

Há entendimentos que os crimes omissivos impróprios exigiriam a adaptação, “reformulação”, modificação ou “inversão” da fórmula a *conditio sine qua non*. A verdade é que a fórmula não carece de alterações, conforme já apresentado, sendo necessária apenas a superação dos limites compreensivos do paradigma mecânico-essencialista de conduta criminal e do conceito de causa vigente no momento de elaboração da doutrina da equivalência das condições.

O sentido e a utilidade atuais do teste da *conditio sine qua non* superam o entendimento original de condição como força. A compreensão atual dos fenômenos causais reconhece que as condições dos resultados não se limitam apenas ao desempenho de ações de força (RUIVO, 2023, p. 355).

O processo de verificação causal dos crimes omissivos impróprios se desdobra em duas fases consecutivas. Inicialmente, assim como nos delitos comissivos, procede-se à exclusão mental de eventual ação anterior existente, buscando determinar se esta foi uma condição essencial para a ocorrência da lesão ao bem

---

<sup>77</sup>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 (BRASIL, 1940).

jurídico. Num segundo momento, específico para os crimes omissivos, realiza-se a inclusão mental da ação devida, com a finalidade de avaliar se a intervenção não realizada seria suficiente para evitar o resultado concreto. Nesse contexto, para evitar o regresso ao infinito, deve-se exigir do agente no momento da conduta o prévio conhecimento das leis causais (RUIVO, 2023, p. 356).

A segunda fase apresentada é denominada por Zaffaroni (1981, p. 456) de nexo de evitação. Embora o Autor negue a existência de uma causação na omissão (identificada apenas nos crimes comissivos), essa é substituída por um nexo de evitação, sendo ambas regidas pelas mesmas leis da causalidade. Assim, o nexo de evitação funciona na tipicidade omissiva como o equivalente típico do nexo de causação presente na tipicidade comissiva, conforme explica:

Consequentemente, na estrutura típica omissiva com resultado material não é exigida a causação. Na verdade, o nexo de causação é exatamente o que falta na estrutura típica omissiva, que é substituído pelo nexo de evitação, contudo ambos de baseiam na causalidade: um se determina comprovando que com a hipotética supressão da conduta proibida desaparece o resultado (causação), enquanto o outro se determina comprovando que com a hipotética inclusão da conduta devida, desaparece o resultado (evitação).

[...]

Creemos que podemos falar de causalidade sem aditamentos na estrutura típica omissiva, apenas deve-se levar e conta que a relevância típica da causalidade se opera na estrutura típica omissiva por meio do juízo de evitação e não pela causação – que não pode existir – sendo que as mesmas e únicas leis da causalidade as que indicam quando se dá o nexo de evitação, do mesmo modo que, fazendo uso das mesmas, estabelecemos a presença do nexo de causação na estrutura típica ativa (ZAFFARONI, 1981, p. 456 – 457, tradução nossa<sup>78</sup>).

Na verificação causal dos crimes omissivos destaca-se uma peculiaridade. Ao contrário dos crimes comissivos, nos quais é necessária a certeza de que o resultado não teria ocorrido sem a realização da ação, nos delitos omissivos, a exigência é de uma probabilidade próxima à certeza para comprovar a causalidade do resultado.

---

<sup>78</sup> Consecuentemente, en la estructura típica omisiva con resultado material no es exigida la causación. La verdad es que lo que falta en la estructura típica omisiva es el nexo de causación, que es reemplazado por el nexo de evitación, pero ambos se basan en la causalidad: uno se determina comprobando que con la hipotética supresión de la conducta prohibida desaparece el resultado (causación), en tanto que el otro se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta devida, desaparece el resultado (evitación).

[...]

Creemos que bien puede hablarse de causalidad sin aditamentos en la estructura típica omisiva, sólo teniendo en cuenta que la relevancia típica de la misma se opera en la estructura típica omisiva por medio de juicio de evitación y no por el de causación – que no puede existir – siendo las mismas y únicas leyes de la causalidad las que indican cuando se da el nexo de evitación, del mismo modo que, haciendo uso de las mismas, establecemos la presencia del nexo de causación en la estructura típica activa (ZAFFARONI, 1981, p. 456 – 457).

Tal ocorre em razão dos limites da metodologia da *conditio sine qua non* para verificação da causalidade omissiva. A admissão de um grau mínimo de incerteza decorre do fato de a verificação da causalidade omissiva depender da afirmação, baseada em um raciocínio hipotético, de que a ação devida e possível ao indivíduo, teria afastado o perigo e salvaguardado o bem jurídico, como expõe Marcelo Ruivo (2023, p. 359):

A necessidade do raciocínio duplamente hipotético e a incerteza da efetiva proteção do bem jurídico com a conduta disponível ao imputado impede a obtenção do juízo de certeza probatória. É por isso que a comprovação da causalidade deve alcançar o patamar de alta probabilidade próxima à certeza ou de coeficiente numérico próximo de 100%, conforme a jurisprudência e a ciência penal na Alemanha, Áustria, Itália, Portugal e Brasil.

Nesse sentido, o método de verificação causal da conduta omissiva se alinha ao da conduta comissiva, conferindo unidade e harmonia ao sistema jurídico. Ambos os procedimentos incorporam etapas de raciocínio hipotético, sendo que, enquanto nas ações há apenas uma fase de análise, nas omissões a verificação é duplamente hipotética. Essa análise abrange a avaliação inicial da contribuição causal de um curso ativo para o resultado, seguida pela verificação da eficácia do impedimento desse curso para preservação do bem jurídico, com probabilidade próxima da certeza.

Em resumo, a relevância típica da omissão imprópria está sujeita à incontornável análise da causalidade, que confere legitimidade à imputação da responsabilidade penal, na medida que garante que o indivíduo seja responsabilizado apenas por resultados decorrentes de sua conduta. Nesse contexto, o comportamento comissivo por omissão será causa quando, incluindo-se hipoteticamente a ação devida no curso causal, verifica-se que o resultado desapareceria com uma probabilidade próxima da certeza.

### **5.3.5 Tipicidade subjetiva: princípio da culpabilidade**

Após a análise dos elementos que constituem a tipicidade objetiva na omissão imprópria – a saber: a configuração de uma situação típica, a verificação da omissão da conduta devida, apesar da capacidade de realizá-la, e a identificação do nexo de causalidade –, a atenção se volta para o estudo da tipicidade subjetiva no contexto específico dos crimes comissivos por omissão.

Primeiramente, esclarece-se que o termo culpabilidade, correspondente ao alemão *Schuld*, possui várias acepções no Direito Penal, nesse sentido explica Ferrajoli (1995, p. 489 – 490, tradução nossa<sup>79</sup>):

Sem adentrarmos na discussão das inúmeras opiniões e construções sobre a matéria, me parece que essa noção – que corresponde ao alemão *Schuld* e em anglo-saxão *mens rea* - pode decompor-se em três elementos, que constituem outras tantas condições subjetivas de responsabilidade no modelo penal garantista: a) a personalidade ou propriedade da ação, que designa a suscetibilidade da atribuição material do crime à pessoa de seu autor, ou seja, a relação causal que liga reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito; b) a imputabilidade ou capacidade penal, que designa uma condição psico-física do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer; c) a intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito, que designa a consciência e vontade do delito em concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de dolo ou de culpa, de acordo com a intenção que se refere à ação ou ao resultado, ou somente a ação e não ao resultado, não desejado nem previsto ainda que previsível.

Sobre essa ampla utilização do vocábulo, Henrique Viana Pereira (2014, p. 116) destaca a possibilidade do termo, portanto, ser usado não apenas para corresponder ao terceiro componente do conceito analítico de crime, mas também como elemento para quantificação da pena e como vedação à responsabilidade penal objetiva, esse último correspondente ao princípio da culpabilidade.

Para a presente análise levar-se-á em consideração a acepção do termo em seu sentido estrito, conforme conceito de Ferrajoli, entendida, portanto, como a consciência e vontade do delito em concreto, que pode assumir a forma de dolo ou de culpa.

A formulação do tipo penal é constituída tanto por elementos objetivos, quanto por elementos subjetivos. Aqueles dizem respeito às características do crime que possam ser concretizadas no mundo exterior, se referem, portanto, ao âmbito externo da conduta. Já os elementos subjetivos pertencem à análise da conduta interna do indivíduo, de seu conteúdo psicológico, ou seja, da intencionalidade do agente.

---

<sup>79</sup> Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción – que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea* – puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) la *personalidad* o *suidad* de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la *relación de causalidad* que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito; b) la *imputabilidad* o *capacidad penal*, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer; c) la *intencionalidad* o *culpabilidad en sentido estricto*, que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible. (FERRAJOLI, 1995, p. 489 – 490).

A partir do finalismo, a análise dos elementos subjetivos do tipo penal consiste no enquadramento da intenção do autor nos moldes do dolo ou da culpa, já que referida escola penal deslocou esses itens da culpabilidade para a conduta típica (BRANDÃO, 2019, p. 128). Essa mudança na teoria do crime, que pode ser considerada uma conquista moderna, implicou a inclusão do elemento subjetivo ou psicológico na tipicidade, impedindo a valoração negativa de uma conduta se essa não for fruto de uma decisão tomada por uma pessoa capaz de compreender e querer (FERRAJOLI, 1995, p. 487).

A teoria finalista parte da constatação de que não se pode formular o conceito de ação com base na lei da causalidade, isto é, como um mero movimento corpóreo voluntário. Hans Welzel, o criador desta teoria, ao partir de um conceito de ação diferente daquele formulado pelos seus antecessores, conferiu um novo contorno ao Direito Penal. Para ele, toda ação é uma atividade dirigida finalisticamente pelo homem, isto é, toda ação dirigida a um fim.

Isso se dá porque a causalidade é restrita aos fenômenos que não são dominados ou domináveis pela vontade. A vontade é senhora do acontecimento humano, pois, enquanto o processo causal desenvolve-se a partir de um desenrolar “cego”, a ação humana desenvolve-se a partir de um processo “vidente”. Welzel afirma que o homem, com seu conhecimento oriundo da experiência e da probabilidade, pode antever os possíveis resultados e as possíveis consequências do seu atuar, e, à luz dessa possibilidade, o homem pode dirigir os fatores causais na consecução dos seus fins (BRANDÃO, 2019, p. 66 – 67).

Nas palavras de Welzel (1976, p. 53 – 54, tradução nossa<sup>80</sup>)

A ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, um acontecer “final”, não somente “causal”. A “finalidade” ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, posicionando, portanto, fins diversos ao dirigir sua atividade, conforme eu plano, à consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio pode dirigir os distintos atos de sua atividade de tal modo que oriente o acontecer causal a um fim e assim o determine finalisticamente. [...]

Dado que a finalidade se baseia sobre a capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências da engrenagem da intervenção causal, e por isso é dirigida de acordo com um plano para a consecução do

---

<sup>80</sup> Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. [...]  
Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final (WELZEL, 1976, p. 53 – 54).

fim, é a vontade consciente do fim, que rege o acontecer causal, sendo a coluna vertebral da ação final.

A consolidação da análise subjetiva no âmbito da tipicidade penal limitou a possibilidade de imputação de um resultado a uma conduta. A relação de causalidade deixou de ser a mera ligação mecânica de qualquer comportamento às consequências lesivas ao bem jurídico, em uma análise puramente naturalística, e passou a ser aquela em que se possa identificar também vínculos psicológicos. A partir do momento em que se reconheceu a necessidade de verificação de elementos subjetivos no primeiro elemento do conceito analítico de crime, passou a ser inconcebível a possibilidade de responsabilização penal objetiva, ou seja, sem verificação do dolo ou culpa na conduta praticada pelo sujeito, consagrando-se o princípio da culpabilidade sob o brocado *nulla actio sine culpa*. Nesse sentido a observação de Leonardo Marinho (2004, p. 133 – 134):

Enquanto, no plano civil e administrativo, a ampliação da noção de culpa se mostrou como condição necessária para a solução de determinados casos, mediante a adoção da responsabilidade objetiva, a História do Direito Penal revela que o abandono da responsabilidade puramente objetiva consubstancia-se uma das maiores conquistas da modernidade, porque veio justamente impedir a aplicação da pena com base na extensão do dano causado.

Segundo Luigi Ferrajoli (1995, p. 487), a culpabilidade é o terceiro requisito necessário para que se responda às perguntas sobre quando e por que punir – os primeiros são os princípios da lesividade, destacado em relação à necessidade de um resultado, e o princípio da materialidade – configurando verdadeira condição de justificação da imputação penal em um modelo penal garantista.

Tradicionalmente, o dolo possui dois elementos: a consciência somada à vontade. O primeiro é um componente intelectual que diz respeito à percepção pelo agente dos elementos objetivos do tipo penal, abrangendo também o curso causal de sua conduta e o resultado. O outro elemento é volitivo, e se refere ao desejo de praticar o evento conforme representado mentalmente (BRANDÃO, 2019, p. 134).

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 18, inciso I<sup>81</sup>, apresenta duas modalidades de dolo. A primeira, chamada de dolo direto, se configura quando o agente deseja o resultado, podendo se subdividir em dolo direto de primeiro e segundo

---

<sup>81</sup> Art. 18 – Diz-se crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (BRASIL, 1940).

grau. Ambas as espécies integram a fase de formação da vontade do agente que diretamente se dirige para a realização de um fim, nesse sentido, o dolo direto de primeiro grau é justamente o desejo de concretizar o resultado através da prática da conduta descrita no tipo penal; já o dolo direto de segundo grau se configura no aceite das consequências inevitáveis e necessárias para que o agente conquise o fim almejado (BRANDÃO, 2008, p. 159).

A segunda modalidade prevista no diploma normativo destacado é o dolo eventual, modalidade de dolo indireto que se configura quando o indivíduo assume o risco de produzir o resultado. Nesse caso, não há um direcionamento preciso da conduta no sentido de realização do conteúdo do tipo penal, mas o agente, representando mentalmente a possibilidade de ocorrência da consequência ilícita, assume o risco de produzi-la (BRANDÃO, 2008, p. 159).

Não há discussão na doutrina acerca da possibilidade de cometimento de delitos dolosos por meio de ações, inclusive a própria definição legal de crime doloso foi inicialmente pensada para os crimes comissivos. Em contrapartida, quando a análise é transferida para os injustos omissivos, manifestam-se posicionamentos diversos sobre a compatibilização do conceito tradicional de dolo e a conduta omissiva.

Armin Kaufmann (2006, p. 315) assinala que não se pode afirmar a existência de dolo propriamente dito nos crimes omissivos, sobretudo nos crimes omissivos impróprios, sendo constatável apenas um “quase-dolo”. O que o Doutrinador denomina de “quase-dolo” seria a exigência de configuração de apenas alguns elementos tradicionais do dolo, notadamente os ligados à consciência, dispensando-se a análise dos componentes referentes à vontade. Nesse sentido, explica:

Tampouco no delito de omissão imprópria cabe falar em “decisão de omitir”, de “vontade de omitir” ou de omissão consciente; pelo contrário, no aspecto subjetivo se requer o conhecimento da situação típica, ou seja, a representação da lesão do bem jurídico que se ameaça produzir, e as circunstâncias configuradoras da posição de garante; basta o conhecimento da via de salvação para admitir um delito omissivo quase-doloso daquele que não intervém em absoluto. Se o garante não se dá conta da possibilidade de salvação que lhe era possível conhecer, mas pelo menos buscou meios de salvação ou adotou um caminho inadequado para essa finalidade, apenas pode restar configurada a imprudência. Não se trata de se o omitente tomou a decisão de se omitir – [...] –, e sim se o garante capaz de agir adotou (e colocou em prática), ou não, uma decisão de atuar para evitar o resultado.

Caso não o tenha feito, se dará uma omissão imprópria quase-dolosa (KAUFMANN, 2006, p. 315, tradução nossa<sup>82</sup>).

A despeito do posicionamento doutrinário destacado, entende-se que, assim como na comissão, também nos crimes omissivos é necessária a comprovação do elemento volitivo, de modo que todos os componentes configuradores do dolo devem ser trasladados à omissão imprópria. A indispensabilidade da análise da vontade está, inclusive, expressamente prevista no Código Penal ao tratar sobre o conceito de delito doloso<sup>83</sup>.

Conforme exposto anteriormente, o dolo possui dois componentes: a consciência somada à vontade. Para configuração do primeiro elemento deve se verificar no caso concreto a percepção pelo agente, além dos elementos do tipo correspondente da parte especial, também dos elementos objetivos do tipo penal normativo. Assim, tanto na ótica do dolo direto, quanto do dolo eventual, do querer retilíneo ou do assumir o risco, a configuração do delito doloso sempre demanda o efetivo conhecimento de todos os elementos objetivos do tipo, do resultado certo ou provável e, também, do curso causal necessário concretização. Isso, aliado à tomada de decisão ante as possibilidades fáticas de atuação.

Na omissão imprópria a consciência, como elemento do dolo, quer dizer: o conhecimento pelo agente das obrigações decorrentes da sua posição e das funções concretamente assumidas (pressupostos de fato da posição de garante); a consciência da situação de risco ao bem jurídico protegido (situação típica); a lucidez acerca do descumprimento de seus deveres por meio da omissão, apesar da capacidade cumpri-los (omissão da conduta devida apesar da capacidade de realizá-la); e, por fim, a compreensão de que o cumprimento do dever legal seria capaz de evitar o resultado (nexo de causalidade).

---

<sup>82</sup> Tampoco en el delito de omisión impropia cabe hablar de <<decisión de omitir>>, de <<voluntad de omitir>> o de omisión consciente; más bien, en el aspecto subjetivo se requiere el conocimiento de la situación típica, es decir, la representación de la lesión del bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de la posición de garante; por lo demás, basta la cognoscibilidad de la vía de salvación para admitir un delito omisivo cuasi-doloso en aquel que no interviene en absoluto. Si el garante no se ha dado cuenta de la posibilidad de salvación que le era cognoscible, pero al menos ha buscado medios de salvación o emprendido una vía de salvación inadecuada, sólo cabe plantearse la imprudencia. No se trata de si el omitente ha tomado una decisión de omitir – (...) –, sino de si el garante capaz de acción ha adoptado (y puesto en práctica), o no, una decisión de actuar para evitar el resultado. De no haberlo hecho, se da una omisión impropia cuasi-dolosa (KAUFMANN, 2006, p. 315).

<sup>83</sup> Art. 18 – Diz-se crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (BRASIL, 1940).

Nos crimes omissivos impróprios, portanto, o dolo significa uma decisão acerca da inação. O sujeito, consciente de que poderia agir para evitar o resultado, e de que sua ação seria necessária e útil para tal salvamento (resultado poderia deixar de ocorrer com probabilidade próxima da certeza), decide, e aqui encontra-se o elemento volitivo do dolo, deliberadamente não agir.

Acerca do dolo eventual, a concepção adotada pelo diploma normativo nacional, e majoritária na doutrina, é a teoria do consentimento, que exige uma aceitação da ocorrência do resultado pelo agente. Nesse sentido Enrique Gimbernat Ordeig (1972, p. 363, tradução nossa<sup>84</sup>):

A teoria – dominante – do consentimento exige, de alguma maneira, a “aprovação”, a “aceitação”; exige, em definitivo, “querer o resultado”. “Como haveria se comportado o autor, se houvesse sabido com segurança que com o resultado prosseguido se produz necessariamente um resultado antijurídico?” Se apesar disso, houvesse atuado ... existe dolo eventual; caso contrário, culpa consciente.

A referida concepção surge em contraposição à teoria da representação, que diante da limitação conceitual do dolo direto provocada pela exigibilidade dos elementos cognitivo e volitivo, optou por eliminar esse último e manter apenas a previsão ou representação mental do resultado como condição subjetiva do tipo penal doloso. Assim, em reação à restrição dos componentes necessários ao dolo, a teoria do consentimento impõe a análise da consciência somada à atitude interna do agente, que nesse caso se configura com o consentimento da possível produção do resultado (BRANDÃO, 2019, p. 133 – 134).

A possibilidade de punição da conduta omissiva imprópria cometida com dolo eventual é tema pouco debatido na doutrina, que se limita ao estudo do dolo direto nesse tipo de delito. Por muito tempo foi assunto preterido, mas tem retornado à tona na atual conjuntura social de expansão do Direito Penal, principalmente em direção à criminalidade econômica, e diante dos debates sobre a responsabilização dos garantidores quando não se consegue comprovar o dolo direto.

O dolo eventual também possui um elemento cognitivo, nesse sentido, exige-se a percepção pelo indivíduo dos elementos objetivos do tipo penal, o que na omissão

---

<sup>84</sup> La teoría – “dominante” – del consentimiento exige, de alguna manera, la “aprobación”, la “aceptación”; exige, en definitiva, “querer” o resultado. “¿Cómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado ... existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente” (GIMBERNAT ORDEIG, 1972, p. 363).

imprópria quer dizer, conforme já exposto o conhecimento pelo agente das obrigações decorrentes da sua posição e das funções concretamente assumidas (pressupostos de fato da posição de garante); a consciência da situação de risco ao bem jurídico protegido (situação típica); a lucidez acerca do descumprimento de seus deveres por meio da omissão, apesar da capacidade cumpri-los (omissão da conduta devida apesar da capacidade de realizá-la); e, por fim, a compreensão de que o cumprimento do dever legal seria capaz de evitar o resultado (nexo de causalidade).

No que tange ao elemento volitivo, por sua vez, entende-se que o dolo eventual não se encontra no âmbito da vontade do agente. Não é possível dizer que o indivíduo que age com dolo eventual desejou o resultado, mas apenas que assumiu o risco de produzi-lo, demonstrando uma postura de indiferença quanto à preservação do bem jurídico (COLEN, 2015, p. 181).

O risco é, portanto, um elemento normativo que compõe a conceituação legal dessa espécie de dolo e corresponde à “potencialização do perigo do bem jurídico penalmente tutelado na essência do tipo penal” (COLEN, 2015, p. 184). Aquele que age com dolo eventual não tem a vontade de produzir o resultado, mas, com a sua indiferença, aumenta a exposição a perigo do bem jurídico, intensificando a situação de perigo que aparece como elemento da tipicidade objetiva na omissão imprópria, como esclarece Guilherme Colen (2015, p. 185):

Como visto, o dolo eventual exige que o agente não adote uma postura de indiferença ante a preservação do bem jurídico, o que significa que ele deve diligenciar para sua conservação. Somente excluirá o dolo eventual, ter o agente ciência da probabilidade da ocorrência do resultado e adotar ele a postura subjetiva que afasta sinceramente o dano pela confiança que dito resultado não ocorra. Assim, quando o agente não diligenciar para conservação do bem jurídico, existirá o desvalor do perigo, considerado em si mesmo como o resultado dogmático prevista pela regra da parte geral do Código Penal brasileiro (art. 18, II, segunda parte), que é um resultado logicamente anterior e que se traduz desvalioso por conta da exigência jurídica da postura de conservação.

O Autor (COLEN, 2015, p. 188) assevera ainda que a partir do momento em que o agente atua com a ciência de que seu comportamento potencializa a situação de perigo ao bem jurídico, e se mesmo assim não adota uma postura de preservação desse valor, demonstra indiferença ante a proteção e com isso estará incurso no dolo eventual.

Ocorre que há doutrinadores, por exemplo Juarez Tavares (2018, p. 394), que não admitem a existência de dolo eventual nos delitos omissivos impróprios. O

Doutrinador compreende que, ao passo que no dolo direto há uma congruência entre o momento intelectual do dolo e o momento volitivo, no dolo eventual há um déficit de congruência desses momentos, de modo que a produção do resultado não aparece para o sujeito como uma consequência necessária do seu comportamento, mas como uma consequência ocasional, que depende de circunstâncias paralelas.

Nesse sentido, considerando que nos delitos omissivos o sujeito deve compreender, no plano intelectual, que com a conduta omitida o resultado será evitado nos limites próximos da certeza, o dolo se torna incompatível com situações em que o resultado depende do acaso, como no dolo eventual. Acrescenta o Doutrinador:

O problema em relação ao dolo eventual, quando ao sujeito seja indiferente a ocorrência do resultado ou quando ele o deixe ao acaso, tem nos delitos omissivos uma outra particularidade. A questão é como compatibilizar essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado (TAVARES, 2018, p. 395).

Admitindo-se, entretanto, a realização de crimes comissivos por omissão por dolo direto ou eventual, se não estiverem presentes os elementos intelectual e volitivo, inexistirá delito omissivo doloso, restando lugar para a configuração culposa, se prevista em lei.

A culpa é um elemento subjetivo excepcional do tipo penal, somente podendo ser cogitada como forma de punição se houver expressa previsão legal. Nesse sentido, o artigo 18, parágrafo único do Código Penal<sup>85</sup> estabelece que nenhum agente será punido por fato legalmente proibido, a menos que o tenha causado dolosamente, reservando a relevância penal do comportamento culposo às hipóteses legalmente previstas. Dado que as condutas omissivas impróprias, em sua maioria, não estão previstas em tipos penais específicos, a relevância penal do comportamento omissivo impróprio culposo depende da existência de previsão legal expressa da modalidade culposa de comportamento no tipo penal imputado ao agente.

A teoria finalista, ao abordar a culpa, destaca a necessidade de analisá-la à luz da estrutura final da ação. Dentro do âmbito da ação culposa, a vontade do agente ainda é direcionada a um fim, contudo, esse fim é considerado juridicamente

---

<sup>85</sup> Art. 18 – Diz-se crime:

[...]

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940).

irrelevante. Por esse motivo, o cerne da reprovação na ação culposa recai sobre os meios escolhidos ou utilizados na busca desse fim, sendo estes caracterizados como imprudentes, negligentes ou imperitos. Nos crimes culposos, assim, a censura recai sobre o autor porque, ao buscar a concretização de um fim penalmente irrelevante, deixou de observar o cuidado exigido (BRANDÃO, 2019, p. 144 – 145):

O Direito exige para a realização das diversas ações da vida social uma determinada diligência ou cuidado. A medida desse cuidado é objetiva, porque está em função da necessidade de proteção aos bens jurídicos e das exigências da vida social. O dever de cuidado não toma por base, portanto, as qualidades pessoais do sujeito, faz-se através de um juízo de comparação: “é cuidadosa aquela conduta que haveria seguido um homem razoável e prudente na situação do autor?” (BRANDÃO, 2019, p. 148).

Neste ponto, a análise do comportamento culposos demanda o exame do padrão de cuidado esperado no contexto em que o incidente ocorreu, e partir desse pressuposto avalia-se se o indivíduo agiu de acordo com as expectativas.

A exigência de que o sujeito atue conforme esperado, no entanto, somente é justificável se a consequência prejudicial ao bem jurídico fosse previsível para ele. A previsibilidade consiste na capacidade do agente, diante das circunstâncias concretas, antecipar como provável a ocorrência de um evento futuro, reconhecendo a existência de uma situação de risco para o bem jurídico. Quando o sujeito possui a capacidade de prever (culpa com previsão), torna-se imperativo que ele adote as precauções adequadas para evitar o resultado indesejado.

A primeira forma de descumprimento do dever objetivo de cuidado que desencadeia a responsabilidade penal culposa é a imprudência, entendida como uma conduta comissiva, portanto uma ação, em que o indivíduo age violando os parâmetros de cautela necessários (*culpa in faciendo* ou *in committendo*) (BITENCOURT, 2004, p. 279).

A negligência, por sua vez, consiste em uma omissão por meio da qual o indivíduo deixa de agir conforme lhe era devido, não observando, através da abstenção, um dever de cuidado (*culpa in omittendo*). É não fazer o que deveria ser feito (BITENCOURT, 2004, p. 279)

Por fim, a imperícia se configura pela falta de capacidade técnica, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos do sujeito que provoca um resultado indesejado por intermédio de ação ou omissão no exercício de uma profissão, arte ou ofício (BITENCOURT, 2004, p. 280).

A violação do dever objetivo de cuidado que acaba por gerar o resultado e a sua imputação ao garante ocorre, comumente, em quatro momentos distintos. Inicialmente, no momento de avaliação da situação típica, de modo que o indivíduo, inadvertidamente, não percebe que está imerso em uma situação perigosa para o bem jurídico que ele deveria proteger. Além disso, pode ocorrer uma omissão culposa durante a execução do mandamento normativo, quando o garante executa o dever legal, olvidando-se dos cuidados necessários. Em terceiro lugar, o descumprimento do cuidado objetivo pode surgir na avaliação da capacidade física de execução, hipótese em que o sujeito crê não ter capacidade de evitação do resultado, o que não condiz com a realidade, e, por fim na apreciação das circunstâncias que fundamentam a posição de garantia, quando o agente acredita não estar investido da qualidade de garantidor no momento do risco (ZAFFARONI, 1981, p. 482)

Além do descumprimento do cuidado devido, é imprescindível, para a responsabilização por crime culposos, a ocorrência do resultado previsível ao agente. Isso se deve ao fato de que a punição por culpa apenas é viável quando há a efetiva produção de um resultado prejudicial ao bem jurídico. No contexto da omissão imprópria, em particular, é crucial destacar que o resultado deve sempre assumir uma forma naturalística. Logo, não é suficiente a mera geração de perigo por meio da conduta omissiva culposa; é necessário que haja a efetiva lesão ao bem tutelado como resultado do descumprimento do dever de cuidado, para que se considere a punição do indivíduo.

Cabe destacar que, conforme assevera a doutrina, a culpa omissiva assenta-se “na possibilidade de o agente prever que sua inação pode gerar perigo para o bem jurídico ou agravar o perigo preexistente, permitindo a ocorrência do resultado vedado pela lei” (BIERRENBACH, 2002, p. 97), não sendo, portanto, compatível com a omissão imprópria a culpa sem previsão, ou culpa inconsciente.

Estabelecidas as premissas no âmbito da tipicidade para punibilidade da conduta omissiva imprópria, passa-se à análise dos demais elementos do conceito analítico de crime: antijuridicidade e culpabilidade.

### **5.3.6 Antijuridicidade**

A antijuridicidade, segundo elemento do conceito analítico de crime conforme a concepção finalista tripartite, consiste em um juízo que recai sobre a conduta

antinormativa, averiguando a sua adequação em relação ao Direito. Portanto, o juízo de antijuridicidade depende da prévia análise acerca da tipicidade, e se soma a esta para tornar definitivo o desvalor inicial do comportamento.

Considerando que a análise sobre a antijuridicidade apenas poderá ser realizada sobre as condutas antinormativas, inicialmente desvaliosas em razão da violação do bem jurídico, a tipicidade nutre com a antijuridicidade uma relação de indiciariedade, sendo a tipicidade a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Desse modo, em regra, todas as condutas típicas serão também antijurídicas, porém a presunção não é absoluta, e pode ser afastada em face da teoria da antijuridicidade. Nesse sentido a doutrina:

Já sabemos, pois, que a antijuridicidade é a característica de contrariedade do direito apresentada por uma conduta.

Sabemos também que para o conceito de delito não nos interessa qualquer conduta que seja antijurídica, mas apenas as que sendo penalmente típicas, também são antijurídicas. Da mesma maneira, dissemos que uma conduta típica e antijurídica é um injusto penal: antijuridicidade é o juízo negativo de valor que recai sobre uma conduta humana, portanto o injusto é a conduta humana desvaliosa.

Vimos também que a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico (com o direito) não se estabelece com a mera antinormatividade da conduta (afirmada com a tipicidade conglobante e, portanto, com a tipicidade da conduta), mas a referida contrariedade (antijuridicidade) resulta da antinormatividade (proibição) e da ausência de preceitos permissivos (não permissão), chamados “causas de justificação”. Sabemos que, desta forma, a tipicidade penal (antinormativa) não passa de um indício da antijuridicidade (ZAFFARONI, 1981, p. 561 – 562, tradução nossa<sup>86</sup>).

A teoria da antijuridicidade tem por escopo estabelecer que condutas típicas (antinormativas) possam ser cometidas, fixando hipóteses permissivas chamadas de causas de justificação. Essas causas podem estar fundamentadas em uma situação fática que o próprio Direito reconheceu como legítima para excluir a contrariedade com o ordenamento jurídico, ou podem estar fundadas na necessidade de harmonia

---

<sup>86</sup> Ya sabemos, pues, que la antijuridicidad es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta.

Sabemos también que para el concepto de delito no nos interesa cualquier conducta que sea antijurídica, sino sólo las que siendo penalmente típicas, también son antijurídicas. De la misma manera, hemos dicho que una conducta típica y antijurídica es un injusto penal: antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada.

Vimos también que la contrariedad de la conducta con el orden jurídico (con el derecho) no se establece con la mera antinormatividad de la conducta (afirmada con la tipicidad conglobante y, por ende, con la tipicidad penal de la conducta), sino que la referida contrariedad (antijuridicidad) resulta de la antinormatividad (prohibición) y de la ausencia de preceptos permissivos (no permissão), llamados “causas de justificación”. Sabemos que, de esta forma, a tipicidade penal (antinormativa) no pasa de ser un indício de la antijuridicidad. (ZAFFARONI, 1981, p. 561 – 562).

do ordenamento jurídico, uma vez que um comportamento não pode ao mesmo tempo ser permitido e proibido pelo Direito. Nesse sentido esclarece Cláudio Brandão (2014, p. 158):

Com efeito, tanto é antinormativa a conduta que foi posteriormente (em face da não atuação prévia do ordenamento enquanto sistema) reconhecida pelo direito como legítima par excluir a antijuridicidade, quanto é antinormativa a conduta que decorre de uma autorização jurídica embasada no mesmo sistema. No primeiro grupo, a *ratio* da exclusão da ilicitude é um *posteius* do ordenamento jurídico à conduta antinormativa. No segundo grupo a *ratio* da exclusão de ilicitude é um *prius* do ordenamento jurídico à conduta antinormativa.

Da mesma forma como nos crimes comissivos, na omissão imprópria, o acontecer típico sinaliza a antijuridicidade. Verificando-se o omitir típico, através da subsunção do fato ao tipo penal comissivo conjugado com o artigo 13, §2º do Código Penal<sup>87</sup>, esse será também, em regra, antijurídico, salvo se presente alguma das causas de justificação, como assevera Enrique Bacigalupo (1983, p. 154, tradução nossa<sup>88</sup>):

A antijuridicidade de um comportamento típico se define como a realização do tipo não amparada por causas de justificação: todo comportamento típico será antijurídico, a menos que esteja autorizado por uma causa de justificação. Isto vale tanto para um delito de comissão como para um de omissão imprópria.

As hipóteses legais de exclusão da ilicitude estão previstas no artigo 23 do Código Penal<sup>89</sup>, e dizem respeito às hipóteses em que o Estado concede ao particular a permissão de tutela do bem jurídico. Tal dispositivo estabelece como causas de

<sup>87</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;  
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;  
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

<sup>88</sup> La *antijuridicidad* de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico, a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno impropio de omisión (BACIGALUPO, 1983, p. 154).

<sup>89</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;  
II - em legítima defesa;  
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 1940).

justificação o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

O estado de necessidade, definido no artigo 24, *caput*, do Código Penal<sup>90</sup>, consiste na hipótese em que, diante de uma situação de perigo, se imponha a necessidade de sacrifício de um bem jurídico para salvamento de outro. Especificamente em relação aos delitos omissivos impróprios, ganha relevância o parágrafo primeiro do artigo 24 do Código Penal, que estabelece: “não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo” (BRASIL, 1940).

Os garantidores cujo dever de evitação do resultado tem fundamento na imposição legal de cuidado, proteção ou vigilância (conforme estabelecido no artigo 13, § 2º, alínea a, do Código Penal<sup>91</sup>) assumem a função, juridicamente imposta, de preservar o bem jurídico contra perigos não provocados por sua vontade. Dessa forma, é possível concluir que esses agentes garantidores, ao contrário dos demais, não têm a prerrogativa de alegar o estado de necessidade para justificar uma eventual omissão no dever de agir que resulte em danos ao bem jurídico que deveriam proteger. Nesse sentido Sheila Bierrenbach (2002, p. 109 – 110):

Cumprindo, portanto, confrontar o art. 13, §2.º - que elenca àqueles que têm o dever legal de agir com o fim de evitar que o risco que corre o bem jurídico alheio transforme-se em dano – com o art. 24 e seu §1.º. Desta análise conclui-se que a discriminante em tela não terá cabimento em relação à alínea a do art. 13, §2.º, uma vez que os garantidores nela descritos têm o dever legal de arrostar o perigo, o que exclui a justificativa, por força do §1.º do art. 24.

Ainda quanto ao estado de necessidade, situação que se assemelha ao instituto, é a colisão de deveres justificante: “Ocorre a colisão quando surgem diversos deveres de agir destinados ao destinatário da norma, de tal modo que, dada a impossibilidade fática de cumprir todos os deveres, somente poderá cumprir um deles, descumprindo os demais” (BIERRENBACH, 2022, p. 108).

<sup>90</sup> Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (BRASIL, 1940).

<sup>91</sup> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (BRASIL, 1940);

Essa modalidade de conflito acerca do cumprimento de obrigações de agir, quando envolve a colisão de deveres de mesma hierarquia, deve ser analisada no âmbito da antijuridicidade, pois, como destaca Juarez Tavares (2018, p. 356), envolve o fato em face da totalidade da ordem jurídica. Contudo, na hipótese e que envolva deveres de categorias diversas, haverá exclusão da antijuridicidade caso o agente opte por cumprir o dever de maior hierarquia, e exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, quando se desse o cumprimento do dever de menor hierarquia (TAVARES, 2018, p. 357)<sup>92</sup>.

A colisão de deveres se diferencia do estado de necessidade, pois neste o omitente, caso cumpra o dever a que está obrigado, irá colocar em perigo o seu bem jurídico ou de outrem. Não há colisão entre diversos deveres, mas a necessidade descumprimento de um múnus para salvaguarda de direito próprio ou de terceiros (TAVARES, 2018, p. 358).

Não obstante o exposto, entende-se que a análise da exigibilidade da conduta diversa nos delitos omissivos impróprios é antecipada para o âmbito da tipicidade objetiva, uma vez que o Código Penal pátrio estabelece que o dever de agir é limitado pela possibilidade, não apenas física, de agir (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 68), ideia que será abordada no capítulo referente a culpabilidade<sup>93</sup>.

No que diz respeito à legítima defesa, definida no artigo 25 do Código Penal<sup>94</sup>, baseia-se na ideia de repulsa a uma agressão, um contra-ataque. Diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, o sujeito se defende, configurando-se a excludente desde que use moderadamente os meios necessários. Nestes termos, trata-se de causa de justificação plenamente adequada à omissão imprópria, não havendo óbice para sua aplicação aos garantidores.

Por fim, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito são causas de exclusão de ilicitude incompatíveis com a omissão imprópria. Ambas pressupõem condutas positivas, de cumprimento do dever jurídico e de ação conforme

---

<sup>92</sup> Nesse contexto, como esclarece Juarez Tavares (2018, p. 357) a relação de hierarquia deve ser definida com base no valor do bem jurídico tutelado (sendo o mais importante a vida), na qualidade do dever de agir (aqueles resultantes da posição de garantidor têm mais valor que àqueles que resultam do dever geral de assistência), na proximidade do perigo e na probabilidade de ocorrência do resultado.

<sup>93</sup> Vide cap. 4.3.7.

<sup>94</sup> Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940).

o ordenamento, e assim não se aplicam à espécie de delito em análise (BIERRENBACH, 2002, p. 107).

Importante salientar que há doutrinadores, como Juarez Tavares (2018, p. 356), que afirmam a irrelevância da indagação acerca das causas de justificação nos delitos omissivos em geral, e sobretudo nos omissivos impróprios. Nesse sentido, esclarece:

Uma vez que as situações relacionadas ao dever de agir, à posição de garantidor e à possibilidade de realizar a ação devida compreendem situações confrontadas com a ordem jurídica em sua totalidade e não apenas em face da norma penal respectiva, pode-se dizer que nos delitos omissivos é praticamente irrelevante a indagação acerca das causas de justificação. Isso porque, configurada uma situação de perigo ao bem jurídico, resultante da agressão (legítima defesa) ou de outras fontes (estado de necessidade), ou subsistente uma colisão de deveres, as soluções podem ser encontradas já dentro do próprio tipo, sem haver necessidade de uma nova valoração do fato. A relevância de uma nova valoração do fato no setor da antijuridicidade terá sentido, em face de uma concepção dialética do injusto, quando seja necessário proceder-se a uma individualização das situações que possam justificar o fato (TAVARES, 2018, p. 356).

Apesar da posição anteriormente apresentada, considera-se que a avaliação da antijuridicidade no comportamento comissivo por omissão segue os mesmos critérios estabelecidos para o comportamento comissivo. Dessa forma, o desvalor da conduta será configurado quando a omissão, uma vez identificada a tipicidade, não estiver respaldada por causas de justificação, em especial pela legítima defesa e estado de necessidade, que são adequadas à omissão imprópria.

Ultrapassadas as considerações relativas à conduta, inicia-se a investigação da culpabilidade, etapa crucial na análise de um evento no âmbito jurídico-penal, em que a atenção se voltará para os elementos atinentes ao agente, aferindo-se sua capacidade compreensão e potencial consciência da ilicitude do fato, bem como a exigibilidade de conduta diversa.

### **5.3.7 Culpabilidade**

Segundo a concepção finalista, o delito é um fato típico, antijurídico e culpável. Como exposto, a tipicidade refere-se à avaliação de conformidade do fato humano com o tipo penal, e desconformidade com a norma jurídico-penal, enquanto a antijuridicidade envolve a análise da incompatibilidade desse fato com o ordenamento jurídico em sua totalidade.

A culpabilidade, por sua vez, se difere dos elementos anteriores, representando um juízo de reprovação dirigido ao indivíduo, ao autor de um fato típico e antijurídico. Assim, “a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito” (BRANDÃO, 2008, p. 223). A culpabilidade rompe com a responsabilidade penal objetiva, para fazer o Direito Penal se debruçar sobre a responsabilidade pessoal.

Para a teoria finalista, a culpabilidade é um juízo puramente normativo, que reprova o autor de um injusto penal, quando estiverem presentes a imputabilidade, a exigibilidade de outra conduta e a potencial consciência da antijuridicidade. Tais elementos da culpabilidade devem estar presentes nos crimes comissivos, mas também nos omissivos impróprios.

Dessa forma, em um primeiro momento, a fim de realizar o juízo de reprovação pessoal da culpabilidade, é essencial que o indivíduo seja capaz. A imputabilidade, que consiste na capacidade de culpabilidade, representa o conjunto de atributos pessoais que viabilizam a censura pessoal. “O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade” (BRANDÃO, 2008, p. 247).

A análise acerca da imputabilidade do sujeito garantidor se dá nos mesmos moldes dos crimes comissivos. Existirá inimputabilidade sempre que se configure certos estados de doença mental ou desenvolvimento mental deficiente que retire do indivíduo a capacidade de compreender a ilicitude de sua omissão, ou de se determinar de acordo com esse entendimento (artigo 26 do Código Penal<sup>95</sup>). Igualmente restará afastada a imputabilidade na omissão imprópria quando o omitente for menor de dezoito anos (artigo 27 do Código Penal<sup>96</sup>), ou nos casos de embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior (artigo 28, §1º do Código Penal<sup>97</sup>).

---

<sup>95</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

<sup>96</sup> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1940).

<sup>97</sup> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

A exigibilidade de conduta diversa, segundo elemento da culpabilidade, está relacionada com a ideia de liberdade, pois será reprovável a conduta do sujeito que, podendo se comportar conforme as normas jurídicas, opta livremente pelo contrário. Assim, podendo o ordenamento jurídico exigir do autor uma conduta diversa da praticada, pode imputar-lhe a censura da culpabilidade.

O Código Penal brasileiro prevê duas hipóteses que retiram a possibilidade de exigência de conduta diversa, são elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (artigo 22 do Código Penal<sup>98</sup>). Para alguns autores, como Sheila Bierrenbach (2002, p. 118), as causas excludentes da culpabilidade mencionadas podem ser aplicadas à omissão imprópria nos mesmos moldes dos crimes comissivos, contudo há posicionamento que propõe a antecipação da análise da exigibilidade para a tipicidade penal na omissão imprópria.

Nesse sentido, Cláudio Brandão e Leonardo Siqueira (2017, p. 48) propõem que em face da norma penal, para que exista causalidade na omissão imprópria deve-se fazer um juízo de exigibilidade. Destarte, a matéria da proibição nos crimes omissivos impróprios seria resultante da interpretação sistemática do tipo comissivo com a regra prevista no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>99</sup>, que delimita a causalidade na omissão imprópria por um juízo de desvalor traduzido na exigibilidade.

Considerando que só é possível atribuir o resultado à conduta omissiva do garantidor caso este, além do dever de agir, também tivesse a possibilidade de agir (a capacidade físico-real de realização da conduta exigida é um componente da tipicidade nos crimes omissivos impróprios), há uma antecipação do juízo de exigibilidade, que não será realizado em função da reprovação da culpabilidade, mas sim para efeito da imputação do resultado típico. Conforme exposição dos Autores:

Assim, é problema fulcral da omissão imprópria a antecipação do juízo de exigibilidade do comportamento diverso, que nessa hipótese não será feito no âmbito da culpa, visto que será condição para a imputação do resultado

---

<sup>98</sup> Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (BRASIL, 1940).

<sup>99</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

que concretizará a tipicidade da omissão (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2017, p. 49).

Por sua vez, Juarez Tavares (2018, p. 402) argumenta que nos delitos omissivos impróprios o juízo de exigibilidade deve ser feito em duas etapas. Em um primeiro momento a exigibilidade deveria ser avaliada no próprio tipo de injusto, momento em que se analisaria a real possibilidade de o sujeito realizar a ação ordenada. Posteriormente, se analisaria novamente a exigibilidade no âmbito da culpabilidade, averiguando a capacidade de motivação do sujeito. Nesse sentido, esclarece:

Na realidade, o juízo de exigibilidade deve ser feito em duas etapas: no tipo de injusto, tem-se em vista a real possibilidade de realizar a ação mandada, e, na culpabilidade, a capacidade de motivação do sujeito. Nos delitos omissivos impróprios, em que esta matéria se mostra de importância, a questão da inexigibilidade está vinculada praticamente à determinação do dever de garantidor, que condiciona, como elemento do injusto, a própria culpabilidade. Mas convém salientar que aqui não são levados em conta pressupostos materiais ou formais da posição de garantidor, que constituem elementos próprios da tipicidade, senão o domínio do sujeito acerca do acontecimento, com vistas à sua capacidade de atender à imposição normativa de proteção do bem jurídico posto em perigo (TAVARES, 2018, p. 402).

Desse modo, a culpabilidade estaria ancorada no juízo sobre se o sujeito, nas circunstâncias em que se encontrava, dominava o processo de produção do resultado e poderia, assim, dirigir seu comportamento de acordo com o exigido pela norma mandamental (TAVARES, 2018, p. 402 – 403). Percebe-se que o Autor se aproxima da construção de Roxin que fundamenta a culpabilidade como possibilidade de decisão por uma conduta conforme as normas<sup>100</sup>.

Apesar dos argumentos apresentados por Juarez Tavares, entende-se que a análise da tipicidade objetiva nos delitos de omissão imprópria, que envolve a possibilidade do sujeito de agir conforme esperado, abrange não apenas a análise individual e contextualizada da capacidade físico-objetiva de o agente cumprir o dever imposto, mas também a verificação da capacidade de agir final. Ou seja, examina o conhecimento do sujeito acerca da situação que requer intervenção e da finalidade a

---

<sup>100</sup> Para Roxin (1997, p. 810) a culpabilidade seria um dado misto empírico-normativo, uma vez que a capacidade geral de autocontrole e a acessibilidade normativa que com ela se produz, seriam empiricamente verificáveis, ao passo que a possibilidade de ter uma conduta conforme a lei seria dada normativamente.

ser atingida, somada à escolha dos meios necessários para atingir o objetivo previamente conhecido e prescrito pelo Direito Penal.

Desse modo, reputa-se plenamente adequada a construção acerca da antecipação do juízo de exigibilidade nos delitos omissivos impróprios. Nesse contexto, a exigibilidade se coloca como um recurso para limitar o dever de agir para impedir o resultado que deve ser analisado no momento de subsunção do comportamento à norma de extensão que prevê os deveres de garantia, prevista na parte geral do Código Penal.

Finalmente, a potencial consciência da ilicitude é a base de reprovação da culpabilidade, pois envolve a compreensão do indivíduo de que o seu comportamento é antijurídico. Trata-se, do conhecimento da significação ilícita, ou seja, do conhecimento do desvalor jurídico do comportamento, que não precisa ser atual, basta que seja potencial.

A falta da consciência de antijuridicidade é denominada erro de proibição:

O erro de proibição é tido como a grande consequência da teoria finalista da ação. Quando a consciência da antijuridicidade, enquanto elemento autônomo do juízo de culpabilidade, passou a ser a base de reprovação da mesma, ninguém pôde ser declarado culpável sem a possibilidade de sua compreensão. Assim, a culpabilidade será excluída pela impossibilidade de compreensão do caráter ilícito do fato, ou, em outras palavras, pelo erro de proibição (BRANDÃO, 2008, p. 276).

Em relação aos delitos comissivos por omissão, o erro de proibição se transfere como erro de mandamento, ou erro sobre o dever de garantidor, que ocorre quando o sujeito erra quanto aos deveres que emergem da sua posição de garante. Esse erro quando invencível também fundamenta a exclusão da culpabilidade com fulcro no artigo 21 do Código Penal<sup>101</sup>.

Acerca da diferença entre o erro de tipo e o erro de proibição na omissão imprópria, esclarece Zaffaroni (1981, p. 476, tradução nossa<sup>102</sup>):

---

<sup>101</sup> Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.  
Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (BRASIL, 1940).

<sup>102</sup> Em consecuencia, el error que recaía sobre la situación o el estado que funda la posición de garante, será un error de tipo que eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sin perjuicio de que, en el supuesto de ser vencible, pueda dar lugar a la tipicidad culposa de la misma, a condición de que se den todos los requisitos de esta última. Por el contrario, el error que recaía sobre el deber que emerge

Em consequência, o erro que recai sobre a situação ou o estado que funda a posição de garante, será um erro de tipo que eliminará a tipicidade dolosa da conduta, sem prejuízo de que, caso seja vencível, possa dar lugar à tipicidade culposa da mesma, desde que se tenha todos os requisitos desta última. Pelo contrário, o erro que recaia sobre o dever que emerge da posição de garante (os deveres que incumbem como padre, marido, filho, funcionário, empregado, bombeiro, policial etc.) será um erro de proibição (erro de mandamento) que, caso seja invencível, eliminará a culpabilidade (reprovabilidade) da conduta.

Questão relevante se refere ao critério de avaliação da consciência do dever de garantia. Não obstante exista a presunção de conhecimento da lei estampada na parte inicial do artigo 21, *caput* do Código Penal<sup>103</sup>, deve-se reconhecer que em uma sociedade complexa e excessivamente regulamentada, tal presunção não condiz com a realidade. Nesse sentido, Cláudio Brandão (2019, p. 236) assevera que “a presunção do conhecimento da lei é uma das maiores mentiras do ordenamento jurídico!”. Nesse contexto, a análise sobre a consciência do dever de garantidor deve ser feita, não de forma antecipada como um recurso retórico de fundamentação da punibilidade e baseada em uma presunção legislativa ilusória, mas *in concreto* em conformidade com o indivíduo determinado.

A avaliação da culpabilidade nos delitos comissivos por omissão demanda, por fim, uma análise aprofundada do sujeito omitente. Apesar de ter perpetrado um injusto penal, a possibilidade de sua responsabilização criminal pode ser afastada em virtude de fatores como a imputabilidade ou a ocorrência de um erro de proibição. Por sua vez, a verificação da exigibilidade da conduta diversa é antecipada para a fase da tipicidade nos delitos comissivos por omissão.

---

de la posición de garante (los deberes que incumben como padre, marido, hijo, funcionario, empleado, bombero, policía, etc.) será un error de prohibición (error de mandato) que, en el supuesto de ser invencible, eliminará la culpabilidad (reprochabilidad) de la conducta (ZAFFARONI, 1981, p. 476).

<sup>103</sup>Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço (BRASIL, 1940).

## 6 O RESULTADO TÍPICO COMO ELEMENTO DA TIPICIDADE DOS DELITOS DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

O Direito Penal tem como característica que o diferencia dos demais ramos do Direito, a sua consequência, ou seja, a pena prevista no tipo como resultado de uma conduta indesejada. Esse alerta chama atenção para o fato de que, como destaca Cláudio Brandão (2019, p. 31), o Direito Penal tem em si a violência. Nesse panorama, os esforços para limitar a intervenção penal representam tentativas de limitação da própria violência penal.

A legitimidade da intervenção punitiva estatal é diretamente dependente da utilização do Direito Penal para proteção de bens jurídicos. Não obstante em tempos passados o Direito Penal tenha sido usado como instrumento de arbítrio por parte do Estado, ao direcionar seu foco para a proteção dos bens jurídicos, este ramo do ordenamento rompeu com seu histórico obscuro, passando a se apresentar como apto a assegurar os direitos individuais, a liberdade e o bem-estar da sociedade (BRANDÃO, 2019, p. 39).

Quando os ideais iluministas e liberais foram trazidos para o Direito Penal, uma preocupação marcante se dirigiu à necessidade de estabelecer critérios negativos ou limitadores de legitimidade dos conteúdos de proibição. Nesse cenário, o princípio da utilidade penal, desenvolvido por pensadores iluministas, se mostrou apropriado para fundamentar a restrição da intervenção penal somente a ações censuráveis devido aos danos que causassem aos bens jurídicos de terceiros.

Considerando-se a visão utilitarista do Direito Penal, da necessidade penal como tutela de bens jurídicos fundamentais, emerge a limitação do poder punitivo consubstanciada no princípio da lesividade, ou ofensividade. A intervenção penal fica, assim, condicionada à existência e comprovação de efeitos lesivos a terceiros, corroborando esta ideia a doutrina:

O segundo limite deriva, por assim impor a secularização do direito e sua separação da moral, da consideração utilitarista da “necessidade penal” como “tutela de bens fundamentais” não garantizáveis de outra forma. E explicita-se no *princípio da lesividade* que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do *resultado*, isto é, dos efeitos que produz. [...] Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a

terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

A visão do crime como ofensa a bens jurídicos se contrapõe à concepção do ilícito como simples violação subjetiva do dever, e, assim, a conduta delituosa é uma expressão de contrariedade, não apenas da norma, mas da própria função do Direito Penal, legitimando a intervenção do Estado. Não basta, pois, o mero preenchimento de requisitos formais da tipicidade, sendo indispensável o atendimento de requisitos substanciais atinentes à ofensividade (D'AVILA, 2005, p. 40).

O resultado, que legitima a atuação do sistema penal, é a consequência, o efeito provocado pela conduta do agente. No Direito Penal este resultado por ser jurídico, também denominado normativo, ou naturalístico, também chamado de material. Compreende-se como resultado jurídico a lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico protegido pela lei penal. Por seu turno, resultado naturalístico é a modificação no mundo exterior provocada pela conduta do agente, e dissociada temporalmente da conduta.

Para que uma conduta seja penalmente relevante, ou seja, para que se tipifique um delito, em sentido material, é indispensável que exista um resultado jurídico. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal, se houver efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, em respeito à exigência do princípio da ofensividade.

Nesse sentido, em consonância com o princípio da lesividade, um dos requisitos para a tipificação das condutas omissivas impróprias é a presença de um resultado. Desse modo, não basta a existência de uma situação típica, ou seja, de uma situação potencialmente perigosa para o bem jurídico, exige-se a produção do resultado típico como consequência causal da omissão do comportamento exigido.

A omissão penalmente relevante é um comportamento negativo em termos axiológicos. Entretanto, deve-se distinguir o desvalor da ação, do desvalor do resultado. Como alerta Marcelo Ruivo (2023, p. 266), “há a falsa aparência de igualação da conduta com o resultado, sem atentar para a autonomia de cada elemento e para a existência do verdadeiro resultado desvalioso subjacente à violação do dever”.

Apesar da existência de tipos penais que abordam diretamente condutas omissivas impróprias, a relevância penal desse comportamento é principalmente construída pela aplicação da norma de extensão presente na parte geral do Código

Penal, especificamente no artigo 13, §2º<sup>104</sup>. Esse artigo possibilita que a realização da matéria de proibição prevista em um crime comissivo se dê meio de uma omissão, equiparando-as como causas de um resultado nas hipóteses em que o agente devia e podia agir para evitá-lo.

No dispositivo destacado, ao tratar da relevância penal da omissão imprópria, o legislador fez menção expressa ao termo “resultado”, o que ensejou um debate doutrinário acerca da interpretação desse vocábulo conforme empregado no artigo 13, §2º do Código Penal<sup>105</sup>.

Nesse contexto, parcela da doutrina adota um entendimento estrito do termo, entendendo-o como sinônimo de modificação no mundo exterior, o que limita a punibilidade da conduta omissiva imprópria aos tipos penais que exigem um resultado naturalístico. Ponto de vista diverso, contudo, compreende o “resultado” de forma ampla, significando afetação do bem jurídico, como expõe Heloisa Estellita (2017, p. 236 – 237):

A primeira corrente entende o termo resultado como alteração no mundo exterior, restringindo-se aos resultados naturalísticos previstos nos tipos penais da Parte Especial, mas não um “acontecimento típico” qualquer. Em crimes de mera conduta, que se esgotam na execução da conduta prevista no tipo, não sendo inexigível um resultado naturalístico, seria inadmissível a prática da omissão imprópria. A segunda, interpreta o termo não como uma alteração externa temporal e espacialmente separada da conduta, mas como a lesão ou a colocação em perigo de bens jurídicos, em outras palavras, uma “afetação na situação de tranquilidade do bem jurídico protegido”.

A adesão à concepção restritiva implica a limitação da possibilidade de responsabilização penal dos garantes apenas aos crimes materiais, ou seja, apenas nas hipóteses em que o delito depende da produção de resultado naturalístico para

---

<sup>104</sup> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

<sup>105</sup> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

consumação, excluindo-se os crimes formais ou mera conduta. Em contrapartida, a aderência à concepção mais ampla acarreta a expansão da possibilidade de imputação de todos os crimes à omissão imprópria, como defende Günther Jakobs (1997, p. 951 – 952, tradução nossa<sup>106</sup>) ao se referir ao Código Penal alemão:

Conforme artigo 13.1 do Código Penal, somente se pode consumir os delitos de comissão com uma variante omissiva quando ao tipo de delito pertence um resultado. Resultado, no sentido desse preceito, é tudo o que se pode evitar, é dizer, em princípio, o resultado típico dos delitos de resultado, bem seja uma lesão [...], ou uma colocação em perigo concreto [...], ou bem – nos delitos com caráter material de tentativa – um sucesso significativo no caminho para uma lesão [...]. Mas também nos delitos de mera conduta se dá resultado, sempre que – como ocorre geralmente – a atividade esteja descrita como intervenção ativa sobre um objeto [...]; a intervenção pode ser separada, como resultado da ação.

No mesmo sentido, Heloisa Estellita (2017, p. 238) sustenta que a partir do momento em que se considera o resultado como ofensa ao bem jurídico, seja essa ofensa uma ameaça ou uma lesão, e soma-se a esse entendimento a concepção do tipo penal como descrição de condutas passíveis de causar lesão ao valor tutelado, depreende-se que o legislador brasileiro utilizou o vocábulo “resultado” como sinônimo de “acontecer típico”, ou situação típica, portanto, como sinônimo de uma situação de perigo ao bem jurídico.

A despeito da respeitável doutrina, compreende-se que o resultado típico exigido na omissão imprópria, e presente no artigo 13, §2º do Código Penal brasileiro<sup>107</sup>, corresponde ao resultado naturalístico, ou seja, lesão efetiva ao bem jurídico protegido. E, nesse sentido, é cristalina a lição de Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 213), quando esclarece que “nos crimes de *omissão de ação imprópria*, a

<sup>106</sup> Conforme al § 13.1 StBG, sólo se pueden completar los delitos de comisión con una variante omisiva cuando al tipo del delito pertenece un *resultado*. Resultado, en el sentido de este precepto, es todo lo que se puede evitar, es decir, en principio, el resultado típico de los delitos de resultado bien sea una lesión [...], bien una puesta en peligro concreto [...] o bien – en los delitos con carácter material de tentativa [...] – un suceso significativo en el camino hacia una lesión [...]. Pero también en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que – como ocurre por lo general – la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto [...]; la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción (JAKOBS, 1997, p. 951 – 952).

<sup>107</sup> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

responsabilidade penal do *garantidor* é circunscrita aos crimes de *resultado de lesão*, com exclusão dos crimes de perigo abstrato ou de perigo concreto, realizáveis por simples atividade”.

A este respeito as primeiras propostas de classificação das omissões emergem no mesmo momento científico do surgimento do debate sobre o conceito de omissão e as primeiras tentativas de equiparação dos comportamentos ativo e omissivo sobre as bases da causalidade. Assim, desde os primeiros momentos de domínio do pensamento científico-naturalista na dogmática penal, faz-se a distinção entre omissões próprias e impróprias, existindo a tendência de conservar nas primeiras a essência de transgressão normativa e nas segundas a presença de um evento resultado naturalístico (SILVA SÁNCHEZ, 2021, p. 394).

A concepção causal-empírica do delito, dominante no início do século XIX, exigia para afirmação da responsabilidade penal por um resultado, que este tivesse sido causado por uma conduta, ou seja, a legitimação da punição dependeria de uma relação causal do comportamento com o resultado. Contudo, considerando-se que a omissão é um nada, um não-fazer, colocou-se em questionamento toda a sistemática baseada na causalidade, e a legitimidade da punição dos comportamentos omissivos.

Considerando que a relação de causalidade, conforme destacado por Sheila Bierrenbach (2002, p. 48), está vinculada exclusivamente aos delitos de resultado, caracterizando-se como o nexo de causa e efeito necessário entre a conduta e o evento descrito no tipo penal, frente à impossibilidade de afirmar uma causalidade real na omissão e, ao mesmo tempo, diante da necessidade de fundamentar, de maneira dogmática, a punição das omissões impróprias quando resultassem em lesões concretas aos bens jurídicos, a doutrina viu-se compelida a empreender um esforço dogmático e a revisitar conceitos tradicionais. Esse esforço visava possibilitar a equiparação da omissão imprópria à ação e estabelecer critérios de imputação dos resultados naturalísticos à omissão.

À época o Direito Penal não conhecia os riscos como hoje se apresenta, nesse sentido destaca Fábio D’Avila (2005, p. 31), que “é somente a partir da primeira Revolução Industrial que o perigo é introduzido como centro proposicional normativo”. Assim a preocupação sistemática cingia-se em solucionar a problemática política-criminal de possibilitar a punição das omissões, mesmo quando não estivessem tipicamente previstas, mas provocassem danos a bens jurídicos, sendo, portanto, reprováveis assim como as condutas comissivas.

Nesse contexto, o artigo 13, *caput* do Código Penal<sup>108</sup> tem sua origem no pensamento do positivismo-mecanicista, e por isso colocou a omissão ao lado da ação como causa de um resultado. E, na mesma conjuntura e sob o mesmo marco dogmático, elaborou-se o parágrafo segundo do dispositivo<sup>109</sup>, com a proposta de equiparação da omissão à conduta comissiva em razão da violação de deveres formais de garante.

Fazendo-se uma interpretação teleológica e histórica do parágrafo mencionado, verifica-se que, sob influência causalista, o escopo do dispositivo era viabilizar a imputação de resultados naturalísticos às omissões quando essas, embora não tipificadas expressamente, contribuísem para o evento. Nesse sentido, deve-se descartar a interpretação ampliativa do vocábulo “resultado” empregado na lei penal, inviabilizando a prática de delitos de mera atividade por omissão imprópria.

Esta conclusão deve prevalecer, ainda, na medida em que se considera que o critério mais adequado de classificação das omissões é o que equipara a omissão própria aos delitos de mera atividade, e a omissão imprópria aos delitos materiais, o que torna ilógico sustentar a possível existência de condutas comissivas por omissão cujo resultado seja a mera colocação em perigo do bem jurídico.

Adotando esse posicionamento, Jescheck (1981, p. 832 – 833, tradução nossa<sup>110</sup>) argumenta:

---

<sup>108</sup>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 (BRASIL, 1940).

<sup>109</sup>Art. 13 [...].

§2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

<sup>110</sup>Hoy la cuestión de en qué consiste la diferencia existente entre los delitos de omisión propia e impropia resulta discutida. Lo correcto es, como la concepción tradicional, ver en los delitos de omisión hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley. Ciertamente, mediante la acción exigida debe evitarse, en último término, un resultado valorado objetivamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte la evitación del resultado en un deber para el omitente ni tampoco, por tanto, la producción de un determinado resultado en elemento del tipo. Los delitos de omisión propia constituyen, por ello, la contrapartida de los delitos de mera actividad.

[...]

En los delitos de omisión impropia, por el contrario, se impone al "garante" un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico. Los delitos de omisión impropia constituyen, pues, la contrapartida de los delitos de resultado (JESCHECK, 1981, p. 832 – 833).

Hoje se debate a questão de em que consiste a diferença entre os delitos de omissão própria e imprópria. O correto é, como a concepção tradicional, ver nos crimes de omissão atos puníveis que se esgotam na não realização de uma ação exigida pela lei. Certamente, através da ação exigida evita-se um resultado valorado objetivamente pelo ordenamento jurídico, mas o legislador não converte a evitação do resultado em um dever para o omitente e tampouco, portanto, a produção do um determinado resultado em elemento do tipo. Os delitos de omissão própria constituem, por isso, a contrapartida dos delitos de mera atividade.

[...]

Nos delitos de omissão imprópria, pelo contrário, se impõe ao garante um dever de evitar o resultado. A produção do resultado pertence ao tipo, e o garante que viola seu dever de evitar o resultado é onerado com a responsabilidade jurídico-penal pelo resultado típico. Os delitos de omissão imprópria constituem, pois, a contrapartida dos delitos de resultado.

Igualmente expõe Tereza Pizarro Beleza (1988, p. 504 – 505, tradução nossa<sup>111</sup>):

A primeira separação que é vulgar fazer-se dentro dos crimes omissivos é entre as omissões puras ou propriamente ditas, e as omissões impuras ou impropriamente ditas. No fundo, esta separação entre omissões puras e impuras corresponde a uma divisão, feita a propósito dos crimes por ação, entre os crimes de mera atividade e os crimes de resultado. Isto é: assim como os crimes de mera atividade e os crimes de resultado se distinguem porque, no 1º caso o fato típico corresponde apenas ao preenchimento de uma certa atividade e, no 2º caso, o fato típico pressupõe a verificação de um certo evento natural para além da atividade da pessoa, também as omissões puras consistem na violação direta de um preceito que impõe um certo comportamento positivo, independentemente de qualquer verificação de resultado: com esse comportamento, esse tipo legal está preenchido; e as omissões impuras correspondem, do lado das omissões, aos crimes de resultado, na medida em que elas se podem dizer praticadas quando através de uma omissão uma pessoa deixou que um certo resultado acontecesse. No fundo, as omissões puras são crimes formais, as omissões impuras são crimes materiais. Tal e qual como os crimes de mera atividade e os crimes de resultado.

Apesar do esforço doutrinário em restringir a intervenção penal estabelecendo pressupostos punitivos, juntamente com uma interpretação legislativa que busca

---

<sup>111</sup> A primeira separação que é vulgar fazer-se dentro dos crimes omissivos é entre as omissões puras ou propriamente ditas, e as omissões impuras ou impropriamente ditas. No fundo, esta separação entre omissões puras e imputas corresponde a uma divisão, feita a propósito dos crimes por ação, entre os crimes de mera actividade e os crimes de resultado. Isto é: assim como os crimes de mera actividade e os crimes de resultado se distinguem porque, no 1º caso o facto típico corresponde apenas ao preenchimento de uma certa actividade e, no 2º caso, o facto típico pressupõe a verificação de um certo evento natural para além da actividade da pessoa, também as omissões puras consistem na violação directa de um preceito que impõe um certo comportamento positivo, independentemente de qualquer verificação de resultado: com esse comportamento, esse tipo legal esta preenchido; e as omissões impuras correspondem, do lado das omissões, aos crimes de resultado, na medida em que elas se podem dizer praticadas quando através de uma omissão uma pessoa deixou que um certo resultado acontecesse. No fundo, as omissões puras são crimes formais, as omissões impuras são crimes materiais. Tal e qual como os crimes de mera actividade e os crimes de resultado (BELEZA, 1988, p. 504 – 505).

resgatar a intenção do legislador no momento da elaboração do texto legal, observa-se na prática jurisprudencial a aplicação dos institutos penais de maneira retórica e com interpretação manipulada, visando viabilizar a responsabilidade penal de agentes garantidores, como uma forma de contornar a ineficácia estatal no enfrentamento da criminalidade complexa. Exemplo do exposto pode ser identificado no acórdão de julgamento do Recurso Especial nº 1948743 – PR (2021/0216797-0) (BRASIL, 2023).

O recurso em questão foi interposto por um indivíduo denunciado e condenado pelo delito previsto no artigo 69-A da Lei n.º 9.605/1998<sup>112</sup> em razão da sua posição de garantidor, portanto combinado com o artigo 13, §2º, alínea *b* do Código Penal<sup>113</sup>. No caso restou consignado que o agente, enquanto administrador de fato de um grupo de pessoas jurídicas, teria deixado de praticar atos necessários ao regular funcionamento da atividade empresária, e com isso possibilitado a apresentação, por terceiros, de documentos que ludibriaram o órgão estatal a emitir o documento de Dispensa de Licença Ambiental (BRASIL, 2023).

Inicialmente, o crime da legislação ambiental imputado é um delito de mera conduta, pois basta que o sujeito elabore ou apresente estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, para consumação do crime<sup>114</sup>. Não há no tipo penal nenhuma menção ou exigência de verificação de um resultado naturalístico para análise da configuração do delito.

Observa-se, portanto, que no julgado mencionado, admitiu-se a imputação de um delito de mera conduta ao acusado à título de omissão imprópria, atribuindo-lhe responsabilidade penal na qualidade de garantidor, mesmo em uma situação de delito sem resultado naturalístico. Ao adotar essa perspectiva, o julgado contraria a

---

<sup>112</sup> Art. 69-A Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa (BRASIL, 1998).

<sup>113</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

[...]

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (BRASIL, 1940).

<sup>114</sup> Cabe esclarecer que ao fazer menção à omissão, o artigo 69-A da Lei n.º 9.605/1998 se refere à hipótese em que o documento, seja o estudo, laudo ou relatório ambiental, é elaborado e/ou apresentado no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, sem uma informação que nele deveria constar.

orientação normativa do legislador penal, o qual, segundo interpretação mais adequada, busca assegurar que a intervenção penal nos casos de omissão imprópria esteja vinculada à comprovação de lesões concretas ao bem jurídico tutelado.

O exemplo evidencia que, na prática corriqueira da aplicação do Direito Penal a situações específicas, os componentes da teoria do crime são frequentemente empregados de maneira a justificar a intervenção punitiva, ao invés de desempenharem seu papel primordial de delimitação do exercício do *jus puniendi*. Este fenômeno revela uma contradição, pois, em vez de servirem como balizadores restritivos do poder punitivo estatal, tais institutos são utilizados como instrumentos de ampliação desse poder.

Essa distorção encontra respaldo na observação realizada por Cláudio Brandão (2019, p. 24), que identificou um preocupante déficit de preparo técnico entre os profissionais envolvidos no sistema penal. A falta de aptidão técnica compromete a aplicação coerente dos institutos fundamentais da teoria do crime, transformando o sistema penal em um mecanismo suscetível a distorções e interpretações que muitas vezes destoam de seus propósitos originários.

## 7 CONCLUSÃO

A conduta humana pode ser reconhecida hoje como o epicentro de todo o sistema penal. Em uma abordagem garantista, fundamental para a limitação do poder punitivo estatal, a conduta ganha destaque no processo de imputação de responsabilidade penal. A imposição de pena deve estar ancorada em um agir humano, excluindo a punição da personalidade do agente ou de seus pensamentos. Assim, nenhum dano pode ser penalmente relevante senão como efeito de uma conduta humana.

Ao longo da história da dogmática jurídico-penal, a doutrina buscou estabelecer os elementos essenciais que compõem o conceito de conduta, seja ela uma ação ou omissão. Essa empreitada tinha o propósito de criar uma uniformização de ideias como forma de limitação do poder punitivo do Estado, evitando abordagens casuísticas na definição do delito. Nesse sentido, enquanto modalidade de comportamento humano cujo estudo tem se mostrado especialmente intrincado diante das diversas polêmicas que a permeiam, a presente tese se dedicou à análise de questões relativas aos pressupostos da punibilidade dos delitos omissivos impróprios.

A inserção do conceito de ação no sistema dogmático de crime ocorreu no século XIX, sob influência dos postulados de Hegel. Os penalistas hegelianos foram responsáveis por elaborar essa definição, fundamentada na teoria da imputação. Inicialmente a omissão era entendida apenas como uma forma secundária de ação, e as construções doutrinárias desse período visavam unicamente justificar a punibilidade desse comportamento, sem compreender efetivamente as nuances da conduta omissiva.

A discussão sobre os elementos estruturais da omissão emergiu predominantemente no último terço do século XIX, período de influência do causalismo naturalista. As concepções positivistas penais, influenciadas pela metodologia das ciências naturais, estipulavam, para afirmação da responsabilidade penal, a necessidade de que o resultado imputado derivasse de um movimento corporal voluntário do sujeito, uma tese desenvolvida a partir do comportamento ativo. Ao aplicar a ideia às omissões, entretanto, consideradas um “nada”, surgiu o desafio da construção do nexo de causalidade nos crimes omissivos.

A dificuldade em explicar a causalidade na omissão impulsionou a doutrina a aprofundar-se no estudo desse comportamento, destacando-se, nesse contexto, a

teoria finalista criada por Hans Welzel, e posteriormente desenvolvida por Armin Kaufmann.

O finalismo, à semelhança do sistema anterior causalista, conceitua a omissão a partir de uma perspectiva ontológica, partindo do pressuposto de que a omissão possui uma existência pré-jurídica real. Essa concepção define a omissão como a não execução de uma ação final específica, cuja realização era devida e, ao mesmo tempo, concretamente possível ao agente.

O referido conceito, ao considerar as características ontológicas do comportamento omissivo, concebe sentido jurídico à omissão por meio do comando normativo, pois é desse comando que emerge a exigibilidade da ação devida e não realizada. Desse modo, a omissão penalmente relevante possui uma dimensão ontológica, mas também uma normativa, na medida em que sua relevância jurídica é estabelecida pela norma que determina a realização da ação omitida.

E existência dessas duas dimensões se justifica, pois o objeto do conhecimento, no caso a conduta omissiva, é algo externo ao próprio ato de conhecer, o que implica dizer que existe independentemente dele. Nesse sentido, ao proibir determinado comportamento sob ameaça de pena, o legislador realiza um ato de conhecimento sobre a conduta omissiva, enquanto forma de comportamento humano regido pela vontade final, limitando-se a desvalorizar o comportamento, sem, contudo, provocar-lhe nenhuma alteração.

Pelo exposto, dentre as várias construções doutrinárias expostas no trabalho que conceberam diferentes explicações para o comportamento omissivo, na presente tese a concepção finalista foi eleita como marco teórico para compreensão do fenômeno em análise.

Até este ponto, abordou-se de maneira genérica o comportamento omissivo sob um conceito capaz de englobar diversas condutas omissivas penalmente relevantes. Contudo, a despeito dos elementos compartilhados que possibilitam a inclusão das omissões sob um conceito unificado, é crucial observar que as várias manifestações típicas omissivas apresentam características distintivas significativas. Nesse sentido, tornou-se necessário classificar os crimes omissivos em diferentes espécies.

Alguns critérios classificadores propostos pela doutrina foram analisados no desenvolvimento da tese, entre eles o critério da causalidade em relação ao resultado; da tipificação expressa e implícita; da infração de deveres de agir e infração de

deveres de evitação do resultado; da ostentação, ou não, da posição de garante pelo sujeito ativo; da equivalência, ou não, com a ação; e, por fim, dos delitos de mera atividade e delitos de resultado.

Após o exame das várias concepções apresentadas, a perspectiva que identifica as omissões próprias como correspondentes aos delitos ativos de mera atividade, e as omissões impróprias como equivalentes aos delitos de resultado, sobressaiu devido à sua resiliência perante as críticas, conferindo-lhe uma sólida adequação doutrinária para explicar a bipartição dos crimes omissivos, motivo pelo qual foi adotada como paradigma teórico.

A abordagem destacada se difere de critérios anteriores que se baseavam na natureza do dever infringido, pois, segundo proposto, ambas as espécies de omissões violam deveres de agir. Assim, o critério de diferenciação entre as omissões reside na análise de se o resultado pertence ou não ao tipo de crime consumado. Nas omissões impróprias, a produção do resultado naturalístico, separado espaço-temporalmente da conduta, é elemento da tipicidade objetiva do delito consumado.

Apesar de majoritária, como dito, essa abordagem não ficou isenta de críticas. Alguns doutrinadores apontam que, não obstante a maioria das omissões próprias não exija a produção do resultado para consumação do delito, pode haver casos em que o resultado seja um elemento necessário à realização típica, ou que ao menos apareça como causa de majoração da pena.

Acerca do indicado, em primeiro lugar esclarece-se que a presença de tipos penais omissivos na parte especial da legislação penal, nos quais um resultado é diretamente atribuído à omissão, não implica dizer que sejam delitos de omissão própria. Embora raros, há delitos de omissão imprópria expressamente previstos na legislação, como o exemplificado artigo 1º, inciso I da Lei n.º 8.137/1990. Ademais, no que se refere à existência de delitos de omissão própria nos quais o resultado é previsto como causa de recrudescimento da pena, esses devem ser classificados como tipos mistos, situados entre a omissão própria e a imprópria, uma vez que carregam elementos de ambas.

As críticas apontam, ainda, a possibilidade da existência de omissões impróprias correspondentes a delitos de mera atividade. Contudo, além de parcela da doutrina rechaçar por completo essa possibilidade, um argumento de natureza histórico-dogmática também impede essa conclusão. A estrutura da omissão imprópria tem origem dogmática no fracasso das tentativas de se admitir uma

causalidade natural em certos casos de omissão, em contraposição à necessidade de se equiparar certas inações ao comportamento ativo, quando causam um resultado, isso demonstra uma íntima vinculação entre os delitos de comissão por omissão e os delitos de resultado.

Isto posto, a partir das premissas assentadas, o estudo passou a analisar detidamente os delitos comissivos por omissão. A relevante ascensão da relevância penal da conduta omissiva se inicia com a transformação do conteúdo da tutela penal, a partir da substituição da ideia de violação a um direito subjetivo gradativamente para a responsabilidade penal decorrente do resultado produzido, lesão a um bem jurídico, ainda na primeira metade do século XIX. Diante da evolução no enfoque da tutela penal, as legislações penais do século XIX passaram a dedicar uma atenção crescente aos delitos de omissão, especialmente aos delitos omissivos impróprios.

No âmbito nacional, a omissão imprópria apenas foi abordada explicitamente na legislação a partir de 1980, com a modificação da parte geral do Código Penal brasileiro. Nesse contexto, o referido diploma legal não apenas incorporou um dispositivo relacionado à relação de causalidade, mas também dedicou parágrafo específico à omissão imprópria, estabelecendo as fontes dos deveres de garante, conforme disposto no artigo 13, §2º.

Apesar da mencionada previsão legal, esta não foi suficiente para solucionar as controvérsias sobre a definição dos requisitos essenciais para a adequada imputação do resultado penalmente relevante ao comportamento omissivo impróprio. Nesse contexto, com o intuito de estabelecer premissas e fronteiras claras para o exercício do poder punitivo estatal, preservando-se as garantias fundamentais e racionalizando a intervenção punitiva, realizou-se um exame dos pressupostos de punibilidade nesses delitos.

Partiu-se do entendimento de que a tipicidade objetiva do crime comissivo por omissão abrange: a) a situação típica e o resultado; b) a posição de garantidor do omitente; c) a omissão da conduta determinada apesar da capacidade físico-real de agir; d) o nexo de causalidade. Além disso, a tipicidade subjetiva é delineada pela análise do dolo e da culpa. Seguindo adiante, para além da tipicidade, a punibilidade da omissão imprópria também está condicionada à verificação da antijuridicidade da conduta e à culpabilidade do indivíduo.

A situação típica, presente em todos os delitos comissivos, refere-se à existência concreta de risco para o bem jurídico tutelado pela norma. No contexto da

omissão imprópria, o surgimento da situação típica que aciona o dever de agir do garantidor ocorre com o risco de efetivação do resultado típico, ou seja, há um perigo que, sem a intervenção do sujeito garantidor, levará à lesão do bem jurídico protegido.

Nos delitos de omissão imprópria, não é suficiente, entretanto, a existência de uma situação típica, ou seja, de um cenário potencialmente perigoso. O critério diferenciador entre a omissão própria e imprópria implica concluir que nesta última deva existir, ainda como elemento objetivo, a produção do resultado típico como consequência causal da omissão do comportamento devido. Nesse sentido, exige-se a ocorrência do resultado separado espaço-temporalmente da conduta, conforme previsto no artigo 13, §2º do Código Penal.

No que se refere à posição ocupada pelo sujeito ativo da conduta, apenas aqueles que assumem a posição de garantidor, isto é, ocupam uma posição específica que os obrigue a assegurar especialmente a proteção do bem jurídico, podem ser autores de condutas típicas de omissão imprópria. Essa posição consiste em uma relação especial de garantia, integrando a tipicidade objetiva nos crimes comissivos por omissão.

Quanto às origens dos deveres de garantia, o legislador brasileiro optou por explicitar formalmente as fontes dessa posição no artigo 13, §2º do Código Penal. Assim, segundo a cláusula geral destacada, o dever de agir incumbe aos indivíduos que possuem a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; aos que assumiram, de qualquer modo, a responsabilidade de impedir o resultado; ou àqueles que, por meio de seu comportamento anterior, criaram o risco de ocorrência do resultado (ingerência).

Prosseguindo, em face da situação de perigo para um bem jurídico o sujeito garantidor deve realizar a prestação positiva considerada, objetivamente e a partir de uma perspectiva *ex ante*, apropriada e indispensável para evitar os danos ao bem jurídico. Não o fazendo, sua omissão poderá ser considerada penalmente relevante.

Entretanto, é fundamental adicionar a esta análise a avaliação acerca da possibilidade de o indivíduo cumprir a expectativa normativa, o que abrange tanto a possibilidade jurídica, como a capacidade físico-real de executar a ação. A capacidade real de agir conforme o esperado configura um pressuposto ontológico da expectativa normativa, uma vez que tal expectativa pressupõe a capacidade do destinatário de cumpri-la.

Nesse contexto, a capacidade físico-real deve ser identificada com base em características concretas do omitente. Isso envolve não apenas analisar a viabilidade física de realização da ação de acordo com o esperado, mas também a capacidade de agir final, que se refere à decisão subjetiva do indivíduo de não concretizar sua capacidade física de ação quando poderia tê-lo feito, e dessa forma alcançar o resultado pretendido.

Ainda no âmbito da tipicidade objetiva, após o exame dos elementos anteriores, é indispensável a análise sobre o nexo de causalidade. No âmbito da omissão imprópria, admitir-se a imputação de uma lesão ao bem jurídico ao agente pelo simples fato de ocupar uma posição de garantia seria, além de violação ao disposto na legislação, também uma afronta às garantias penais do cidadão perante o Estado.

Nesse sentido, não obstante predomine o entendimento de que na omissão imprópria inexistente relação causal naturalística entre a conduta e o resultado, a partir dos estudos realizados conclui-se que tal posicionamento parte de um pressuposto incompleto do conceito de causa, que a restringe às forças mecânicas ativas.

Sob essa perspectiva, considerando que a omissão possui uma realidade ontológica assim como a ação, pode-se compreender que a causalidade na omissão não é dada normativamente, mas valorada pelo Direito, isso porque também possui existência pré-jurídica. A seleção de determinados componentes do curso causal como juridicamente relevantes, não altera a realidade, mas apenas seleciona condutas às quais serão atribuídas um desvalor.

Uma vez estabelecida a natureza do nexo causal na omissão, e dada sua relevância jurídica pelo artigo 13, caput do Código Penal, no que diz respeito ao método de verificação da causalidade na omissão imprópria, verifica-se que a legislação nacional adotou, assim como nos crimes comissivos, a fórmula da *conditio sine qua non*.

Assim sendo, o processo de verificação causal da omissão imprópria se desdobra em duas fases consecutivas. Inicialmente, assim como nos delitos comissivos, procede-se à exclusão mental de eventual ação anterior existente, buscando determinar se esta foi uma condição essencial para a ocorrência da lesão ao bem jurídico. Num segundo momento, específico para os crimes omissivos, realiza-se a inclusão mental da ação devida, com a finalidade de avaliar se a intervenção não realizada seria suficiente para evitar o resultado concreto com uma probabilidade próxima da certeza.

Após a análise dos elementos que constituem a tipicidade objetiva na omissão imprópria, passou-se ao estudo da tipicidade subjetiva no contexto específico dos crimes comissivos por omissão. Tendo se constatado a possibilidade da prática desses delitos de forma dolosa, seja o dolo direto ou eventual, ou culposa, a depender da previsão legal específica.

No âmbito da antijuridicidade, da mesma forma como nos crimes comissivos, na omissão imprópria o acontecer típico sinaliza este segundo elemento do conceito analítico de crime. Assim, verificando-se o omitir típico, através da subsunção do fato ao tipo penal comissivo conjugado com o artigo 13, §2º do Código Penal, esse será também, em regra, antijurídico, salvo se presente alguma das causas de justificação.

Acerca das hipóteses justificantes, destaca-se, no âmbito do estado de necessidade, o parágrafo primeiro do artigo 24 do Código Penal. Esse dispositivo estabelece que os indivíduos que têm o dever legal de enfrentar o perigo não podem alegar estado de necessidade. Dessa forma, os garantidores cujo dever de evitação do resultado é fundamentado na imposição legal de cuidado, proteção ou vigilância, não dispõem da prerrogativa de utilizar o estado de necessidade como justificativa para uma eventual omissão no dever de agir.

Além disso, no contexto das hipóteses de exclusão da antijuridicidade relacionadas ao estrito cumprimento do dever legal e ao exercício regular do direito, é crucial ressaltar que essas justificantes são incompatíveis com a omissão imprópria. Isso ocorre porque tais situações pressupõem condutas positivas, as quais são inconciliáveis com os delitos comissivos por omissão.

Por fim, para a teoria finalista, a culpabilidade é um juízo normativo que reprova o autor do injusto penal, levando em conta a imputabilidade, a exigibilidade de outra conduta e a potencial consciência da antijuridicidade. Nesse sentido, uma vez identificada a imputabilidade do agente, segundo os mesmos parâmetros dos crimes comissivos, passou-se a analisar os demais elementos da culpabilidade.

A exigibilidade de conduta diversa relaciona-se com a liberdade, merecendo reprovação o sujeito que, podendo agir conforme as normas, opta pelo contrário. No contexto da omissão imprópria, surge a discussão sobre a antecipação do juízo de exigibilidade.

Alguns autores propõem avaliar a exigibilidade no momento da culpabilidade, contudo entende-se que a análise da tipicidade objetiva nos delitos de omissão imprópria, que envolve a possibilidade do sujeito de agir conforme esperado, abrange

não apenas a análise individual e contextualizada da capacidade físico-objetiva de o agente cumprir o dever imposto, mas também a verificação da capacidade de agir final.

Assim, examina-se o conhecimento do sujeito acerca da situação que requer intervenção e da finalidade a ser atingida, somada à escolha dos meios necessários para atingir o objetivo previamente conhecido e prescrito pelo Direito Penal. Desse modo, reputa-se plenamente adequada a construção acerca da antecipação do juízo de exigibilidade à tipicidade, nos delitos omissivos impróprios.

No que diz respeito à potencial consciência da ilicitude, o erro de proibição, enquanto causa de exclusão, se transfere à omissão imprópria como erro de mandamento, ou erro sobre o dever de garantidor.

Não obstante exista a presunção de conhecimento da lei estampada na parte inicial do artigo 21, *caput* do Código Penal, deve-se reconhecer que em uma sociedade complexa e excessivamente regulamentada, tal presunção não condiz com a realidade. Nesse contexto, o exame sobre a consciência do dever de garantidor deve ser realizado *in concreto*, em conformidade com o indivíduo determinado.

Por fim, após todo o exposto e aprofundando-se a análise do problema central da tese (*Qual resultado é exigido como pressuposto da tipicidade objetiva dos crimes omissivos impróprios?*), concluiu-se que, a despeito de posicionamentos doutrinários em sentido contrário, o resultado típico exigido na omissão imprópria e presente no artigo 13, §2º do Código Penal brasileiro como pressuposto de punibilidade desses comportamentos, corresponde ao resultado naturalístico, ou seja, lesão efetiva ao bem jurídico protegido.

Tal conclusão se baseia em uma interpretação teleológica e histórica da legislação penal brasileira. Nesse sentido, o artigo 13, *caput* do Código Penal tem sua origem no pensamento do positivismo-mecanicista, e por isso colocou a omissão ao lado da ação como causa de um resultado. Na mesma conjuntura doutrinária, elaborou-se o parágrafo segundo do dispositivo, com a proposta de equiparação da omissão à conduta comissiva em razão da violação de deveres formais garante.

O que se verifica é que, sob influência causalista, o escopo do dispositivo era viabilizar a imputação de resultados naturalísticos às omissões quando essas, embora não tipificadas expressamente na legislação penal, contribuíssem para a ocorrência de uma lesão efetiva a um bem jurídico tutelado. Nesse sentido, deve-se descartar a

interpretação ampliativa do vocábulo “resultado” empregado na lei penal, inviabilizando a prática de delitos de mera atividade por omissão imprópria.

Esta conclusão deve prevalecer, ainda, na medida em que se considera que o critério mais adequado de classificação das omissões é o que equipara a omissão própria aos delitos de mera atividade, e a omissão imprópria aos delitos materiais, como exposto, o que torna ilógico sustentar a possível existência de condutas comissivas por omissão cujo resultado seja a mera colocação em perigo do bem jurídico.

Apesar do esforço necessário em restringir a intervenção penal estabelecendo pressupostos punitivos, juntamente com uma interpretação legislativa que busca resgatar a intenção do legislador no momento da elaboração do texto legal, observa-se na prática jurisprudencial a aplicação dos institutos penais de maneira retórica e com interpretação manipulada, visando viabilizar a responsabilidade penal de agentes garantidores, como uma forma de contornar a ineficácia estatal no enfrentamento da criminalidade complexa.

Como se demonstrou, as questões que tangenciam os delitos de omissão imprópria não podem ser solucionadas com uma pura análise da legislação. Simplesmente porque essa forma de investigação do fenômeno jurídico é incompatível com um Estado Democrático de Direito e acrítica, já que não problematiza a legitimidade e necessidade da criminalização das condutas omissivas, tampouco delimita o alcance da intervenção penal.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2. ed. Bogotá: Temis Librería, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal: parte general**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Coleção História do Direito Brasileiro. vol. 5. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal**. v. 2. Lisboa: AAFDL, 1988.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Antecipação da censurabilidade da culpa em razão da imputação do resultado omissivo: o enquadramento penal da omissão e a função da exigibilidade no Código Penal brasileiro. **Católica Law**

**Review**, Lisboa: Universidade Católica Editora, ISSN: 2183-9336, v. I, n. 3, nov. 2017, p. 43/70. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/1988/1910>. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República, 1890. 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: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. Exposição de motivos do código penal de 1969. **Revista de informação legislativa**. Brasília/DF: Senado Federal, v. 6, n. 24, out./dez. 1969, p. 153/170. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224150>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Exposição de motivos n.º 211, de 9 de maio de 1983**. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaoodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro/RJ: Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, 1830. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Decisão do Recurso Especial nº 1948743 – PR (2021/0216797-0)**. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 9.605/1998. ELABORAÇÃO OU APRESENTAÇÃO, NO LICENCIAMENTO, DE ESTUDO, LAUDO OU RELATÓRIO AMBIENTAL ENGANOSO OU FALSO, INCLUSIVE POR OMISSÃO. VIOLAÇÃO DO

ART. 619 DO CPP. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VERIFICAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 13, § 2º, DO CP. DELITO OMISSIVO. POSIÇÃO DE GARANTE RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 158 DO CPP. TESE DE NECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE QUANDO JÁ PREENCHIDO OS REQUISITOS PARA A TIPIFICAÇÃO DO DELITO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CPP. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. CARÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INAPLICABILIDADE DA CONSUNÇÃO. RECONHECIDA A AUTONOMIA DO DELITO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 25 out. 2023. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, 26 out.2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=16901&seq\\_documento=38922780&data\\_pesquisa=27/10/2023&versao=impressao&nu\\_seguinte=00001&tipo\\_documento=documento](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16901&seq_documento=38922780&data_pesquisa=27/10/2023&versao=impressao&nu_seguinte=00001&tipo_documento=documento). Acesso em: 22/01/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265#:~:text=os%20crimes%20tribut%C3%A1rios%20s%C3%A3o%20de,supress%C3%A3o%20ou%20redu%C3%A7%C3%A3o%20do%20tributo>. Acesso em: 25 jan. 2024.

COLEN, Guilherme Coelho. Dolo eventual e requisitos do tipo. **Duc In Altum Cadernos de Direito**. v. 7, n. 12, p. 173 – 189, mai./ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/31/31>. Acesso em: 30 dez. 2023.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre el espíritu positivo**: discurso preliminar del tratado filosófico de astronomía popular. Trad. Eugenio Moya. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1999.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Afonso *et al.* Madrid: Editora Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L, 1989.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. vol. 1. tomo I. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. Nuevo pensamiento penal. **Revista de derecho y ciencias penales**, Buenos Aires, v. 1, n. 3, p. 365-386., 1972. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=25422](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=25422). Acesso em: 6 nov. 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre los delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano. 11. n.º 44, jul/set 2003. p. 34-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XL. fascículo 3, p. 579-608, dez. 1987. Disponível em: < <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/167/167>>. Acesso em: 29 jul. 2023.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução de Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

HUERTA TOCILDO, Susana. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?. **Cuadernos de política criminal**. n. 17. p. 231-255. Madrid, 1982. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=56514](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56514). Acesso em: 02 nov. 2022.

HUERTA TOCILDO, Susana. **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. Madrid: Ministério de Justicia Centro de Publicaciones, 1987. *E-book*.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal: decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. vol. I. tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **Bases para una teoría funcional del derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá *et al.* Lima: Palestra Editores, 2000.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general.** Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. vol. 2. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1981.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** Madrid: Marcial Pons, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** vol. 1. Coleção História do Direito Brasileiro. vol. 9. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI?. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 51-68, set./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/14/artigo02.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2023.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005. Disponível em: Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=9909](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9909). Acesso em: 3 set. 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a lei de crimes ambientais, em uma análise com o direito comparado. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 125 – 145, 2004. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/137>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El Derecho Penal en la sociedad del riesgo.** Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Crítica ao chamado “homem médio” como barema de uma culpabilidade moralizante. **Revista do Programa de Pós Graduação em direito da UFBA**, Salvador, v. 31, n. 1, p. 140 – 166, jan/jun 2021.

Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/37319/24987>.  
Acesso em: 26 jan. 2024.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**. Trad. Pedro Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, [s.d.].

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraHVd\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf). Acesso em: 30 dez. 2023.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción: y su importancia para el sistema del derecho penal**. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Trad. Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, [s.d.].

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de sonegação fiscal, em forma omissiva. Art. 1º, nº I da Lei nº 8.137, de 1990. Atipicidade da conduta dos denunciados. Não ocorrência de supressão da CPMF. Inexistência do respectivo fato gerador. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 253 – 264, 2003.

RIBEIRO, Raphael Lima. **Antijuridicidade material do direito internacional penal: os direitos humanos como equivalente funcional dos bens jurídicos no juízo de desvalor da sua antijuridicidade**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos. la estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 82, p. 24-47, 2010.

RUIVO, Marcelo Almeida. **Causalidade da omissão imprópria**. São Paulo: Almedina, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Antônio José Costa e. **Código penal dos estados unidos do Brasil comentado**. vol. 1. Coleção História do Direito Brasileiro. vol. 7. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión**. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. fascículo 1. ano 1991. Disponível em: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1991-10000100024](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1991-10000100024). Acesso em: 13 out. 2023.

SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVAREZ. Juarez. **Teorias do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Trad. Juan Bustos Ramírez *et al.* 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

**ANEXO**

RECURSO ESPECIAL Nº 1948743 - PR (2021/0216797-0)

RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

RECORRENTE: SILVIO BARBOZA DE MELO

ADVOGADOS: JOE ROBSON COPPI - PR044573

LEÔNIDAS SANTOS LEAL - PR060043

RARIANA MARINE RODRIGUES CASTANHO - PR061078

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

CORRÉU: ALLEANZA HOME HOTEL LTDA

CORRÉU: GRUPO PEDRA COMERCIO ASSESSORIA E SERVIÇOS LTDA

CORRÉU: MARCO ANTÔNIO DE PAULA LIMA

CORRÉU: ALCIONE MARIA NOVELLI DE PAULA LIMA

CORRÉU: LEANDRO MENGARDO GOMES

CORRÉU: ROBERTO MANOEL CORREA NETO

CORRÉU: ANA LUCIA MOURAO DE MELO

CORRÉU: DJAMMES KUNRATH

CORRÉU: EDMAR ANDERSON LANES

CORRÉU: ESPAÇO AMBIENTAL HOME HOTEL LTDA

CORRÉU: SPARTA PARK HOME HOTEL EIRELI

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 9.605/1998. ELABORAÇÃO OU APRESENTAÇÃO, NO LICENCIAMENTO, DE ESTUDO, LAUDO OU RELATÓRIO AMBIENTAL ENGANOSO OU FALSO, INCLUSIVE POR OMISSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VERIFICAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 13, § 2º, DO CP. DELITO OMISSIVO. POSIÇÃO DE GARANTE RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 158 DO CPP. TESE DE NECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE QUANDO JÁ PREENCHIDO OS REQUISITOS PARA A TIPIFICAÇÃO DO DELITO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CPP. FACULDADE DO ÓRGÃO

JULGADOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. CARÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INAPLICABILIDADE DA CONSUNÇÃO. RECONHECIDA A AUTONOMIA DO DELITO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL.

1. Não prospera a alegação de ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto a controvérsia atinente à ausência de laudo, estudo ou relatório ambiental, foi devidamente analisada pela instância ordinária.

2. Extrai-se os seguintes trechos do acórdão da apelação criminal (fls. 3.119/3.122): [...], *a negativa de autoria encontra-se dissociada das demais provas acostadas aos autos. [...] Denota-se, pois, ter o apelante se omitido em relatar que o empreendimento se tratava verdadeiramente de um loteamento de imóveis rurais para a venda e exposição das unidades, bem como que afirmou que se tratava de um empreendimento hoteleiro com capacidade inferior a 100 (cem) leitos, procurando assim, burlar os requisitos para a concessão da Dispensa de Licenciamento Ambiental Estadual. [...] Não prospera a alegação de inexistência de laudo, estudo, relatório ambiental falso ou enganoso, uma vez que foram apontados individualmente inúmeros documentos que ludibriaram o órgão estatal a emitir o documento de Dispensa de Licença Ambiental. [...] Não bastasse a farta prova documental, restou, incontestavelmente, comprovado pelos depoimentos testemunhais a prática do delito previsto no artigo 69-A da Lei n.º 9.605/98 pelo recorrente. [...] a testemunha João Carlos Diana informou que houve o processo de não conformidade de dispensa de licenciamento em razão da prestação de informações incorretas, sendo que, por conta disso, concluiu-se pela dispensa de licenciamento. [...], foi apresentado ao Instituto Ambiental do Paraná mapa de uso e ocupação do solo (mov. 6.27/6.28 e 105.20/105.21) e projeto de tratamento de resíduos líquidos (esgoto) (mov. 6.30/6.32) como se o empreendimento pretendido fosse um hotel com menos de 100 (cem) leitos. [...], restou demonstrado nos autos que a intenção do empreendimento era a realização da venda de centenas de lotes em área rural para compradores que imaginavam se tratar de um condomínio residencial regularizado. Segundo informaram os servidores do Instituto Ambiental do Paraná, a DLAE era concedida de acordo com as informações prestadas no requerimento, pois a*

*falta de funcionários no órgão não permitia a fiscalização devida de todos os procedimentos em andamento.*

3. A teor da jurisprudência desta Corte, os embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão, nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão (AgRg no Ag n. 372.041/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 4/2/2002), de forma que não há falar em negativa de prestação jurisdicional apenas porque o Tribunal local não acatou a pretensão deduzida pela parte (AgRg no REsp n. 1.220.895/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/9/2013).

4. Ao apontar negativa de vigência aos arts. 381, II, 619 e 610, todos do Código de Processo Penal, busca o recorrente o rejuízo da causa, providência incompatível com a via estreita do recurso integrativo. Veja-se: AgRg no REsp n. 1.356.603/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/6/2014.

5. No que se refere à violação do art. 13, § 2º, do Código Penal, a Corte paranaense fundamentou que *restou claro que, na verdade, era Silvio Barboza de Melo quem exercia a administração do grupo e que cabia a ele a prática de atos necessários ao seu regular funcionamento. [...] Esse fato foi corroborado pelos depoimentos das testemunhas Felipe Mudik (mov. 1.017.10), Leandro Vilela Arruda (mov. 1.017.11), Célio Martins (mov. 1.048.15), Wallace de Oliveira Brito (mov. 1.048.32), Francieli Cristiane Denis da Conceição (mov. 1.048.39), Nelson Antero Junior (mov. 1.048.43), Naiana Cristina Moreira de Brito (mov. 1.184.2), inquiridas nos autos n.º 0007004-40.2015.8.16.0035. [...] Como o réu era o efetivo administrador da sociedade caberia ao mesmo ter requerido o licenciamento ambiental. Como não o fez, incorreu em crime omissivo impróprio, respondendo, assim, pelo mesmo delito perpetrado por Espaço Ambiental Home Hotel Ltda. e Grupo Pedra Comércio Assessoria e Serviços Ltda., conforme preconiza o artigo 13, § 2º, alínea “b” do Código Penal, (fl. 3.123).*

6. Não prospera a tese de que somente há possibilidade de impugnação de crime omissivo àquele que devia e podia evitar o resultado, estabelecendo uma posição denominada de “garante” normalmente destinada ao agente

*público, médico, etc., mas jamais ao empresário, na forma do art. 13, § 2º do Código Penal. Reconhecida pela instância ordinária que o recorrente era o efetivo administrador da sociedade, tem-se demonstrado o poder de agir e a posição de garantidor, no sentido da proteção bem jurídico tutelado. Outrossim, inviável, na via estreita do recurso especial, a alteração do quanto delineado, ante a necessária incursão no caderno fático-probatório.*

7. Quanto à aludida violação do art. 69-A da Lei n. 9.605/98, a materialidade delitiva ficou demonstrada ante a colação da prova documental listada às fls. 3.115/3.116, sendo prescindível a elaboração de exame de corpo de delito para aferição de loteamento irregular ou empreendimento hoteleiro, notadamente quanto já preenchidos os requisitos para tipificação do delito em comento.

8. Razão não assiste ao recorrente quanto à violação do art. 93 do Código de Processo Penal, ante a discricionariedade do julgador para a suspensão do curso do processo.

9. *A suspensão prevista no art. 93 do Código de Processo Penal constitui faculdade do Juízo singular, estando afeta ao seu poder discricionário (REsp n. 1.500.961/SP, Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, DJe 22/9/2016).*

10. No que se refere ao indicado dissídio jurisprudencial, o Tribunal de origem apresentou as seguintes considerações (fls. 3.124/3.126): *O princípio da consunção é aplicável as situações em que existe mais de um ilícito penal em que um deles representa apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, sendo, então, o agente responsabilizado apenas pelo último. [...], quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda, cominada em dispositivo diverso, aplicar-se-á apenas a última. Ou seja, a consunção irá incidir quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este de sua função punitiva. [...], o que ocorreu nos autos ns.º 0002280-25.2016.8.16.0013, 0002302-83.2016.8.16.0013 e 0002292-39.2016.8.16.0013 foi o requerimento de Dispensa de Licenciamento Ambiental, com a prestação de informações falsas, omitindo-se assim a real intenção do empreendimento. [...], conclui-se que os crimes contra a administração ambiental praticados nestes autos não foram unicamente os meios utilizados para a prática dos loteamentos clandestinos.*

*Abarcam, por evidente, condutas absolutamente autônomas. [...], resta inviável a aplicação do princípio da consunção com os delitos reportados nas ações penais ns.º 0007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035 com os dos presentes autos.*

11. O *dissídio jurisprudencial* deve ser comprovado mediante o *cotejo analítico* entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas (AgInt no AREsp n. 2.288.003/RJ, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 6/9/2023 – grifo nosso), o que não ocorre no caso concreto.

12. O entendimento da Corte *a quo* está em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inviabilidade da absorção de crimes quando reconhecida a autonomia dos delitos. Independente da finalidade do recorrente, o crime previsto no art. 69-A da Lei n. 9.605/98 possui autonomia jurídica e tutela bem jurídico próprio, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção.

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso especial interposto por **Silvio Barboza de Melo**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná nas Apelações Criminais n. 0002302-83.2016.8.16.0013, 0002280-25.2016.8.16.0013 e 0002292-39.2016.8.16.001 (fls. 3.102/3.156):

APELAÇÃO CRIMINAL. 1. ELABORAÇÃO OU APRESENTAÇÃO, NO LICENCIAMENTO, DE ESTUDO, LAUDO OU RELATÓRIO AMBIENTAL ENGANOSO OU FALSO, INCLUSIVE POR OMISSÃO. ARTIGO 69-A DA LEI N.º 9.605/98. 1.1. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL QUE EVIDENCIAM CABALMENTE A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO APELANTE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO E ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA EM DECORRÊNCIA DO ENVOLVIMENTO EM PRÁTICAS DELITIVAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. MOTIVOS DO CRIME. CONDUTAS QUE SÃO INERENTES AO TIPO PENAL. IMPERIOSO REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS CONDUTAS. READEQUAÇÃO DA PENA NECESSÁRIA. 1.2. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ACOLHIMENTO. RÉ QUE OSTENTOU APENAS A CONDIÇÃO DE SÓCIA NA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. INSUFICIÊNCIA PARA EMBASAR A INFLIÇÃO DE DECRETO CONDENATÓRIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NÃO

COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS. *IN DUBIO PRO REO*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Opostos embargos de declaração (fls. 3.264/3.284), foram rejeitados (fls. 3.313/3.320):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÕES CRIMINAIS JULGADAS DE MODO UNIFICADO. APONTADA OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E QUESTÃO DE ORDEM NO ACÓRDÃO VERGASTADO. NECESSIDADE DE ACLARAMENTO NÃO EVIDENCIADO. EMBARGANTE QUE PRETENDE, POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, REDISCUTIR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO COLEGIADO. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA IRRESIGNAÇÃO COM A SOLUÇÃO DADA AO CASO CONCRETO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

No presente recurso especial, é disposto que o *Tribunal a quo contrariou lei federal deixando de dar vigência aos artigos artigo 619 do Código de Processo Penal; 69-A da Lei 9.605/1998, artigo 13 do Código Penal; art. 158 do Código Penal; art. 93 do Código de Processo Penal; bem como quanto a aplicação do princípio da consunção ou absorção; bem como o entendimento lançado pelo E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ é contrário à jurisprudência de outros estados, e do próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA* (fl. 3.481).

Assevera, de início, que a materialidade ratificada no ACÓRDÃO recorrido não se deu com base em documentos que demonstrem a elaboração ou apresentação “no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso”. [...] o v. ACÓRDÃO reconheceu a materialidade com base em diversos documentos, correlacionando os mesmos aos respectivos feitos; mas não se tratou de elaboração ou apresentação “no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso”. [...] Ocorre que na visão da defesa do acusado Sílvio inexistente laudo, estudo ou relatório ambiental (elementos do tipo penal do art. 69-A da Lei 9.605/98), dentre outras questões que mereciam manifestação e esclarecimento, razão pela qual opôs EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. – os quais não foram acolhidos e cuja negativa é objeto do presente RECURSO. (fls. 3.486/3.487).

No que se refere à violação do art. 619 do Código de Processo Penal, dispõe que, da leitura do acórdão integrativo, que julgou os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, o TJPR deixou de se manifestar expressamente quanto “a localização nos autos, do

*laudo, estudo ou relatório ambiental, descrito no tipo penal do art. 69-A da Lei 9.605/98.”. Isso porque não há nos autos laudo, estudo ou relatório ambiental, de modo a configurar o tipo penal do art. 69-A da Lei 9.605/98 (fl. 3.489).*

*Reforça que não há qualquer indicativo acerca do movimento processual que conste o laudo, estudo ou relatório ambiental, razão pela qual houve a interposição dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, repita-se: rejeitados sem esclarecimento acerca da existência ou não desses documentos. [...] De forma lógica, se não há nos autos esses documentos, inexistente o tipo penal por falta de materialidade do art. 69-A da Lei 9.605/98 - todavia sabemos que não compete (e não deve competir) ao SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA reanalisar fatos mas sim que haja efetiva manifestação do TRIBUNAL a quo, no caso o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, sobre a existência ou não desses documentos – e constando do corpo do acórdão, então ao STJ promover o controle de legalidade federal e uniformização de jurisprudência. [...] Dessa forma, houve por parte do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ a negativa de vigência do art. 619 do Código de Processo Penal, vez que deixou de se manifestar sobre a OMISSÃO APONTADA pelo EMBARGANTE, ora RECORRENTE, SÍLVIO (fl. 3.490).*

*Ressalta que essa informação (existência ou não) dos mencionados documentos (laudo, estudo ou relatório ambiental), é relevante para permitir interposição de RECURSO ESPECIAL sobre as questões jurídicas relevantes, qual seja a ausência de materialidade, vez que defendemos a inexistência desses documentos nos autos (fls. 3.491/3.492).*

*Destaca, no ponto, que a tese da ausência de documentos não é isolada, e tem arrimo no em análise de testemunha que consta do próprio ACÓRDÃO recorrido – o que não enseja a reanálise de fatos e provas, mas tão somente do próprio acórdão recorrido. [...] O resumo da testemunha em questão é diretor órgão ambiental do Paraná, sr. Reginato Joaquim Grun Bueno, cuja transcrição consta do acórdão (pg. 18- 20), declarou que não há qualquer laudo, estudo ou relatório ambiental em qualquer dos procedimentos ambientais referentes aos empreendimentos: [...] Portanto, uma das testemunhas mais relevantes, inclusive com conhecimento técnico e experiência diária, não localizou nos autos de processo administrativo os documentos que ensejam a materialidade delitiva–laudo, estudo ou relatório ambiental. (fl. 3.492).*

Argumenta, também, que *conforme se extrai do art. 13, § 2º do Código Penal, somente há possibilidade de impugnação de crime omissivo àquele que devia e podia evitar o resultado, estabelecendo uma posição denominada de “garante” – normalmente destinada ao agente público, médico, etc., mas jamais ao empresário, na forma do art. 13, § 2º do Código Penal.* (fl. 3.495).

Repisa, ainda, que *o contexto do presente feito é a ocorrência da violação do tipo penal do art. 69-A da Lei 9.605/98, com a utilização de laudo, estudo ou relatório ambiental, falsos – portanto crime que deixa vestígios (falsidade) necessário o exame de corpo de delito. Questão essa já julgada até pelo STF acerca da necessidade do exame no crime de falso. [...] O v. ACÓRDÃO recorrido do TJPR deixou de se manifestar acerca da necessidade de laudo pericial (exame de corpo de delito) na forma do art. 158 do CPP - razão pela qual houve a interposição de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para que o TRIBUNAL a quo se manifestasse acerca da existência ou não da prova pericial no sentido de se tratar de um hotel ou um loteamento.* (fls. 3.499/3.500).

Aponta, no que se refere à violação do art. 93 do Código de Processo Penal, que *para a configuração do crime ambiental demanda a apuração de ser os empreendimentos loteamentos clandestino (objeto dos outros autos), deve então se aguardar o término daqueles autos, para então haver o julgamento desses autos. [...], repita-se que há dependência da decisão dos autos n.º 0007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035, quanto a ocorrência de um loteamento – pois nestes autos recursais (origem 0002302-83.2016.8.16.0013; 0002280-25.2016.8.16.0013; 0002292-39.2016.8.16.0013) o que o TJPR entendeu foi o afastamento de um empreendimento hoteleiro, para reconhecer loteamento – todavia tal reconhecimento é objeto daqueles outros autos. [...], a conduta adequada a ser adotada, seria a suspensão desses autos, até a definitiva controvérsia dos autos 0002302-83.2016.8.16.0013; 0002280-25.2016.8.16.0013; 0002292-39.2016.8.16.0013, na forma do art. 93 do CPP. [...] Portanto houve por parte do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ a negativa de vigência do art. 93 do CPP, quanto a necessidade de suspensão do feito até a definição da existência de loteamento ou hotel nos outros autos – sem prejuízo do reconhecimento do princípio da absorção ou consunção.* (fls. 3.505/3.506).

Apresenta hipótese de reconhecimento de dissídio jurisprudencial relativo à aplicação do princípio da consunção.

Assevera que, *data venia ao entendimento do ACÓRDÃO recorrido, mas até mesmo o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, reconhece que a utilização do procedimento ambiental tinha como finalidade o cometimento de outro crime, qual seja o de loteamento clandestino – tese defendida pela Defesa, ora RECORRENTE, e afastada pelo Tribunal a quo. [...] De forma breve, há 2 (duas) situações possíveis: o laudo ambiental (latu sensu) falso destinado à um empreendimento comercial/ industrial, sem qualquer reflexo criminal (outro crime, ou crime-fim); e de outro vértice a utilização do procedimento ambiental para o cometimento de crime de loteamento clandestino (ou outro crime), conforme reconhecido pelo v. acórdão (pg. 21 de 55): [...] O próprio acórdão recorrido do TJPR deixa claro, como motivo do crime, que a finalidade dos procedimentos ambientais seria dar aparente legalidade ao empreendimento, esses loteamentos clandestinos que são objeto dos autos n.º 007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035.75. [...] Ou seja o crime objeto desses autos tinha como finalidade (motivo) o suposto cometimento de outros crimes, quais sejam, de loteamento clandestino, estelionato e outros, pois com a liberação ambiental transpassava aos empreendimentos um caráter de legalidade, inclusive de autorização ambiental. O que importa claramente na aplicação do princípio da consunção: (fls. 3.507/3.508).*

*Aponta que o TJPR entendeu que a prestação de informações falsas (...) não foram unicamente os meios utilizados para a prática dos loteamentos clandestinos. Abarcam, por evidente, condutas absolutamente autônomas. [...] O TJMG, a seu turno, partiu da finalidade (lavagem de capitais) para entender que a falsificação era somente um meio para o crime fim, e real interesse do agente. Já o TJPR partiu do crime meio (falsificação ambiental) para verificar se esse foi o único elemento do crime fim. Ou seja houve diversa interpretação pelos tribunais acerca do princípio da consunção. [...] Outrossim, o TJPR entendeu que a falsificação seria autônoma ao loteamento clandestino, ainda que a finalidade da suposta falsificação seria a aparente legalidade do loteamento clandestino. Já o TJMG, por sua vez, que a única finalidade da falsificação seria a lavagem de capitais. [...] Todavia a questão jurídica controversa/divergente, objeto do presente RECURSO ESPECIAL denota de forma cristalina que a única finalidade do pedido de licença ambiental era para a regularização ambiental do loteamento clandestino, data venia, qual seria a finalidade de se tirar tal licença, senão para aparentar a devida regularidade do empreendimento considerado como loteamento clandestino (fls. 3.513/3.514).*

Ao final da peça recursal, pede o conhecimento e provimento do recurso a fim de: a) Reconhecer a violação do art. 619 do CPP pelo TJPR, para DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, determinando-se que o ACÓRDÃO RECORRIDO(TJPR) consigne em seu corpo, de forma expressa, as questões levantadas em sede de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, em especial indicando de forma precisa (movimento processual), onde estão os laudo, estudo ou relatório ambiental, que fundamentam a materialidade delitiva do tipo penal do art. 69-A da Lei 9.605/98. b) Reconhecer a violação do art. 13, § 2º do CP pelo ACÓRDÃO recorrido do TJPR, uma vez que não pode por esse dispositivo legal, ser atribuído ao particular SÍLVIO, como empresário, e sem conhecimento técnico, a posição de garante, especialmente quando houve a contratação do Engenheiro, co-réu, ROBERTO, especialista para a formulação do pedido ambiental; absolvendo-se o RECORRENTE SÍLVIO na forma do art. 386, IV, V ou VI e/ou VII do CPP, inclusive por atipicidade da conduta. c) Reconhecer a violação do art. 619 do CPP, pois ACÓRDÃO do TJPR não consignou expressamente a necessidade (ou dispensa) de exame de corpo de delito, na forma do art. 158 do CPP, para se apurar se o empreendimento é um Loteamento ou um Empreendimento hoteleiro. Assim deve haver o provimento do presente RECURSO ESPECIAL para que os autos sejam devolvidos à origem (TJPR) e haja expressa manifestação no corpo do acórdão acerca da necessidade, ou desnecessidade, do exame de corpo de delito na forma do art. 158 do CPP, para apurar se os três empreendimentos eram hotel rural ou loteamento clandestino. d) Alternativamente ao pedido “C”, que então se reconheça a violação do art. 93 do CPP, para reconhecer a necessidade de suspensão desses autos 0002302-83.2016.8.16.0013; 0002280-25.2016.8.16.0013; 0002292-39.2016.8.16.0013, até o julgamento definitivo dos autos 0007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035, de modo a ter uma decisão definitiva se trata-se de um empreendimento hoteleiro ou loteamento. e) Reconheça a divergência jurisprudencial quanto a aplicação do princípio da consunção (absorção), com a uniformização da jurisprudência nacional, inclusive FIXANDO TESE, se a aplicação do princípio da consunção deve apurar 1) se o ‘crime-meio’ tem como finalidade/ intuito o ‘crime-fim’ (TJMG e Sum. 17 do STJ) ou se o ‘crime-meio’ é o único meio utilizado para o ‘crime- fim’, como entendimento do TJ-PR. e.1) Caso adotado o entendimento do TJMG (acórdão paradigma), requer-se a reforma do acórdão do TJPR, para consignar que eventual falsificação de documento ambiental tinha como finalidade trazer aparência de legalidade ao loteamento clandestino,

*absolvendo-se o RECORRENTE/ACUSADO SÍLVIO na forma do art. 386, VI do CPP. e.2) De outro vértice, caso não seja o entendimento do STJ pelo acolhimento do presente RECURSO ESPECIAL, nesse ponto, requer-se então que sejam esclarecidos qual era a finalidade delitiva do art. 69-A da Lei 9.605/98 pelo RECORRENTE SÍLVIO (fls. 3.516/3.517).*

Oferecidas contrarrazões (fls. 3.565/3.572), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 3.575/3.583).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovemento da insurgência (fls.3.602/3.608):

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 69-A DA LEI Nº 9.605/98. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. *DECISUM* FUNDAMENTADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório.

#### **VOTO**

De início, tenho que não prospera a alegação de ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto a controvérsia atinente à ausência de laudo, estudo ou relatório ambiental foi devidamente analisada pela instância ordinária.

Para elucidação do quanto requerido, extrai-se os seguintes trechos do acórdão da apelação criminal (fls. 3.119/3.122 – grifo nosso):

[...]

A despeito da versão apresentada pelo acusado, **a negativa de autoria encontra-se dissociada das demais provas acostadas aos autos.**

**Denota-se, pois, ter o apelante se omitido em relatar que o empreendimento se tratava verdadeiramente de um loteamento de imóveis rurais para a venda e exposição das unidades, bem como que afirmou que se tratava de um empreendimento hoteleiro com capacidade inferior a 100 (cem) leitos, procurando assim, burlar os requisitos para a concessão da Dispensa de Licenciamento Ambiental Estadual.**

Os depoimentos prestados pelos servidores do Instituto Ambiental do Paraná e pelas vítimas evidenciaram a prática do crime contra a administração ambiental pelo acusado. **Não prospera a alegação de inexistência de laudo, estudo, relatório ambiental falso ou enganoso, uma vez que foram apontados individualmente inúmeros documentos que ludibriaram o órgão estatal a emitir o documento de Dispensa de Licença Ambiental.**

Não bastasse a farta prova documental, restou, incontestavelmente, comprovado pelos depoimentos testemunhais a prática do delito previsto no artigo 69-A da Lei n.º 9.605/98 pelo recorrente.

[...], observa-se ter a testemunha Reginato Joaquim Grun Bueno declarado com precisão que o empreendimento do acusado solicitava pedidos de dispensa de licenciamento, conhecida como DLAE, justificando, para tanto, a construção de um empreendimento imobiliário com menos de 100 (cem leitos). Afirmou que pode, pessoalmente, constatar que a situação era irregular, haja vista que os “hotéis” para os quais tinham sido feitos licenciamentos não eram hotéis comuns de 100 (cem) leitos e sim empreendimentos imobiliários com parcelamento de solo rural, o qual tem outra característica a ser respeitada e demandaria outro tipo de estudo. Além disso, disse que quando são identificadas irregularidades é feita autuação, sendo que a responsabilidade pelas informações é de quem está fazendo o empreendimento e pode ser autuado o proprietário da área, no caso, o empreendedor.

**Também a testemunha João Carlos Diana informou que houve o processo de não conformidade de dispensa de licenciamento em razão da prestação de informações incorretas, sendo que, por conta disso, concluiu-se pela dispensa de licenciamento.** Informou que para o requerimento da licença não seria necessário engenheiro, sendo que poderia o sócio fazer o requerimento. Por fim, acrescentou que empreendimento imobiliário não se emite em área rural, sendo que, precisa ser transformada em chácara rural.

Outrossim, examinando os autos n.º 0002302-83.2016.8.16.0013 verifica-se ter constado expressamente do Requerimento de Dispensa do Licenciamento Ambiental Estadual (movs. 5.13, 6.22, 6.25 e 6.36), a identificação do objeto da solicitação como “hotel” (menos de 100 leitos).

Ainda, para esse desiderato, **foi apresentado ao Instituto Ambiental do Paraná mapa de uso e ocupação do solo (mov. 6.27/6.28 e 105.20/105.21) e projeto de tratamento de resíduos líquidos (esgoto) (mov. 6.30/6.32) como se o empreendimento pretendido fosse um hotel com menos de 100 (cem) leitos.**

Entretanto, restou demonstrado nos autos que a intenção do empreendimento era a realização da venda de centenas de lotes em área rural para compradores que imaginavam se tratar de um condomínio residencial regularizado. Segundo informaram os servidores do Instituto Ambiental do Paraná, a DLAE era concedida de acordo com as informações prestadas no requerimento, pois a falta de funcionários no órgão não permitia a fiscalização devida de todos os procedimentos em andamento.

[...]

Com efeito, pela leitura dos fundamentos colacionados pelo Tribunal de origem, verifica-se que, a despeito dos argumentos colacionados pelo recorrente, houve a apreciação da tese atinente à carência de estudo, laudo ou relatório ambiental, não havendo, portanto, falar em negativa de prestação jurisdicional pela instância ordinária.

Ademais, a teor da jurisprudência desta Corte, *os embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão, nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão* (AgRg no Ag n. 372.041/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 4/2/2002), de forma

que não há falar em negativa de prestação jurisdicional apenas porque o Tribunal local não acatou a pretensão deduzida pela parte (AgRg no REsp n. 1.220.895/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/9/2013).

Na realidade, ao apontar negativa de vigência aos arts. 381, II, 619 e 610, todos do Código de Processo Penal, busca o recorrente o rejuízo da causa, providência incompatível com a via estreita do recurso integrativo. Veja-se: AgRg no REsp n. 1.356.603/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/6/2014.

No que se refere à violação do art. 13, § 2º, do Código Penal, a Corte paranaense fundamentou que, *por outro ângulo, alega ainda o apelante Silvio Barboza de Melo que não poderia ser condenado pelo fato de ter se omitido em requisitar a licença ambiental, uma vez que o verbo “omitir” não se encontra no tipo penal previsto no artigo 69-A da Lei n.º 9.605/98. [...] No entanto, em que pese a arguição suscitada, melhor sorte não assiste ao recorrente. [...] Embora conste no contrato social que a sociedade empresária pertencia somente à Ana Lúcia Mourão de Melo, **restou claro que, na verdade, era Silvio Barboza de Melo quem exercia a administração do grupo e que cabia a ele a prática de atos necessários ao seu regular funcionamento.** [...] Esse fato foi corroborado pelos depoimentos das testemunhas Felipe Mudik (mov. 1.017.10), Leandro Vilela Arruda (mov. 1.017.11), Célio Martins (mov. 1.048.15), Wallace de Oliveira Brito (mov. 1.048.32), Francieli Cristiane Denis da Conceição (mov. 1.048.39), Nelson Antero Junior (mov. 1.048.43), Naiana Cristina Moreira de Brito (mov. 1.184.2), inquiridas nos autos n.º 0007004-40.2015.8.16.0035. [...] **Como o réu era o efetivo administrador da sociedade caberia ao mesmo ter requerido o licenciamento ambiental. Como não o fez, incorreu em crime omissivo impróprio, respondendo, assim, pelo mesmo delito perpetrado por Espaço Ambiental Home Hotel Ltda. e Grupo Pedra Comércio Assessoria e Serviços Ltda., conforme preconiza o artigo 13, § 2º, alínea “b” do Código Penal,** (fl. 3.123 – grifo nosso).*

Não prospera a tese de que somente há possibilidade de impugnação de crime omissivo àquele que devia e podia evitar o resultado, estabelecendo uma posição denominada de “garante” – normalmente destinada ao agente público, médico, etc., mas jamais ao empresário, na forma do art. 13, § 2º do Código Penal. Com efeito, reconhecida pela instância ordinária que o recorrente era o efetivo administrador da sociedade, tem-se demonstrado o poder de agir e a posição de garantidor, no sentido

da proteção do bem jurídico tutelado. Outrossim, inviável na via estreita do recurso especial, a alteração do quanto delineado, ante a necessária incursão no caderno fático-probatório.

Quanto à aludida violação do art. 69-A da Lei n. 9.605/98, a materialidade delitiva ficou demonstrada ante a colação da prova documental listada às fls. 3.115/3.116, sendo prescindível a elaboração de exame de corpo de delito para aferição de loteamento irregular ou empreendimento hoteleiro, notadamente quanto já preenchidos os requisitos para tipificação do delito em comento.

Melhor sorte não socorre ao recorrente quanto à violação do art. 93 do Código de Processo Penal, ante a discricionariedade do julgador para a suspensão do curso do processo.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO PARCIAL. AGRAVO. DESNECESSIDADE. SÚMULAS 292 E 528/STF. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. ART. 1º, II E V, DA DA LEI N. 8.137/1990. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À DENÚNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO. **ART. 93 DO CPP. FACULDADE DO JULGADOR SINGULAR.** DESCLASSIFICAÇÃO. EFETIVA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS. VERIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. ILICITUDE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONTROVÉRSIA NÃO DELIMITADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. OPÇÃO PELA VERSÃO LASTREADA APENAS NAS PROVAS INQUISITORIAIS. ILEGALIDADE. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. OCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA. AUMENTO. QUESTÃO PREJUDICADA. [...]

**5. A suspensão prevista no art. 93 do Código de Processo Penal constituiu faculdade do Juízo singular, estando afeta ao seu poder discricionário.**

[...]

(REsp n. 1.500.961/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 22/9/2016 – grifei).

No que se refere ao indicado dissídio jurisprudencial, o Tribunal de origem apresentou as seguintes considerações (fls. 3.124/3.126 – grifo nosso)

[...]

Quanto à alegação de que a conduta narrada constituiu crime meio para os delitos de loteamento clandestino que estão sendo investigados nas ações penais ns.º 0007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035, razão não lhe assiste.

**O princípio da consunção é aplicável as situações em que existe mais de um ilícito penal em que um deles representa apenas o meio para a**

**consecução do delito mais nocivo, sendo, então, o agente responsabilizado apenas pelo último.**

Nessa compreensão, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que “*para a aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave*” (STJ – 5ª Turma, REsp 672199/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/11/2004).

[...]

**Desta forma, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda, cominada em dispositivo diverso, aplicar-se-á apenas a última. Ou seja, a consunção irá incidir quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este de sua função punitiva.**

No caso em tela, verifica-se que os delitos expressos na Lei n.º 6.766/79 são as condutas de lotear terreno de forma clandestina, ou seja, sem a solicitação de autorização dos órgãos competentes para tanto. **A seu turno, o que ocorreu nos autos ns.º 0002280-25.2016.8.16.0013, 0002302-83.2016.8.16.0013 e 0002292-39.2016.8.16.0013 foi o requerimento de Dispensa de Licenciamento Ambiental, com a prestação de informações falsas, omitindo-se assim a real intenção do empreendimento.**

**Portanto, conclui-se que os crimes contra a administração ambiental praticados nestes autos não foram unicamente os meios utilizados para a prática dos loteamentos clandestinos. Abarcam, por evidente, condutas absolutamente autônomas.**

Sob esse prisma, conforme corretamente destacado pela Procuradoria de Justiça:

“(…) O crime ora analisado não serve, necessariamente, como meio para prática do estelionato e loteamento clandestino, tratando-se de condutas praticadas por desígnios autônomos e em momentos diversos, sem nexo de interdependência entre as condutas.

No presente caso, o apelante ao apresentar ao IAP requerimento de Dispensa de Licenciamento Ambiental, prestando informações falsas, além de omitir a real intenção do empreendimento, o fez com o intuito de conseguir a concessão de dispensa ambiental, e com isso, dar início ao seu particular empreendimento livrando-se de procedimentos ambientais mais rigorosos. (...)

Portanto, os crimes em questão são autônomos, com objetividades jurídicas distintas, motivo pelo qual não incide o postulado da consunção, pois um delito não constituiu meio para a execução dos outros.”(mov. 87.1 – Projudin.º 0002292-39.2016.8.16.0013).

**Por conseguinte, resta inviável a aplicação do princípio da consunção com os delitos reportados nas ações penais ns.º 0007004-40.2015.8.16.0035 e 0017976-69.2015.8.16.0035 com os dos presentes autos.**

[...]

A princípio, **o dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas** (AglInt no AREsp n. 2.288.003/RJ, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 6/9/2023 – grifo nosso), o que não ocorre no caso concreto.

Ainda que assim não o fosse, o entendimento da Corte *a quo* está em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inviabilidade da absorção de crimes quando reconhecida a autonomia dos delitos.

Com efeito, independente da finalidade do recorrente, o crime previsto no art. 69-A da Lei n. 9.605/98 possui autonomia jurídica e tutela bem jurídico próprio, inviabilizando a aplicação do princípio da consunção.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**.