

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONDUTA OMISSIVA SOB O ENFOQUE DAS TEORIAS DA AÇÃO: AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DOGMÁTICOS PARA A IMPUTAÇÃO POR OMISSÃO

OMISSIVE CONDUCT UNDER THE STANCE OF THE ACTION THEORIES: ABSENCE OF DOGMATIC CRITERIA FOR IMPUTATION BY INACTION

Dalila Rodrigues Prates ¹

Resumo

No presente trabalho são analisadas criticamente as principais teorias da ação que se propuseram a explicar a natureza da conduta humana e a sua aplicabilidade à imputação por omissão. O estudo sustenta que não é possível à ciência penal se valer das teorias justificadoras da ação para legitimar a punição por omissão, modalidade de conduta que tem se tornado cada vez mais relevante e que, por esta razão, passa a exigir fundamentação dogmática própria para embasar uma punição no âmbito da criminalidade moderna.

Palavras-chave: Direito penal, Teorias da ação, Conduta humana, Omissão, Criminalidade contemporânea

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper critically analyzes the main action theories explaining the nature of human conduct, as well as their outlook on criminal imputation by inaction. The study maintains that it is not possible for criminal law science to make use of the action justificatory theories in order to lawfully enforce punishment by inaction, a type of conduct that has become increasingly relevant and that, for this very reason, demands its own dogmatic grounding to substantiate punishment in the context of modern criminality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Action theories, Human conduct, Inaction, Contemporary criminality

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Ao pretender regular a conduta humana, o Direito Penal deve se munir de uma clara fundamentação de qual vem a ser a ação ou omissão penalmente relevante, pois sendo instrumento de ultima ratio não são todas as condutas que deverão passar pelo seu crivo, mas somente aquelas consideradas relevantes a partir dos elementos históricos e sociais de determinada coletividade, a qual pode eleger os bens jurídicos caros à convivência pacífica.

Tradicionalmente se fala no Direito Penal como um instrumento apto para coibir ações que lesionem ou coloquem em perigo de lesão os bens jurídicos, e há muito tempo existe a preocupação de fundamentar a natureza da ação, o que a torna relevante para o Direito Penal e que, por esta razão, justifique a tutela por este ramo do direito. Nesse sentido, as várias teorias da ação tentaram demonstrar a origem da conduta a qual se dirige a proibição penal, seja com um fundamento ontológico, como elemento pré-existente ao próprio direito, ou empírico extraído das realidades sociais, ou como elemento normativo, o qual somente passa a existir a partir do seu reconhecimento pelo direito como ação.

Para a manutenção da vida em coletividade numa sociedade complexa, no entanto, o direito reconhece uma crescente necessidade de atuar positivamente, passando a exigir condutas ativas de determinados sujeitos em razão de uma relação especial entre este e aquele detentor do bem jurídico. Assim, não somente o cometimento de uma ação proibida, mas a abstenção de uma conduta esperada é também conduta relevante e digna da tutela penal.

Historicamente a maioria das condutas tipificadas nas partes especiais dos códigos penais é constituída de ações que a norma proíbe, sendo algumas raras exceções os deveres de agir imposto em situações pontuais, os chamados crimes de omissão própria. Por esta razão as teorias da ação concentraram esforços em justificar a conduta positiva, enquanto que o fundamento para a punição da omissão ficava subordinado ao conceito de ação, como se se tratasse tão somente do seu correspondente negativo.

Posteriormente a doutrina passou a justificar outras formas de imputação por omissão, em hipóteses não previstas expressamente na parte especial, em razão de determinados deveres de proteção oriundos da lei, do contrato ou da criação do risco da ocorrência do resultado. Esta previsão de omissão imprópria, ou comissão por omissão, foi acolhida pela legislação, sendo a previsão do art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro.

Na prática, todavia, a previsão do Código Penal estende em demasia as possibilidades de imputação por omissão, sobretudo em razão da ingerência, pois permite que a conduta prévia que origina um risco de dano ao bem jurídico gere para o sujeito o dever de

impedir o resultado, pois tal conduta prévia seria suficiente para imputar o resultado ao autor como se este tivesse agido conforme a descrição do tipo penal, fazendo-se questionar se a teoria da causalidade adotada é, de fato, adequada para explicar a omissão como forma de conduta penalmente imputável.

Este questionamento ganha especial relevância no cenário atual, onde proliferam novas formas de condutas danosas através de um abster-se, o que é notado principalmente no âmbito empresarial, utilizando-se da forma omissiva de conduta delitiva num direito penal ainda sem fundamentação dogmática das categorias que legitimem a imputação por omissão. No mesmo sentido observa-se o aumento na legislação de normas impositivas de um dever, gerando questionamentos da legitimidade de um direito que restringe a liberdade de agir com a crescente utilização de delitos de infração de tais deveres.

Evidentemente que a teoria causal naturalista adotada pelo Código Penal não pode responder aos postulados de um Direito Penal garantidor da liberdade individual, pois, além de estender infinitamente as possibilidades de ingerência, falha em explicar como uma abstenção de conduta poderia causar efetivamente o resultado lesivo. Por esta razão, questiona-se se as demais teorias que tentaram explicar a ação corrigem esta falha da teoria causal naturalista e conseguem fundamentar a natureza da conduta omissiva de modo a legitimar uma imputação penal, razão pela qual tais teorias da ação passam a ser analisadas sob o enfoque da conduta omissiva, buscando demonstrar a insuficiência de fundamentação para a omissão no Direito Penal pátrio.

Adota-se uma divisão entre as doutrinas que tentam explicar a conduta, conforme o ponto de partida de cada uma das teorias, tomando três posturas, a saber, naturalistas, normativas e por critérios de organização¹, considerando como posições naturalistas aquelas que tentam explicar a natureza da ação a partir das suas consequências no mundo exterior, enquanto a postura normativa toma a conduta a partir da valoração atribuída pela norma penal e o critério organizativo considera a conduta do indivíduo adstrita ao âmbito de atuação englobado pela organização de cada pessoa dentro de uma sociedade.

Objetiva-se analisar criticamente as principais teorias da ação e a sua adequação à conduta omissiva, visando discutir quais os fundamentos dogmáticos que podem fundamentar a imputação por omissão, bem como aventar o estado atual da construção doutrinária,

¹ A divisão do estudo entre os critérios naturalista, normativo e organizativo é proposta por Juarez Tavares, que sustenta a insubsistência dos posicionamentos doutrinários, divididos entre os critérios citados, que tentam fundamentar a omissão como equivalente à ação. Cf. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

valendo-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e discussão crítica das principais obras acerca das teorias do delito, mais especificamente das teorias da ação, notadamente das que fornecem critérios que indiquem quais são os fundamentos da conduta omissiva que permita a equiparação desta com a ação.

2 A CONDUTA PENALMENTE RELEVANTE

Dentro da esfera de liberdade que deve ser assegurada, cada indivíduo possui um amplo espectro de condutas através das quais pode manifestar a sua individualidade, expressar-se e estabelecer relações. Muitas destas condutas, no entanto, entram na esfera da ilicitude na medida em que possam lesionar ou limitar a liberdade de outros dentro da mesma sociedade. Ocorre que nem todas as condutas, nem mesmo todas as condutas lesivas, serão objeto de tutela por parte do Direito Penal. Isto porque, como requisito de liberdade e dos princípios de ultima ratio e de ofensividade, somente a ação ou omissão que lesione um bem jurídico relevante para uma determinada sociedade poderá ser eleita pela criminalização primária como digna de tutela.

Se não são todas as condutas que importam ao Direito Penal, quais condutas podem ser consideradas ação ou omissão para fins de justificar a imputação pessoal? Juarez Tavares (2012, p. 179) informa que “como pressuposto de qualquer procedimento normativo, que venha a impor deveres a alguém, convém decidir, previamente acerca da natureza da conduta que se quer estabelecer como relevante em face desse processo”. Duas consequências importantes são extraídas desta afirmação: em primeiro lugar, a natureza da ação ou omissão possui efeitos diretos sobre a extensão da abrangência, bem como do modo de tratamento da norma penal, e, em segundo, a própria legitimidade do Direito Penal passa necessariamente pela justificação da origem da ação e da omissão.

A definição da natureza da conduta deve passar tanto por aspectos materiais que reflitam os dados da realidade, mas também os aspectos valorativos que a norma atribui a cada uma destas condutas na consecução de um fim de proporcionar a convivência de um grupo, mas sempre respeitando os postulados de liberdade.

Se para a conduta ativa, que decorre de uma norma penal proibitiva, é de fundamental importância o estudo da sua natureza, mais importante quando se trata de uma conduta omissiva, tendo em vista que esta, embora possa ocasionar consequências para um

resultado², não é tão reprovável, numa primeira visão, sob um viés valorativo, quanto à conduta ativa que põe em marcha uma execução e leva a cabo o resultado pretendido. Ação e omissão como critérios antagônicos, então, inspira a necessidade de justificação do motivo pelo qual uma conduta negativa, a abstenção de fazer algo, pode ser imputada na mesma medida em que a conduta ativa.

Jakobs (2000, p. 151) direciona a questão para uma perspectiva correta ao dizer que a questão não deve girar em torno da mera distinção entre ação e omissão, mas acerca do dever negativo ou positivo, sustentando que “la diferenciación entre acción y omisión se desvanece - al ser una simple delimitación de naturaleza técnica - tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo, o entre delito común y delito de infracción de deber”. A omissão decorre, então, da ação esperada de determinada pessoa pela existência de uma relação especial entre o gerente e o titular do bem jurídico.

Com efeito, a perspectiva que deve se ter em mente no estudo da omissão é que ela somente é penalmente relevante a partir do dever de garantir que determinado resultado lesivo não ocorra. A teoria da ação e da omissão deve, portanto, justificar não somente a origem da ação, mas a origem do dever de impedir o resultado. Por esta especial dificuldade em torno da omissão questiona-se a origem da omissão: se fruto de pura criação normativa ou se existe anteriormente ao direito; se tem base natural ou apenas legal, e o que buscaram definir as diversas teorias da ação, que partindo desta, explicam também a omissão.

Ademais, a teoria da conduta penal deve ser apta a justificar uma imputação da omissão em conformidade com a tendência do contexto atual da sociedade de riscos, em que, a previsão da punição da omissão em razão da ingerência implica numa tendência de ilimitada ampliação do rol de condutas e pessoas que podem ser responsabilizadas por eventual resultado danoso, pelo fato de exercerem determinada atividade de risco. Surgem, notadamente no âmbito empresarial, novos papéis de garante que desfiam o direito penal liberal, exigindo uma atuação penal, mas enfrentam uma dificuldade dogmática para fundamentar uma punição exclusivamente em moldes político criminais.

3 TEORIAS NATURALÍSTICAS DA AÇÃO

² A atribuição de um resultado lesivo à conduta omissiva constitui-se das principais críticas às teorias naturalistas, adiante estudadas, sobretudo porque este resultado natural não pode ser atribuído à omissão, por uma impossibilidade de demonstração empírica da omissão, todavia, o Código Penal adotou a concepção segundo a qual a omissão é punível se foi causa de determinado resultado lesivo e, por esta razão, utiliza-se aqui deste termo.

O critério causal-naturalista da ação tenta explicar a conduta humana sob o viés ontológico, demonstrando que a ação é inerente ao homem, pré-existe ao direito e, portanto, não pode ser por este delimitada, mas apenas reconhecida. As teorias naturalísticas associam diretamente a ação ao resultado material empiricamente demonstrável, enfatizando a importância do nexo de causalidade entre ação e resultado para definir a responsabilidade individual.

Destaca-se, aqui, três das principais teorias baseadas na causalidade natural ou material, do resultado no mundo exterior, que são a teoria causal naturalista, a concepção finalista e a teoria da ação social, que em muito contribuíram para o pensamento jurídico penal, por trazer à dogmática penal noções importantes até hoje fundamentais para a ciência penal, a exemplo da importância do nexo de causalidade, a intencionalidade ou finalidade do agente, entre outras importantes formulações através das quais se buscou num dado momento histórico explicar os fundamentos da conduta humana.

3.1 TEORIA CAUSAL NATURALISTA

A teoria causal naturalista considera a ação humana sob a perspectiva da modificação no mundo exterior, considerando a ação como movimento perceptível pelos sentidos e decorrente da manifestação da vontade. Ação é o "movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior" (BITENCOURT, 2016, p. 288), sendo, portanto, elementos do conceito de ação, segundo a concepção causal-naturalística, a voluntariedade, o resultado e a relação de causalidade.

Sob esta perspectiva a teoria causal da ação evidencia a causalidade que vincula a conduta humana, responsável por transformações no mundo, ao resultado naturalístico, sendo este, sem dúvida, o principal mérito da teoria causal naturalista. Considerar a conduta humana como elemento de transformação no mundo, como causação de um resultado é, sem dúvida, fundamento e ao mesmo tempo elemento limitador da responsabilidade individual. Todavia, conforme crítica formulada por Schünemann (1991), se reduzir a tipicidade à mera causação da lesão do bem jurídico, a teoria causal se mostra inapta para responder valorativamente às diversas situações sociais de conflito.

Na consideração da teoria causal não se perquiria acerca da vontade. O querer era parte apenas do processo interno do agente e por ser subjetivo ficava restrito ao próprio sujeito. Isto porque no sistema clássico fazia-se divisão entre o agir externo e o querer que fazia parte do processo interno do agente e a vontade somente tinha relevância para a

culpabilidade, o que somente foi modificado no finalismo que passou a centrar na vontade final do agente. Esta era, inclusive, uma das principais críticas de Welzel (2004) à teoria causal naturalista, que argumentava que a esta somente interessava saber o que tinha sido causado pela vontade, o que foi produzido como efeito do querer, focando no resultado, portanto, de modo que para a imputação penal bastava que o agente tivesse agido voluntariamente, adiando a avaliação do conteúdo da vontade para momento posterior, quando da verificação da culpabilidade. O maior problema desta consideração, segundo ele, é que aborda a ação como mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer (WELZEL, 2004) e com isto desconsidera o dado importante da análise da conduta humana de que é a vontade humana que dirige todo o suceder causal.

Como teoria da ação que se concentra mais no resultado causal do que na vontade com que o agente atuou, a principal dificuldade desta proposta no que se refere à omissão é quanto à impossibilidade de transportar esta causalidade naturalística para as condutas omissivas. Na verdade o próprio Radbruch já reconhecia no século XX a inaplicabilidade desta teoria à omissão, pois enquanto a causalidade naturalística se volta a explicar a realização de um movimento corporal, não é possível explicar a não realização deste (BITENCOURT, 2016).

Fundamental para definir, nos crimes materiais, se o resultado ocorrido pode ser vinculado à conduta do agente, a relação de causalidade não é suficiente para concluir o mesmo quando da omissão. Isto porque, se é penalmente relevante a conduta voluntária que cause modificação no mundo exterior, depara-se com uma barreira lógica ao tratar-se da omissão que por si mesma não causa qualquer alteração fática perceptível aos sentidos. Ora, a omissão é a ausência de vontade e, por isso não pode se valer do conceito de voluntariedade, que é a manifestação da vontade, para abarcar a intenção do agente que se omite.

Seguindo o posicionamento de Juarez Tavares (2012), não é possível ter a omissão como modalidade de conduta que se reduza a elementos puramente naturais. Há, inclusive, quem negue haver causalidade na omissão³, pois o que dá causa ao resultado lesivo são as forças que atuam paralelamente à não realização da conduta juridicamente exigida, e não propriamente o não fazer (DUARTE, 2005). Mas, então, devem as condutas omissivas ser desconsideradas pelo direito penal, já que não se pode falar em causalidade entre a inação e o resultado lesivo? Por certo que não. O próprio Tavares entende a relevância social da

³A este respeito, Arán e Muñoz Conde (2010, p. 243): "la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión".

omissão, a qual deve ser situada, todavia, no plano axiológico: "a omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social" (TAVARES, 2012, p. 30).

Reconhecendo a importância da relação de causalidade para os crimes materiais, o legislador pátrio acolheu a teoria da equivalência das condições, tanto para ação quanto para omissão, considerando estas modalidades de conduta como análogas o suficiente para receber o mesmo tratamento, ao dizer que é causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O inconveniente evidente desta teoria é que não identifica maior prevalência de um dos antecedentes causais que de qualquer forma contribuíram para o resultado, ampliando em excesso o espectro de condutas sem as quais o resultado não teria ocorrido. Para fornecer uma explicação razoável para a utilização da *conditio sine qua non*, a doutrina se empenhou em formular outros requisitos para a imputação com base na causalidade, seja condicionando a existência de dolo ou culpa para considerar determinada causa como relevante, seja identificando se existiram no caso concreto concausas que produziram o mesmo resultado, dentre outras propostas igualmente relevantes para a ciência penal, mas que por se concentrarem no plano causal ontológico não servem para explicar a omissão como forma de conduta penalmente imputável.

A teoria causal naturalista, no que diz respeito à omissão, confunde aspectos normativos com naturalísticos, pois a omissão em si não tem qualquer relevância para o direito penal, ainda que haja no sujeito a voluntariedade da conduta. E o não agir deliberado, resultante da voluntariedade⁴, nada representa no campo jurídico, a menos que uma norma empregue relevância ao não agir ou, dito de outro modo, a omissão somente passa a ser uma conduta punível se houver um dever de impedir o resultado, o qual somente passa a existir a partir da norma.

3.2 TEORIA FINAL

A teoria da ação final surge em decorrência das muitas críticas à teoria puramente causal, que desconsidera a vontade ou a finalidade do agente. Welzel é considerado o principal doutrinador a inserir na dogmática jurídico-penal a nova concepção de ação que,

⁴Se é que se pode colocar nestes termos, pois conforme crítica anteriormente apontada, a voluntariedade remete à manifestação da vontade, sendo incongruente com a ideia de omissão, que é o exato oposto ou seja, a ausência de vontade de agir.

segundo ele, é um acontecer final, e não puramente causal (WELZEL, 2004). Fundamentando a importância da ação final, Welzel ensina que é a vontade a direcionadora do acontecer 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 conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines (WELZEL, 2004, p. 41).

Ao definir a ação nestes termos, a teoria final acrescenta à voluntariedade da conduta do agente, a finalidade com que este se propôs a agir: "ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim" (BITENCOURT, 2016, p. 290). A teoria finalista distingue, portanto, a vontade final da mera voluntariedade, pois nesta as consequências da ação podem ser atribuídas a algum ato voluntário, sendo indiferente as consequências que o autor efetivamente queria produzir.

Somente é possível compreender a ação em seu conteúdo considerando o resultado querido, a mera voluntariedade é incapaz de caracterizar uma ação de um conteúdo determinado (WELZEL, 2004). Para concretizar a sua vontade, para que o resultado tenha relevância penal, portanto, o agente deve ter feito uma antecipação mental do fim almejado, escolher os meios adequados para tanto e, na execução, deve manter o domínio do início ao fim do plano previamente elaborado (BITENCOURT, 2016), considerando a existência de efeitos concomitantes que irão unir-se aos fatores causais elegidos pelo agente (WELZEL, 2004).

Na concepção finalista as realidades sociais são vivenciadas através de percepções ontológicas e axiológicas, ou seja, de realidade e de valor, afastando desde já a compreensão avalorada do naturalismo. Schünemann (1991) menciona que as estruturas lógico-objetivas de que tratou Armin Kaufmann são ontológica e axiologicamente percebidas de forma prévia ao direito, não podendo este alterar a sua forma. E, dentre as estruturas lógico-objetivas mais fundamentais ao direito penal, destaca-se a ação humana e esta não pode continuar a ser entendida como a mera conformação a um resultado causal descrito no tipo, senão ao produto da vontade humana.

Alguns méritos são reconhecidamente atribuídos a teoria finalista e por isso em certa medida até hoje ela vem sendo aplicada. O próprio Welzel (2004) reconhecia como a principal vantagem de ter como partida a finalidade do agente dirigida a um fim previamente planejado é que desta forma consegue-se explicar tanto a ação quanto o resultado, pois ao conceber a ação humana como uma obra esta teoria se propõe a analisar a vontade final do sujeito (o valor ou desvalor) empreendida na ação e no resultado. Vives Antón (2011) aponta

como principal mérito desta teoria a atribuição às volições, sentimentos e ideias da possibilidade de alterar o curso da natureza, rompendo, assim, com um dogma causal determinista de que o curso da natureza seria inexplorável.

Fica claro que Welzel trata a conduta de acordo como uma categoria do ser, como forma de manifestação da própria pessoa (TAVARES, 2012), pois ao agir ou se omitir o sujeito está manifestando um aspecto da sua personalidade, sendo que na omissão esta vontade se dá de forma potencial e não real. Ao tratar da omissão Welzel (1956) fundamenta que a vontade é a determinante do futuro não apenas quando o modifica positivamente, mas também naquilo que deixa livre:

Por cierto, la omisión no puede "causar" nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él. (WELZEL, 1956, p. 212).

Tavares (2012) enfaticamente critica a possibilidade de conceber a omissão sob a perspectiva da finalidade potencial, pois esta ideia é indemonstrável tanto empírica quanto ontologicamente. Sob o aspecto empírico, a teoria da ação final tem dificuldade em explicar a finalidade potencial por impossibilidade de submeter tal concepção à prova de sua veracidade (TAVARES, 2012), contradizendo com o quanto apregoado pela ciência moderna de necessidade de comprovação empírica dos postulados científicos.

Ademais, no que diz respeito ao plano ontológico, ou a finalidade pertence ao mundo do ser ou não pertence e, neste caso, deixa de ser essencial por não ser real. Deste modo, não se pode falar em uma finalidade potencial, pois, conforme o mesmo autor,

um elemento essencial é um elemento necessário, imprescindível do próprio objeto e, assim, de seu conceito. Se é essencial, é também real. Daí ser inconsequente trabalhar-se no âmbito das essências com objetos possíveis ou aparentes, isto é, com uma finalidade potencial e não real (TAVARES, 2012, p. 85).

3.3 TEORIA SOCIAL

O sentido social da ação também surgiu como uma tentativa de superação do causalismo puramente naturalista, bem como por entender insuficiente a concepção finalista que seria demasiadamente subjetiva ao concentrar-se na vontade individual. Para a teoria social da ação, esta deve ser determinada de forma objetiva, sob um ponto de vista social (BITENCOURT, 2016), conceituando a ação como aquela conduta voluntária e previsível pelo sujeito, que seja socialmente relevante.

Conforme aponta Vives Antón (2011), ao referir-se à concepção social da ação, a admissão desta teoria significou substituir a noção de finalidade subjetiva como diretriz da

ação, para uma finalidade objetiva, sob a determinação do que é ou não ação a partir dos fins do ordenamento.

A crítica direcionada por Welzel (2004) a esta teoria é que segundo ele a ação social não deixa de ser uma ação final, pois a vontade com que o agente atuou determina a sua ilicitude e bem exemplifica dizendo que tanto um médico cirurgião quanto uma pessoa que intencionalmente perfura a outra com uma faca causam o mesmo resultado, mas o sentido social difere porque a intenção, a vontade final, é distinta nos dois casos. Em suas palavras, "la diversidad de la voluntad final es también determinante del sentido social de la acción" (WELZEL, 2004, p. 64).

Para este autor, a doutrina social fracassa porque não serve para explicar a ação propriamente, mas sim o resultado, estando mais para uma teoria da imputação objetiva do resultado do que da ação. Com efeito, o sentido social não integra propriamente o conceito de ação, apenas serviu como atributo a mais, mas não serve para definir a conduta.

Importante crítica direcionada a esta teoria diz respeito à dificuldade em se emprestar um conceito preciso da relevância social da conduta. Os defensores da ação social entendem que a relevância social abrange a conduta sujeita a um juízo de valor e desde que o meio social seja afetado pela atuação do indivíduo. No que diz respeito à omissão, todavia, o juízo de valor sobre a conduta não é suficiente, pois embasando-se numa infração de dever, a conduta omissiva possui uma relevância normativa, mais do que a mera relevância social (TAVARES, 1980).

4 CRITÉRIOS NORMATIVOS

Quando se refere à categoria normativa, a ação somente passa a ter significação a partir na norma, fora do direito a ação ou omissão não possui existência. Este critério tem especial relevância para a omissão, pois, conforme apontado anteriormente, esta tem importância para o direito penal na medida em que se vincula ao dever de agir que a norma impõe. Afastada a causalidade como fundamento de uma teoria da ação, encontramos nos critérios normativos de explicação da conduta um elemento comum entre ação e omissão que aqui possuem o mesmo fundamento do dever de agir.

Se a ação não pode ser identificada de forma apartada da realidade normativa, visto que a norma é quem atribui à conduta a sua relevância penal, mais ainda a omissão⁵ que só passa a ter relevância para o direito a partir de uma norma de dever.

Esta norma de dever, ou norma mandamental, que o agente é obrigado a cumprir existe e ganha relevo na legislação e na prática na medida em que se admite que o ordenamento jurídico imponha sobre os cidadãos um dever de proporcionar ajuda a outra pessoa e construir com ela um mundo comum (JAKOBS, 2000), o que acaba por conferir ao Estado a prerrogativa de direcionar as relações sociais, dizendo o que se espera dos indivíduos com relação aos demais.

Para melhor elucidação das teorias conforme o enfoque dado por cada uma delas ao aspecto normativo incidente sobre a conduta, incluímos na categoria normativa as teorias neokantiana, da ação significativa e funcionalista, as quais tentam explicar a ação, em maior ou menor grau, sob uma perspectiva normativa, seja partindo de critérios naturalísticos, porém matizando-o com o critério normativo, ou seja admitindo que, ao final, é a norma quem valoriza ou dá significado à ação, como é o caso das concepções neokantiana e significativa, seja partindo da concepção normativa para avaliar a ação a partir dos fins do direito penal, como o faz o funcionalismo.

4.1 CORRENTE NEOKANTIANA

A tendência neokantiana apresentou, em linhas gerais, uma postura antinaturalista e, por esta razão, foi a partir do pensamento neokantiano que se iniciou uma reinterpretação dos elementos da teoria do delito, por entender que sobre estes deveriam recair juízos normativos e axiológicos. Segundo Bitencourt (2016, p. 264), a filosofia neokantiana, ou neoclássica, “substituiu a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam”.

Esta teoria compreendia a relação natural como a criação de processos linguísticos ou juízos normativos e ao dispor desta forma teve como grande contribuição para o Direito Penal a superação da noção de ação como fenômeno exclusivamente físico causador de um

⁵ Roxin, inclusive, denomina os delitos de omissão como “delitos de infração de dever”, como nos é informado por Jakobs (2000).

resultado naturalístico, para considerá-lo como elemento “identificado axiologicamente por categorias jurídicas” (BITENCOURT, 2016, p. 266).

Vivés Antón (2011) refere-se a normas de cultura ou regras sociais para se referir à forma como a sociedade fundamenta as suas exigências dentro da comunidade e estas normas expressam deveres. As normas de cultura, explica o mesmo autor, não são válidas por si só, mas o Direito, instrumento do poder de dominação do Estado, embora não seja o responsável por criar a cultura, aceita ou rechaça determinadas normas culturais. Ao direito não apenas reside a função de identificar a ação penalmente relevante, mas as normas jurídicas por serem um produto cultural possuem valores prévios que reproduzem sobre o comportamento culturalmente relevante, valorando-o.

4.2 TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA

A teoria da ação significativa parte do pressuposto de que a conduta humana possui uma significação: as ações humanas não são meros acontecimentos, mas têm um sentido, um significado. Rejeita-se, portanto, o conceito ontológico e universal de ação, e passa a considerar a necessidade de atribuir uma interpretação segundo regras ou normas a esta ação (BITENCOURT, 2016). Cada ação, então, possui um significado determinado, e as normas é que definirão se a conduta in concreto possui significação com consequências para o direito penal:

No hay una figura del dolor, ni del deseo, ni de la intención, ni del pensar. Pero eso no significa que no podamos conocer las intenciones. Las conocemos a través de las reglas, esto es, de las prácticas sociales que les atribuyen significado y que, a la vez, expresan los fines de la comunidad. (VIVÉS ANTÓN, 2011, p. 472)

O sentido desta teoria é de que a conduta não diz respeito apenas ao indivíduo, mas à relação deste com os demais sujeitos que compõem o grupo social e que dividem os mesmos valores (TAVARES, 2012). Assim é possível interpretar a ação através dos processos histórico-sociais, conforme salienta Vive Antón (2011), os quais orientam as normas de determinada sociedade: as valorações extraídas do contexto social é que irão empregar-lhe o sentido.

Como crítica ao finalismo, que concentrava-se puramente no desvalor da ação ou da intencionalidade do sujeito, a teoria da ação significativa entende que considerar a ação de maneira autônoma é inadequado para definir a conduta penalmente relevante. É preciso, então, ampliar o entendimento da ação, compreendendo também a norma como um mandamento, o que resulta na concepção da direção normativa para a conduta: "la acción

penalmente relevante no puede ya definirse sino por las características que la convierten en transgresión del mandato normativo; es decir, por la totalidad de los momentos que hacen de ella una desobediencia a los que mandan; esto es, una infracción de la norma" (VIVES ANTÓN, 2011, p. 487). Ação é, portanto, transgressão ao comando normativo, pois somente após a valoração de determinada conduta por meio do regramento jurídico é possível falar em ação:

en la determinación del conceto e acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y lo jurídico, es decir, su significado (ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2010, p. 218).

Arán e Muñoz Conde (2010), adeptos da concepção significativa da ação, admitem que ação é ação final, porém entendem que sobre a finalidade do sujeito recai a valoração da norma penal que elege quais partes ou aspectos da ação - sejam os fins, os meios ou os efeitos concomitantes - são penalmente relevantes. A teoria da ação significativa rejeita, portanto, tanto a concepção segundo a qual a ação é por si só um componente revestido de uma característica especial, como a considerava o finalismo, assim como afasta-se da ideia do mandato puro e simples como um imperativo sistêmico, como entende o funcionalismo (VIVES ANTÓN, 2011). Corrigindo estas duas direções, a ação significativa trata-se de uma teoria da ação sob uma perspectiva normativa, à medida em que considera que a conduta relevante para o direito penal é somente aquela que foi realizada de acordo com os ditames da lei penal - ou seja, a ação não é um conceito pré-jurídico, como defendia Welzel, mas somente existe porque a lei assim a definiu ou assim valorou a ação ou a omissão: como a finalidade é difícil de comprovar, somente segundo um contexto determinado é possível atribuir-lhe significação (ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2010).

A valoração sobre a conduta possui ainda maior relevância na omissão, pois a omissão de uma ação possível não é um conceito suficiente para determinar a imputação por omissão, carecendo de um critério normativo que considera relevante a omissão de uma ação esperada. Sob um ponto de vista valorativo, portanto, a norma jurídica considera determinadas omissões como equivalentes à ação, fundamentando, assim, a possibilidade de imputação por omissão.

E o alicerce de tal imputação reside na capacidade expressiva ou significativa do comportamento humano (ARÁN; MUÑOZ CONDE, 2010). A ação significativa fundamenta a omissão tomando a possibilidade de ação como seu requisito, desde que situado dentro da esfera da finalidade do sujeito e atrelado à existência de um dever jurídico de agir. Esta teoria

considera, portanto, a omissão como a capacidade de ação, mas que depende de uma norma jurídica para fornecer-lhe valoração sobre a conduta e o dever imposto ao sujeito.

A crítica dirigida a esta conceituação é feita por Juarez Tavares que argumenta que não se pode fundamentar uma teoria da conduta tendo como critério unificador de ação e omissão a capacidade de agir, pois esta é requisito quando se referir a uma manifestação positiva, enquanto que na omissão o fundamento é o dever de agir:

A capacidade de agir não pode se situar, assim, no mesmo plano da capacidade de se omitir, porque, para a omissão, a capacidade não é de omitir, mas de realizar a ação mandada, e para esta não basta a capacidade de fato, senão uma capacidade jurídica que é extraída do sistema de deveres impostos ao sujeito (TAVARES, 2012, p. 86).

4.3 TEORIA FUNCIONALISTA DA AÇÃO

A teoria funcionalista da ação interpreta a conduta de acordo com os fins da pena e do direito penal, consistindo numa teoria normativa desde os seus fundamentos que despreza a concepção pré-jurídica da ação, e fundamenta que esta somente pode ser obtida à luz das normas e do Direito.

Com isso, expõe Brandão (2015, vol. 1) que o objetivo do funcionalismo é aproximar a dogmática às funções político-criminais⁶, e neste sentido, os conceitos de ação, tipicidade, culpabilidade, devem ser desenvolvidos a partir de uma perspectiva normativa. O conceito de ação para fins político-criminais é criado pelo direito a partir de valorações que dependem do contexto em que são realizadas. Por esta razão no funcionalismo o principal plano é o da imputação, e não propriamente o da ação, pois na imputação é que se operacionaliza a interpretação do direito penal de acordo com os fins da pena.

A crítica feita por Cláudio Brandão (2015, vol.1, p. 34) a esta teoria é que ao concentrar-se nos fins político-criminais o funcionalismo acaba retirando a base ontológica da ação e transferindo exclusivamente para uma base normativa: “a deficiência desse conceito é relegar a ação a um plano secundário na teoria do delito e esvaziá-la na função de elo entre os elementos do crime, que os harmoniza e sistematiza”.

4.4 CRÍTICA DA CONCEPÇÃO NORMATIVA

Falar em um critério normativo para definição da conduta significa atribuir ao direito a supremacia das suas prescrições na vida social. A noção da superioridade dos critérios

⁶ Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema de derecho penal**. Traducción Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: José Luis Depalma, 2000.

normativos decorre do positivismo jurídico, pois o próprio Kelsen já dizia que a valoração de um ato como lícito ou ilícito decorre ela própria de um ato jurídico (TAVARES, 2012), aduzindo que da lei era a última palavra e o fim último do direito era assegurar o quanto previsto pelo legislador.

A justificação da teoria da conduta penal sob uma perspectiva exclusivamente normativa pode afastar o direito da sua respectiva realidade social, quando, na verdade, as categorias sociais não podem ser alteradas por um ato normativo, mas antes devem ser por este reconhecido, valorado, mas jamais suprimido por uma simples vontade legislativa; segundo Tavares (2012, p. 89) "o legislador não tem o condão de alterar os fundamentos da realidade empírica".

Por esta razão, prossegue Tavares (2012) com pertinente análise crítica segundo a qual a consideração da ação e omissão sob o ponto de vista de exclusiva subordinação ao dever apresenta dificuldade numa perspectiva de política criminal, pois ao invés de atuação a partir de normas proibitivas o Direito Penal passa a concentrar-se na regulamentação de condutas a partir de normas mandamentais. Este autor questiona a própria legitimidade desta atuação estatal, em que o Estado democrático exige a obediência coletiva de suas normas, quando este Estado deveria "assegurar a convivência, e não a subserviência" (TAVARES, 2012, p. 88).

Assim, a simples subordinação legislativa a normas mandamentais não reflete um estado mínimo, refletindo, ao revés, uma expectativa de subordinação ao poder. Este dado torna-se mais e mais preocupante na tendência neocriminalizadora do direito penal contemporâneo, em que a omissão tende a se tornar a forma delitativa mais comum. Isto porque, há hodiernamente uma forte inclinação à regulamentação excessiva das condutas individuais através de regramentos administrativos, cujo descumprimento pode levar a uma responsabilidade penal pela ingerência sobre uma fonte de perigo.

5 CRITÉRIOS DE ORGANIZAÇÃO

Pelo critério organizativo não é a norma faz da ação e omissão uma forma de conduta relevante para o Direito Penal, mas sim os deveres de organização assumidos por determinada pessoa. Segundo esta concepção, para a manutenção da vida em sociedade há papéis ou funções atribuídos aos indivíduos em todos os níveis de interação em sociedade, de modo que reside sobre cada indivíduo uma expectativa de que ele atue em conformidade com o seu rol

de condutas que integram o âmbito da organização de cada indivíduo, como se refere Jakobs, principal defensor desta concepção⁷.

A ação penalmente relevante parte, portanto, do descumprimento do papel social esperado de cada indivíduo, pois todos vivemos num mundo já configurado e no qual há expectativas normativas estáveis com relação à assunção de papéis, as quais possibilitam as relações de confiança dentro desta sociedade. A decepção da expectativa é, portanto, o que conduz aos delitos pela responsabilidade por organização.

Sessano Goenaga (2006) explica que esta competência por organização é determinada pelo status geral: cada pessoa no seio da sociedade deve garantir que no contato com a organização alheia as suas ações se manterão dentro do esperado por sua própria organização, mantendo-se sempre dentro do risco permitido.

O fundamento desta linha de pensamento é que a destruição de corpos ou coisas somente passa a ser um delito por se tratar de uma vulneração de uma relação jurídica, e não apenas por lesionar bem jurídico alheio, pois isto poderia também ser feito por um evento da natureza (Sessano Goenaga, 2006).

A ação ou omissão, portanto, segundo o critério organizativo, não pode se restringir à lesão de bens jurídicos. Segundo Jakobs (2000), tanto na ação quanto na omissão há uma ingerência do autor para com determinado bem jurídico ao qual àquele se compromete em não lesionar e por isso pode ser responsabilizado pela lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, na medida em que o delito consiste na falta de cooperação com este bem. Vê-se, assim, que a linha de partida do critério organizativo não é o resultado ou a intenção do agente, e nem mesmo, o descumprimento da lei em si, mas a relação do garantidor com os demais membros da mesma sociedade que esperam daquele o cumprimento de sua parte nesta relação sinalagmática imaginada perfeita caso todos cumprissem exatamente com o rol de condutas esperadas.

A crítica inicial que pode ser feita a esta teoria como uma teoria da ação é que a ação ou omissão como um critério organizativo não permite a individualização da responsabilidade, como a obra de uma pessoa determinada, pois aqui a pessoa é considerada como uma organização, ou como um subsistema organizativo, como prefere Tavares (2012). Considerar a ação sob este enfoque é prejudicial à individualidade, na medida em que a pessoa, que deveria ser o ponto de partida e o fim da norma penal, passa a ser apenas um

⁷ Ver a este respeito: JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1994.

objeto de expectativas de deveres dentro dos contornos das atividades regulamentadas e definidoras de funções (TAVARES, 2012), lesando diretamente a liberdade individual.

5.1 ANÁLISE CRÍTICA À PROPOSTA DO CRITÉRIO ORGANIZATIVO NA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

O processo de globalização tem sido responsável por incontáveis modificações sociais, refletidas diretamente na forma de atuação empresarial, e a conduta humana tem ganhado especial relevância quando tomada através das empresas. Estas empresas geralmente possuem como base de suas atividades uma atividade geradora de riscos e, embora boa parte destes riscos, ainda que potencialmente lesivos, seja socialmente aceita, a possibilidade de dano a bens jurídicos importantes faz com que a expectativa social se volte à atuação dos indivíduos através destas empresas, exigindo que estes se mantenham dentro da esfera do risco permitido. Há uma constante desconfiança das atividades daquela empresa em razão da possibilidade de uma conduta dos seus gerenciadores que venha a lesionar os consumidores, o meio ambiente, a saúde.

Como consequência, a noção de bem jurídico tem sido cada vez mais colocada em segundo plano como fundamento e limite do direito penal, dando espaço à atuação penal voltada a assegurar expectativas de segurança em função de determinadas atividades em si mesmas consideradas como perigosas. A norma penal cada vez mais direciona-se para afastar o medo que governa a sociedade atual, o que se verifica com a previsão, não raras vezes de caráter simbólico, de crimes de perigo abstrato ou incriminações decorrentes do descumprimento de normas administrativas. A exclusiva proteção de bens jurídicos vai deixando, portanto, aos poucos, de ser o fundamento da incriminação, para dar espaço a uma atuação penal expansiva que consiga abarcar os espaços onde a nova criminalidade tem conseguido se inserir.

A tendência neocriminalizadora é visível na incriminação de condutas praticadas no âmbito empresarial, deixando evidente que a expectativa normativa para as novas atividades empresariais, fruto de uma complexa sociedade globalizada onde frequentemente se emprega sentido privatístico aos enunciados normativos (TAVARES, 2012), segue a tendência de considerar a ação ou omissão conforme os critérios organizativos. Sob esta perspectiva a noção de organização como fundamentação de uma imputação penal parece ter se adequado à realidade social de risco, em que a segurança é vista como principal objetivo a ser buscado e garantido pelo Direito Penal.

Entretanto, sobre a concepção organizativa reside uma dificuldade dogmática como teoria da ação, pois "como pode desempenhar uma função jurídica um critério que não é jurídico, mas organizacional?" (TAVARES, 2012, p. 69). Além da clara tendência de empregar critérios do direito privado às normas penais, a tendência neocriminalizadora que parece adotar critérios de organização se inclina a "justificar a edificação de uma vida assentada em regras sociais modelares, segundo os parâmetros da sociedade industrial ou pós-industrial" (TAVARES, 2012, p. 69). A ausência de fundamentação na utilização desta teoria pelo Direito Penal é cristalina, pois esta propõe a adesão do modelo social previamente estabelecido, relegando ao direito penal o mero papel de sancionador, restrito a homologar situações sociais fixadas.

6 CONCLUSÃO

Ação e omissão são condutas distintas sob o ponto de vista valorativo, por esta razão a omissão imprópria, que não contém expressa previsão típica, não pode ser equiparada à ação, mencionada expressamente no tipo penal, sob pena de lesionar princípios da legalidade e intervenção mínima, os quais impedem que se trate de maneira igual comportamentos que em sua essência são qualitativamente diferentes.

Na criminalidade contemporânea a omissão como forma de conduta relevante para o direito penal tem se tornado uma tendência, haja vista a proliferação de leis mandamentais numa sociedade cada vez mais complexa em que o abster-se de lesionar a outrem cede espaço à obrigação de agir para impedir a ocorrência de determinados resultados lesivos. No conflito entre segurança e liberdade, característico da contemporaneidade, aprofunda-se a necessidade de uma dogmática fundamentada e ao mesmo tempo atualizada às demandas contemporâneas, que permita a intervenção penal para condutas lesivas neste contexto modernos, incluindo aquelas realizadas através da abstenção da conduta esperada. Neste panorama fica claro que uma teoria da conduta penal deve se debruçar a buscar a fundamentação da conduta omissiva, e não simplesmente se valer da equiparação entre ação e omissão utilizando teorias desenvolvidas prioritariamente para a ação e aplicando-as secundariamente na omissão.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do estado atual da teoria penal acerca da ação e da omissão, especialmente frente aos principais desafios provenientes da sociedade de risco. Evidenciou-se que as principais teorias, além de apresentarem falhas importantes enquanto teorias da ação, se mostram inadequadas para responder às demandas atuais para a omissão como uma forma frequente de conduta lesiva.

Ao mesmo tempo, a recente proposta pensada sob o panorama da complexa sociedade moderna, a concepção organizativa, ainda tem se mostrado insuficiente para ser aplicada como teoria da ação e omissão por não se basear na conduta como obra de uma pessoa individualmente considerada.

A falta de teoria própria da omissão pode resultar numa aceitação equivocada desta forma de imputação penal e direcioná-la tão somente para atender a questões político-criminais visando resolver o impasse criado pela falta de segurança, sem, contudo, ser resguardado o preceito básico da liberdade individual.

REFERÊNCIAS

ARÁN, Mercedes García; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v. 17, n. 6, jun. 2005.

JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In ROXIN, Claus; et. al. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. p. 129-153.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Versión castellana del Prof. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional: una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2006, n. 08-03, p. 03:1- 03:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. En SCHÜNEMANN Bernd (compilador). **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 31 -80.

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

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal:** acción sigificativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004.

WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista.** Buenos Aires: Depalma, 1951.