

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

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

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Matheus Felipe De Castro; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-741-0

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Parodiando Ihering, o Direito Penal não é uma pura teoria, mas uma força viva. E nos GTs do Conpedi, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das misérias humanas. Miséria para os que cometem o crime e têm de suportar a pena, miséria para os que o sofrem e têm parte de suas vidas ceifadas por intrusos forasteiros.

Na tarde do dia 24/06/2023, estivemos reunidos neste VI Encontro Virtual do Conpedi, no GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, onde foram apresentados os seguintes artigos:

STALKING E REVENGE PORN: CONCEITOS, SIMILITUDES E TRATAMENTO LEGISLATIVO, de Greice Patricia Fuller e Rosemeire Solidade Da Silva Matheus, onde se descortinou seus respectivos conceitos e tratamento legislativo, enquanto delitos que despontaram a partir da Sociedade da Informação, mais especificamente com a popularização das redes sociais, destacando os esfacelos psicológicos das vítimas dos cybercrimes, sendo relevante destacar os esforços das mesmas para lidar com as situações de danos e ameaças sofridos.

INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME EM LETRAS DE MÚSICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Guilherme Manoel de Lima Viana, Irineu Francisco Barreto Junior e Greice Patricia Fuller, abordando os limites da liberdade de expressão em letras de música, especialmente em relação aos crimes de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal e como esses crimes são expressos em letras de música que tratam de temas como crimes sexuais, roubos, furtos e tráfico de drogas, analisando até que ponto esses temas são protegidos pela Constituição Federal.

IMPARCIALIDADE SUBJETIVA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE A PARTIR A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA, de Airto Chaves Junior e Victor Luiz Ceregato Grachinski, estudando a imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal a partir da Teoria

da Dissonância Cognitiva, buscando compreender como o contato prévio do juiz com o produto da investigação preliminar causa um desequilíbrio cognitivo no julgador em favor da versão acusatória (primado da hipótese sobre os fatos).

FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de Nathália Leite de Medeiros , Walter Nunes da Silva Júnior, evidenciando que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN, de Fernando Rocha De Andrade, analisando a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos, questionando se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras.

A OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CRIME DE LAVAGEM E DINHEIRO, de Fernando Rocha De Andrade, investigando se os mecanismos de controle edificaram um feixe de regras a agentes que atuam em atividades reconhecidas como sensíveis à lavagem de capitais, cujo descumprimento aumenta o risco em favor da prática do mascaramento, e se a mera condição de compliance prevista na norma de regência não impõe necessariamente um dever de garantir a evitação da lavagem de dinheiro.

EXPECTATIVA VS REALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: COMO E QUEM FALHA NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO O QUAL SE DISTANCIA A CADA DIA DO IDEAL DA LEI?, de Leila Gomes Gaya, trabalhando com um comparativo entre o “dever-ser” estabelecido na Lei nº 7210/84, a Lei de Execução Penal, e o “ser” que é a realidade das instituições prisionais brasileiras.

CRIME DE MOTIVAÇÃO RACIAL: ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE AHMAUD ARBERY NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, de Eudes Vitor Bezerra, Claudia Maria Da Silva Bezerra e Natália Diniz Filgueiras, considerando que o direito penal moderno requer observação por meio de diferentes óticas, de modo que a análise de fenômenos

estrangeiros por meio de um estudo de caso de ampla divulgação midiática contribui para compreendermos como situações semelhantes são tratadas de forma diversas a depender da sistemática penal. Nos Estados Unidos, episódios de crimes de motivação racial como os de George Floyd, Breonna Taylor e Ahmaud Arbery são apenas alguns nomes dessa lista, sendo que a realidade no Brasil não é diferente.

DIÁLOGOS ENTRE A SANÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA, de Walter Carlito Rocha Júnior, objetivando despertar no leitor uma reflexão de que estaríamos diante da macrocriminalidade sendo que os crimes teriam tomado uma proporção muito maior, cometidos através de pessoas jurídicas, demandando da legislação permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lauro Mens de Mell , José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, retomando o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos.

DIREITO À VIDA, MAS QUE VIDA?, de Lauro Mens de Mello, José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, analisando a terminalidade da vida, abordando o choque entre os princípios da intangibilidade da vida humana, dignidade humana e autonomia da vontade, a fim de avaliar as hipóteses de disposição da vida humana, em casos determinados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR E OS STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA, de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe De Castro, considerando que inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, comportando exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito, demandando a demonstração de fundadas razões (causa provável) da ocorrência concreta de flagrância no interior da residência. Todavia, não havendo previsão legal no que consistiriam tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato, a necessidade de estabelecimento de claros standards probatórios que justifiquem a entrada forçada em domicílio na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Júlio César Craveiro Deveschi e Fábio André Guaragni, apresentando a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria, ressaltando a necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, de Adriana Fasolo Pilati e Samara Scartazzini Awad, debatendo os crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto, cuja ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidade.

DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES COM ENFOQUE NAS MULHERES APENADAS, de Adriana Fasolo Pilati e Ana Raquel Pantaleão da Silva, debatendo o sistema carcerário, suas origens, mudanças ao decorrer da história, juntamente com um enfoque no sistema brasileiro, seus problemas e apresentação de soluções para resolvê-los, bem como a situação das mulheres apenadas que nele cumprem suas sentenças.

ESTUDO DO CRIME DE EXTORSÃO QUANDO CONSIDERADO CRIME MILITAR: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, de Lizandro Rodrigues de Sousa e Emanuel Marques dos Santos, estudando o crime de extorsão quando considerado crime militar, previsão legal e desdobramentos jurisprudenciais no STJ, especificamente o caso Resp. 1.903.213 - MG.

LAWFARE: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, de Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ressaltando que o lawfare é entendido não apenas como uma ferramenta de guerra híbrida, como também abuso de leis e sistemas judiciais em benefício político, empresarial e sociopolítico, sendo que no Brasil o caso mais emblemático de lawfare no campo político, com manipulação da opinião pública ao combate da corrupção, teria ocorrido no âmbito da operação Lava-jato, gerando instabilidade política e um processo de impeachment culminando, também, com a prisão do ex-presidente Lula.

EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PARA OS ENCARCERADOS NO ESTADO DA PARAÍBA, de Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Allan Vítor Corrêa de Carvalho, apresentando a

educação no âmbito do sistema prisional do estado da Paraíba como forma de efetivar a cidadania das pessoas encarceradas.

As leitoras e leitores, por certo, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso de suas autoras e autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todas e todos uma ótima leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC/UNOESC

Profa. Dra. Bruna Azevedo de Castro – Faculdades Londrina

Prof. Dr. Horácio Monteschio – UNICURITIBA/UNIPAR

**EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA
PENAL**
**EVOLUTION OF THE CONCEPT OF IMPROPER OMISSION IN CRIMINAL
DOGMATICS**

Júlio César Craveiro Devechi ¹
Fábio André Guaragni ²

Resumo

O presente trabalho apresenta a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria. O caminho metodológico passa pela revisão bibliográfica de obras clássicas e contemporâneas, nacionais e estrangeiras. O primeiro capítulo aborda conceitos relacionados às normas proibitivas e às normas mandamentais. No segundo capítulo, adentra-se no escopo principal deste estudo científico, com referência ao conceito de omissão nas escolas penais do causalismo, neokantismo, finalismo, pós-finalismo, assim como na doutrina nacional contemporânea. Compreende-se a relevância do tema na necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco. Nesse sentido, detecta-se um sensível incremento na expansão das posições de garantia – responsáveis por transmutar uma norma de cunho proibitivo em norma mandamental –, atreladas tanto à proteção de um bem jurídico específico, quanto em razão da vinculação do agente ao dever de vigilância de determinada fonte de perigo.

Palavras-chave: Omissão imprópria, Conceito, Evolução, Dogmática penal, Direito penal econômico

Abstract/Resumen/Résumé

This paper presents the evolution of the concept of omission in criminal dogmatics, focusing on improper omission. The methodological path involves a bibliographic review of classical and contemporary works, both domestic and foreign. The first chapter discusses concepts related to prohibitory and mandatory rules. In the second chapter, we move on to the main scope of this scientific study, with reference to the concept of omission in the penal schools of causalism, neokantism, finalism, post-finalism, as well as in contemporary Brazilian doctrine. The relevance of the theme is understood in the need for a dogmatic deepening on improper omission, which has been widely used by Economic Criminal Law inserted in a context of risk society. In this sense, we detect a significant increase in the expansion of guarantee positions - responsible for transmuting a prohibitive rule into a mandatory rule - ,

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania (PPGD/Unicuritiba). Analista Judiciário e Assistente de Ministro (STF).

² Doutor e Mestre em Direito (UFPR). Professor do PPGD/Unicuritiba. Procurador de Justiça (MPPR).

linked both to the protection of a specific legal interest and due to the agent's duty of surveillance of a particular source of danger.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Improper omission, Concept, Evolution, Criminal dogmatics, Economic criminal law

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque à omissão imprópria. O caminho metodológico passa pela revisão bibliográfica de obras clássicas e contemporâneas, nacionais e estrangeiras.

Sobre a relevância do tema, Pierpaolo Cruz Bottini destaca que a omissão sempre desafiou a dogmática criminal, pois as nuances da inatividade e a definição das bases de sua reprovabilidade, assim como a sua equiparação à ação, sempre exigiram “reflexões cautelosas de autores das mais variadas escolas penais” (BOTTINI, 2018, p. 21). Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli compartilham da mesma percepção: “[a omissão imprópria] é uma das matérias em que a dogmática jurídica penal tem ainda aberta uma série de interrogações que é necessário seguir investigando”, pois “a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 487).

Idêntico sentimento é revelado por Carla Rahal Benedetti: “a feitura de normas omissivas impróprias são muito abstratas, devendo ser adivinhada a forma concreta de sua infração, que é a vontade final da realização do delito doloso de ação (comissão), o que se torna inócuo” (BENEDETTI, 2014, p. 63-64).

Todos esses alertas demonstram que o tema a ser trabalhado é valioso à dogmática penal e permanece aberto ao aprofundamento do debate.

Os delitos omissivos impróprios fazem parte da utilização do Direito Penal em um contexto de sociedade de risco em franca expansão. Ulrich Beck, na primeira frase de sua clássica obra, explica que “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*” (BECK, 2011, p. 23). Assim, diante da multiplicidade de riscos tecnológicos vinculados aos meios produtivos adotados na modernidade, o Estado passou a ser incapaz de, sozinho, evitá-los ou mitigá-los. Essa responsabilidade começou a ser distribuída e os particulares foram chamados a auxiliar na identificação dos perigos inerentes às suas próprias fontes de riqueza, com vistas a impedi-los ou, ao menos, a abrandar-lhes os efeitos.

Débora Motta Cardoso acrescenta que o Direito Penal passou a se ocupar da responsabilização da prática de condutas meramente perigosas, nas quais se inclui o uso cada vez mais frequente dos tipos penais omissivos. Defende que “esse mesmo panorama é

o responsável pela exasperação da punição das chamadas *posições de garantia*, por meio das quais se atribui a certa classe de pessoas o dever de prevenir e impedir a lesão a determinados bens jurídicos”, havendo uma perceptível “tendência mundial de punição pela omissão” (CARDOSO, 2015, p. 144-145).

De partida, será abordada a diferença entre normas proibitivas e normas mandamentais. Após, haverá breve incursão pela evolução do conceito de omissão nas diversas escolas penais, para se chegar, ao cabo, à visão atual da doutrina brasileira sobre o tema.

2 NORMAS PROIBITIVAS E NORMAS MANDAMENTAIS

As normas penais tipificam tanto condutas *comissivas* (de ação) quanto condutas *omissivas* (de omissão). Para Cláudio Brandão, “isto se dá porque a norma penal pode ser *proibitiva* ou *imperativa* (também chamada de preceptiva)” (BRANDÃO, 2001, p. 31).

Juarez Cirino dos Santos explica que "o Direito Penal utiliza duas técnicas diferentes para proteger bens jurídicos: em regra, a norma penal *proíbe* a realização de ações *lesivas* de bens jurídicos; por exceção, a norma penal *ordena* a realização de ações *protetoras* de bens jurídicos" (SANTOS, 2020, p. 211).

Fábio André Guaragni complementa que a totalidade dos tipos penais contém, “por trás de si, comandos normativos, que podem ser proibitivos, dirigidos à *não-realização de uma determinada conduta*, ou mandamentais (também denominados preceptivos ou ordinatórios), que ‘vão dirigidos à realização de uma determinada conduta’” (GUARAGNI, 2005, p. 35).

O tipo de homicídio, por exemplo, previsto no artigo 121, *caput*, do Código Penal, contém o comando *proibitivo* “não matar”. A maioria das normas penais incriminadoras são proibitivas e podem ser identificadas quando a realização da *ação* nela prevista corresponder à incidência de uma pena (BRANDÃO, 2001, p. 31). Assim, como “matar alguém” é proibido pelo preceito primário do artigo 121, *caput*, do Código Penal, aquele que o fizer estará sujeito à reprimenda corporal de reclusão, de seis a vinte anos.

No artigo 135 do Código Penal (omissão de socorro), por outro lado, observa-se um comando *imperativo, mandamental, ordinatório* ou *preceptivo* de "prestar assistência”. Nas normas imperativas, mandamentais, ordinatórias ou preceptivas, há um *dever de agir*

(BRANDÃO, 2001, p. 32). No caso da omissão de socorro, então, o ordenamento jurídico penal *impõe* o dever 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 de pedir, “nesses casos, o socorro da autoridade pública” (artigo 135 do CP).

Por esse dispositivo, quem *deixa* de prestar assistência ou, em caso de risco pessoal, *deixa* de pedir socorro às autoridades públicas, desatende a uma ordem preceptiva (imperativa, ordinatória ou mandamental) e realiza a conduta omissiva prevista no preceito primário do tipo penal do artigo 135 do CP, sujeitando-se à pena de detenção, de um a seis meses, ou multa.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, "os crimes omissivos próprios são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal" (BITENCOURT, 2018, p. 319). Na omissão própria, a norma penal define desde logo como típica uma conduta de “deixar de fazer”, delimitando suas circunstâncias e seus elementos puníveis. Em suma, “no fato próprio de omissão, o agente deixa de praticar um ato que a lei lhe ordena” (BRUNO, 1959, p. 295).

Voltando os olhos à omissão de socorro, sabe-se de antemão, pela simples leitura da norma penal expressa, que só está obrigado — por comando imperativo, mandamental, ordinatório ou preceptivo — a prestar assistência quem puder fazê-lo sem se expor a risco pessoal. Havendo risco pessoal, a mesma norma estabelece que a obrigação passa a ser a de solicitar socorro às autoridades públicas.

Como se vê, tanto as *normas mandamentais* (definidoras dos delitos *omissivos próprios* — que obrigam o agente a um *fazer*) quanto as *normas proibitivas* (definidoras dos delitos *comissivos* — que impõem ao agente um *não fazer*) encontram indubitável sintonia com o princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual “ninguém será obrigado a *fazer* ou *deixar de fazer* alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988).

Nos tipos *omissivos impróprios*, por outro lado, “o princípio da legalidade passa a sofrer uma importante exceção” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 487).

Isso ocorre, pois a reprovabilidade da conduta omissiva imprópria — ao contrário do que se verifica nos delitos *comissivos* e *omissivos próprios* — não está expressa na lei penal incriminadora. Ela decorre da conjugação de um *tipo comissivo expresso de resultado*

(*norma proibitiva*) com uma *posição atribuída pelo ordenamento jurídico* a determinadas pessoas, chamadas de “garantes” ou “garantidoras”, a quem a lei fixa o *dever de evitar* o resultado típico (artigo 13, § 2º, do Código Penal).

Nessa sistemática de conjugação, uma *norma proibitiva* acaba por se transmutar em *norma mandamental* e aquele que ocupa a posição de garante, ao se omitir diante do dever de evitar o resultado típico, viola um comando imperativo, mandamental, ordinatório ou preceptivo imposto pelo ordenamento jurídico.

Sobre o tema, Aníbal Bruno em 1959 já alertava que “quase todos os fatos puníveis podem ser praticados por meio de omissão” (BRUNO, 1959, p. 295). Decorre daí, novamente, o alerta para a necessidade de aprofundamento dogmático da matéria, com o objetivo de inibir o eventual uso do Direito Penal de forma irracional, improvisada ou arbitrária (COSTA, 2017, p. 53) por meio da multiplicação desordenada do estabelecimento das posições de garante.

3 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO

A definição do conceito de omissão integra a delimitação da conduta punível, com vistas a “repelir qualquer tentativa de estabelecimento de um direito penal de autor, ante a reafirmação de um direito penal do fato”, na medida em que “somente pode ser controlado e limitado democraticamente um sistema repressivo baseado no ato cometido e não em qualidades físicas ou psíquicas do indivíduo” (COSTA, 2017, p. 53-54).

Seguindo esse mesmo preceito, Luiz Regis Prado explica:

O delito só existe enquanto ação humana (Direito Penal do fato) e não como estado, condição social, modo de ser ou atitude (Direito Penal do autor), especialmente em uma sociedade livre e democrática, em que vige o primado da lei e do respeito inenarrável aos direitos e garantias fundamentais do homem (PRADO, 2017, p. 175).

A importância da definição de conduta humana em âmbito criminal, seja ela de ação ou de omissão, levou diversas Escolas Penais a debater o tema.

A análise individualizada do pensamento reinante em cada uma delas, por si só, renderia uma dissertação integral. Como o objetivo do ensaio não é esse, serão revisitados apenas os aspectos essenciais da evolução do conceito de omissão nas teorias clássicas e contemporâneas, por meio da revisão bibliográfica de doutrinadores mais recentes e que já

tenham se debruçado sobre outras obras e sobre os escritos originais dos principais representantes dessas Escolas Penais.

3.1 O CONCEITO DE OMISSÃO NO CAUSALISMO, NEOKANTISMO E FINALISMO

Na corrente do *causalismo naturalista* encontram-se as contribuições de Ernst von Beling, Franz von Liszt e Gustav Radbruch. Seus conceitos são “retirados da observação da realidade empírica, por meio de estruturas causais e naturais” (COSTA, 2017, p. 55). Em breve síntese, para os causalistas, a omissão representava a distensão ou o afrouxamento dos músculos, isto é, a não produção voluntária de um comportamento no mundo exterior, ocasionando um mero *não fazer* ou produzindo um *resultado positivo* que poderia ter sido evitado com o agir do omitente (COSTA, 2017, p. 55-57).

Sobre a corrente causalista, Bottini resume:

No final do século XIX e início do século XX definia-se a ação como *movimento corporal externo voluntário* e a omissão como um não agir *voluntário*. Essa *voluntariedade* distinguiria as *condutas humanas* das forças naturais e dos movimentos reflexos. O *querer* era o *elemento comum* entre a ação e a omissão (...). Em suma, entendia-se a omissão como um *não fazer* algo, que só adquiria sentido quando acompanhado de uma *vontade consciente de não fazer* (BOTTINI, 2018, p. 24-25).

Adriane Pires explica que “consistia a omissão, segundo Liszt (1851-1919), em não impedir o resultado. Para Beling (1866-1932), (...) a omissão era a inatividade corporal voluntária, contenção dos nervos motores, dominada pela vontade” (PIRES, 2015, p. 84).

Entre nós, Aníbal Bruno é apontado pela doutrina como integrante do movimento causalista (COSTA, 2017, p. 59 e MARTINS, 2022, p. 24). Ele identificou que “o problema de mais longo debate (...) tem sido o de achar o elemento que coloque a omissão dentro do conceito geral da ação, o elemento natural, objetivo, que lhe dê realidade e substância” (BRUNO, 1959, p. 295).

O clássico doutrinador brasileiro entendia que “a omissão, como a ação em sentido estrito, é um comportamento voluntário. Os dois momentos, o interno do querer e o externo do comportamento efetivo do omitente, integram a omissão, como a ação” (BRUNO, 1959, p. 298). Ressaltava, ainda, que:

Isso é mesmo uma exigência do nosso Direito positivo, cujo sistema não admite a existência de fato punível sem o concurso de um movimento volitivo do sujeito. Não se pode, portanto, tomar em consideração no nosso Direito uma omissão, a que falte o querer do omitente. É claro que na omissão, como na ação, esse querer pode tomar a forma completa de querer o acontecido ou assumir o risco de produzi-lo, ou ficar na zona culposa da negligência, imprudência ou imperícia (BRUNO, 1959, p. 298).

Superada a corrente causalista — que, segundo os críticos, possuía pouca valia ao Direito Penal por não indicar quais condutas omissivas seriam juridicamente relevantes (BOTTINI, 2018, p. 25) —, surge o *neokantismo* ou o *causalismo valorativo*, lastreado “em premissas valorativas e não na mera observação do mundo externo” (COSTA, 2017, p. 61). A preocupação do neokantismo passou a ser, então, “*normatizar o conceito de omissão, valorar dentre todas as omissões quais aquelas que merecem destaque*” (BOTTINI, 2018, p. 25).

Desenvolvida nas primeiras décadas do século XX e tendo como principal representante Edmund Mezger (CUNHA, 2020, p. 242), a teoria neokantista trouxe consigo a ideia de *expectativa*, pela qual “não existe *omissão* em si, mas apenas a omissão de *algo esperado*, ou seja, o conceito só existe diante de uma *expectativa*, proveniente do mundo dos *valores*” (BOTTINI, 2018, p. 25).

Sobre o *neokantismo* e a *teoria da expectativa* na omissão imprópria, Victor Costa acrescenta:

No que toca à omissão, Mezger aponta realmente ser importante a demonstração de que aquele que omite é o penalmente responsável pelo advento do resultado, uma vez que se *esperava* uma conduta apta a evitá-lo, dada existência de determinado dever especial que impunha ao omitente a proteção dos bens jurídicos da vítima. Quem não realizava a ação esperada, responderia pela omissão (COSTA, 2017, p. 63).

Após a corrente neokantiana, surge a *teoria finalista da ação*, de Hans Welzel, para quem:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente (WELZEL, 2015, p. 31).

Camila Saldanha Martins explica que, “para o finalismo, finalidade e vontade de realização da ação são conceitos sinônimos e somente os resultados que forem produtos da vontade final podem ser relevantes para o Direito Penal” (MARTINS, 2022, p. 27).

A teoria finalista adicionou ao estudo da ação típica a *intencionalidade* do agente, com a concepção de que a finalidade é *vidente* e a causalidade é *cega* (WELZEL, 2015, p. 32). Welzel considerava a *ação* e a *omissão* como espécies do gênero *conduta*, regidas pelo critério da *intencionalidade* ou da *vontade final* do sujeito, isto é, por *processos finalisticamente direcionados* (COSTA, 2017, p. 68) ou *psiquicamente dirigidos a um fim* (CUNHA, 2020, p. 245).

Especificamente sobre a omissão, ela é conceituada no finalismo como “um não realizar uma ação possível que esteja subordinada ao poder final de fato de uma pessoa concreta” e seu elemento subjetivo, nesse contexto, “diz respeito à consciência do poder de atuar” do sujeito ativo (COSTA, 2017, p. 65-66). Em outros termos, “a omissão não ostenta um caráter negativo, mas se apresenta como uma limitação de uma ação possível: omite quem não realiza um ato, ainda que tenha a capacidade para tanto” (PIRES, 2015, p. 88).

Bottini acrescenta que os “autores *finalistas* se afastam da ideia da *expectativa* para apresentar um conceito *ontológico* de omissão”, definindo-a como a “não realização voluntária de uma ação final daquele que tem a capacidade para tal, ou seja, aquela que o sujeito *poderia* realizar na situação concreta na qual se encontrava” (BOTTINI, 2018, p. 27).

Armin Kaufmann — considerado pelo próprio Welzel como o doutrinador que traçou as bases fundamentais da teoria finalista da omissão (COSTA, 2017, p. 67) — expõe, ainda, os *três critérios básicos* da conduta omissiva.

O primeiro deles é a *negação do agir*, consubstanciada na negativa de se atuar em determinada direção. Não se trata de um mero “não fazer”, mas sim de um “não fazer algo”. O segundo critério refere-se à *ação final* de um *indivíduo determinado*, ou seja, à ausência de realização de vontade vinculada a uma ação final de um sujeito determinado que decidiu não levar adiante essa ação. Por fim, o terceiro e último critério está na delimitação da *possibilidade de ação*, isto é, só se pode falar em omissão quando houver a possibilidade de se levar a cabo a conduta esperada (KAUFMANN, 2006, p. 45-48).

Logo, para Kaufmann (2006, p. 54), “el *omitir* se refiere a un actuar final determinado, cuya ejecución le hubiera sido posible al que permaneció inactivo”.

Adriane Pires esclarece que a principal contribuição de Kaufmann foi, justamente, a introdução do elemento *capacidade* — ou *possibilidade* — de ação como o “traço distintivo entre ação e omissão, refutando a existência de uma causalidade estrita entre omissão e resultado” (PIRES, 2015, p. 88). Ilana Martins Luz (2021, p. 185) adiciona que “essa capacidade de ação não se limita à possibilidade física do sujeito de realizar determinadas condutas, contendo, também, um aspecto intelectual”, pois “só existe possibilidade de atuar quando o sujeito tem conhecimento da situação que exige a realização de uma ação sua”.

O finalismo, portanto, visualiza a omissão sob o viés ontológico como o “não comportamento consciente e voluntário, que existe com a independência das expectativas de terceiros”, ou seja, ainda que ninguém esperasse uma conduta positiva em dada situação fática (BOTTINI, 2018, p. 27).

3.2 O CONCEITO DE OMISSÃO NO PÓS-FINALISMO

Na etapa denominada *pós-finalismo* surgem as *teorias sociais*, as *teorias de unidade conceitual* e as *vertentes funcionalistas* da conduta humana.

De acordo com Fábio Guaragni, as várias *teorias sociais* da conduta “estão ligadas por uma mesma ideia central: fazer o conceito de conduta humana depender de sua relevância social” (GUARAGNI, 2005, p. 199).

Rogério Sanches Cunha complementa que “a reprovabilidade social passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal (comportamentos aceitos socialmente não seriam típicos)” (CUNHA, 2020, p. 247).

Os principais representantes das *teorias sociais* foram Johannes Wessels e Hans-Heinrich Jescheck. Para o primeiro (Wessels), tanto a ação quanto a omissão estão atreladas a uma *conduta socialmente relevante*, dominada ou dominável pela *vontade humana*. Para o segundo (Jescheck), a ação é representada por um *comportamento socialmente relevante* e a inatividade vincula-se a uma *expectativa social de ação*, afetando a relação do indivíduo com o meio que o circunda (COSTA, 2017, p. 69-71).

Ainda a respeito da conduta omissiva, Guaragni exalta a originalidade do pensamento de Jescheck ao considerar como *ausência de conduta* — em plano pré-típico — toda situação em que o omitente não possui *capacidade de ação*. Nessa medida, “há o

tratamento da ausência de capacidade de agir como aspecto excludente da conduta humana, ou do *comportamento socialmente relevante*”, fora do plano da tipicidade (GUARAGNI, 2005, p. 209).

Por fim, Bottini destaca que as *teorias sociais* representaram o retorno da ideia neokantista “de que a *omissão relevante* está atrelada à frustração de uma *expectativa de comportamento*” (BOTTINI, 2018, p. 28). Em outros termos, quem se omite deixa de atender a uma *expectativa social de ação* inserida no contexto de mundo que o circunda.

Antes de adentrar na abordagem das *vertentes funcionalistas*, merecem destaque as posições doutrinárias de “unidade conceitual” (BOTTINI, 2018, p. 28) ou de “conceito negativo” (COSTA, 2017, p. 71), representadas, dentre outros, por Behrendt e Herzberg.

O ponto de vista desses doutrinadores é sintetizado por Ana Carolina Carlos de Oliveira da seguinte forma:

Esses autores, dentre outros, traçam uma das primeiras aproximações a um conceito unitário de ação e omissão, segundo uma perspectiva de identidade normativa. Propuseram o raciocínio inverso ao que tradicionalmente procedia a doutrina: ao invés de partir dos elementos da ação e estendê-los à omissão, Herzberg partiu da omissão para buscar a identidade nas duas modalidades de comportamento, indicando que também nos delitos comissivos existiria (ou deveria existir) um dever de garante. Tanto a ação quanto a omissão poderiam ser sintetizadas como o “evitável não evitar” de um resultado (...). A possibilidade de evitar um resultado ganharia centralidade também no conceito de ação, de tal modo que Behrendt elabora um supraconceito de delito como a “evitável não evitação de uma situação típica” (OLIVEIRA, 2019, p. 125-126).

Em resumo, os adeptos da *unidade conceitual* desprezam a distinção entre ação e omissão partindo do chamado *princípio da evitabilidade*, o qual é atrelado pelo Direito Penal alemão à omissão imprópria com o estabelecimento de posições ou deveres de garantia, isto é, de evitação do resultado típico (COSTA, 2017, p. 72).

Nas próximas linhas, serão abordadas as duas principais vertentes do sistema dogmático chamado de *funcionalismo*: a *vertente sistêmica* de Günther Jakobs e a *vertente teleológica-racional* de Claus Roxin.

O pensamento *funcionalista* ou *teleológico* — assim como as *teorias sociais* — encontra suas raízes no *método neokantiano* em oposição à orientação metodológica do *finalismo* (GUARAGNI, 2005, p. 239). Nesse sentido, a dedução de conceitos volta “a tomar valorações como referência, não se apegando ao universo do ser” (GUARAGNI, 2005, p. 241).

Apesar disso, Fábio Guaragni destaca duas diferenças entre o pensamento neokantiano e o funcionalismo: (i) a *superação do relativismo valorativo* — com o estabelecimento de uma finalidade preventiva como norte para a construção sistêmica dos conceitos e níveis analíticos do Direito Penal —; e (ii) o *apoio nas ciências sociais* — em especial na sociologia sistêmica para permitir o funcionamento do Direito Penal como mecanismo de controle da atuação das pessoas segundo as expectativas estampadas nas normas (GUARAGNI, 2005, p. 241-244).

A respeito da omissão, a *vertente sistêmica* do funcionalismo de Jakobs propõe algo semelhante ao que foi estudado sobre a teoria da *unidade conceitual*, pois prevê, tanto para os delitos de ação quanto para os delitos de omissão, o estabelecimento de uma posição de garante (COSTA, 2017, p. 77-78), atrelada à ideia de *evitabilidade individual* de um resultado (GUARAGNI, 2005, p. 289).

Sobre o tema, Victor Costa explica:

Não se trata de definir a natureza externa da conduta, mas a caracterização normativa da responsabilidade, fundada na teoria da imputação objetiva, que determina a identificação da posição de garantidor. (...) A omissão só é atribuível se a abstenção do sujeito na salvação de um perigo é determinante para a ocorrência do resultado. A unificação de ação e omissão sob o conceito de comportamento é indiferente, uma vez que nos dois casos se está a falar da vinculação do ser humano a um curso que conduz a um resultado (COSTA, 2017, p. 78-79).

Guaragni complementa que, para Jakobs, o conceito de conduta está atrelado à “teoria da evitabilidade individual”, pela qual *ação* significa causar um resultado externo mínimo individualmente evitável. Contudo, adverte para a posterior superação desse conceito, pelo próprio doutrinador alemão, quanto à concepção de *causação de um resultado externo mínimo*, justamente pela restrição de sua aplicabilidade no âmbito da tentativa e dos crimes omissivos (GUARAGNI, 2005, p. 291).

Para a outra vertente do *funcionalismo*, a *teleológico-racional* de Claus Roxin, Adriane Pires elucida que a omissão é uma *manifestação da personalidade*, que ocorre “por meio da não realização de uma ação esperada pela sociedade ou que a lei, penal ou acessória, obrigue sua realização: para que se possa verificar a relação imputativa é preciso que se tenha como certa a possibilidade de o agente ter atuado” (PIRES, 2015, p. 89-90).

Como se observa, a omissão para Roxin “depende de duas condições para a sua existência: a expectativa de ação e a capacidade física de realização da ação” (LUZ, 2021,

p. 189). Nesse contexto, a omissão só realiza o tipo penal quando contraria uma *expectativa* de ação penalmente relevante ou quando ocorre a violação de um dever de cuidado juridicamente imposto pela norma penal. Ademais, a impossibilidade física de realização da ação esperada pelo destinatário da norma é causa impeditiva do reconhecimento da omissão (COSTA, 2017, p. 84).

Guaragni destaca, de forma elogiosa, o fato de o resultado não ter sido alocado por Roxin como parte do conceito de conduta, “na medida em que o resultado, efetivamente, pode figurar como exigência do tipo (na velha concepção dos crimes materiais), porém é desnecessário na conduta, ao contrário do que se colocava durante o período causal-naturalista” (GUARAGNI, 2005, p. 261).

3.3 O CONCEITO DE OMISSÃO NA DOUTRINA NACIONAL ATUAL

Finalizada a apresentação evolutiva do conceito de omissão nas principais Escolas Penais, a pesquisa passará agora pela verificação da obra de alguns autores brasileiros hodiernos. Nessa revisão doutrinária, será possível constatar a influência das diversas teorias da conduta acima indicadas na elaboração, entre nós, dos conceitos mais recentes de omissão.

Para Pierpaolo Cruz Bottini, a omissão relevante, em plano pré-jurídico, é representada pelo “*não fazer algo esperado quando se é capaz de agir de acordo com uma expectativa*” (BOTTINI, 2018, p. 33).

Adiante, destaca que a “*omissão juridicamente relevante é a inação voluntária e consciente, que viola uma norma jurídica mandamental*”. No plano da relevância penal, acrescenta que esse mandamento deve (i) atender às exigências da legalidade e de outros princípios limitadores do Direito Penal; (ii) tutelar um bem jurídico com dignidade penal; e (iii) respeitar o limite ontológico da omissão, ou seja, a capacidade de agir do omitente (BOTTINI, 2018, p. 37). Quanto à *omissão imprópria*, o autor explica no decorrer de seu texto que a inatividade só encontra relevância penal quando há autorização legal expressa para a *equiparação* da inação à ação, como ocorre no artigo 13, § 2º, da Parte Geral do Código Penal brasileiro (BOTTINI, 2018, p. 114-115).

O mesmo ponto de vista de Bottini é compartilhado por Alexandre Fragoso e Fernanda Fragoso (2021, p. 63-64) no estudo da responsabilidade penal do *compliance officer* nas organizações.

Victor Costa procura se “afastar de todas as confusões proporcionadas pelas teorias anteriores, seja de um conceito pré-jurídico seja finalista”, para analisar o conceito de omissão “a partir do ponto de vista da norma mandamental” (COSTA, 2017, p. 93). Adriane Pires também reconhece a relevância penal da omissão “a partir da conduta do sujeito em referência a uma norma de cunho mandamental e da possibilidade de sua realização” (PIRES, 2015, p. 94).

Nos manuais, Paulo César Busato explica que, nos delitos de omissão, exige-se uma ação *esperada e possível*: “o sujeito de quem se exige a atuação positiva tem que estar em condições de atuar e compelido a fazê-lo por meio de um dever. O que se pune é que o sujeito, podendo e devendo atuar, deixe de fazê-lo” (BUSATO, 2020, p. 218). Ensina que esse dever pode ser *genérico* — dirigido a todos, indistintamente, com base na ideia de solidariedade mútua (omissão própria) — ou *específico* — obrigando apenas um determinado grupo de pessoas em situações bastante delimitadas (omissão imprópria) (BUSATO, 2020, p. 219).

Para o saudoso professor paranaense René Ariel Dotti, “*omissão* é a abstenção da atividade juridicamente exigida. Constitui uma atitude psicológica e física de não atendimento da *ação esperada*, que devia e podia ser praticada. O conceito, portanto, é puramente normativo” (DOTTI, 2013, p. 402).

A vinculação do conceito de omissão à normatividade do tipo penal também é objeto de realce no conhecido manual de Direito Penal brasileiro de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Antes do tipo, isto é, em nível da conduta [pré-típico], não há omissões, pois todas são ações. E assim é porque “omitir” não é um puro “não fazer”: “omitir” é apenas “não fazer” o que se deve fazer, e este dever não poderá ser conhecido enquanto não se chega à norma, ou seja, enquanto não se chega à tipicidade. (...) Consequentemente, *para nós há somente ações, como única forma de conduta anterior a qualquer referência típica*. Quando chegamos ao nível de análise da tipicidade, encontramos tipos que nos descrevem as condutas proibidas e que são expressos em normas com enunciado proibitivo, chamados tipos ativos, e outros que nos descrevem a conduta devida e que se expressam através de normas com enunciado preceptivo, chamados tipos omissivos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 483-484).

Na mesma trilha, Ana Carolina Oliveira elucida que a doutrina contemporânea tem distinguido a ação da omissão justamente a partir da antinomia entre normas mandamentais (imperativas) e normas proibitivas. Além disso, para algumas interpretações extremas, pouco importa a redação do tipo penal, pois o “efetivamente determinante é o caráter da norma como mandado ou proibição” (OLIVEIRA, 2019, p. 128).

Cezar Roberto Bitencourt possui essa mesma compreensão: “a infração das normas imperativas constitui a essência do crime omissivo. (...) Tipifica-se o *crime omissivo* quando o agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado” (BITENCOURT, 2018, p. 319).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição dos esforços doutrinários na evolução do conceito de omissão — e a eventual tentativa de distinção em relação à ação —, ainda que de forma breve, mostrou-se válida para evidenciar a preocupação das mais variadas Escolas Penais com o tema. Além disso, apesar de ocasionalmente superadas, as ideias defendidas por essas Escolas trouxeram importantes contribuições ao entendimento atual da conduta omissiva.

Do *causalismo naturalista*, extraiu-se a vinculação da *voluntariedade* ao comportamento de quem se omite. O *neokantismo* — ou *causalismo valorativo* — trouxe consigo a ideia de *expectativa*, classificando como relevante apenas a omissão de *algo esperado*. O finalismo, a seu turno, contribuiu com a introdução ao conceito de omissão do elemento *capacidade* — ou *possibilidade* — de ação na clássica obra de Armin Kaufmann (2006).

No pós-finalismo, as *teorias sociais* retomaram as ideias do neokantismo e passaram a prever que quem se omite deixa de atender a uma *expectativa de ação* inserida em seu contexto social. Pela teoria da *unidade conceitual*, o *princípio da evitabilidade* afastou a distinção entre ação e omissão, com o estabelecimento de *deveres de evitação do resultado típico* tanto nas condutas comissivas quanto nas condutas omissivas. O mesmo foi defendido por Jakobs na *vertente sistêmica* do funcionalismo.

Por fim, o *funcionalismo teleológico-racional* proposto por Claus Roxin atrelou a conduta humana a uma *manifestação da personalidade*. Sobre a omissão, sua caracterização

passou a ser observada tanto sob o viés da *expectativa de ação* quanto pela *capacidade física* de realização dessa ação.

Na doutrina nacional atual, verificou-se a prevalência da distinção entre ação e omissão atrelada ao conteúdo normativo da lei penal, ou seja, se mandamental ou proibitivo.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral – introdução, norma penal e fato punível. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.

COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios**: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. **A responsabilidade penal do compliance officer nas organizações**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2021.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

MARTINS, Camila Saldanha. **Responsabilidade omissiva nos crimes empresariais: uso do garante para criação do inimigo**. Curitiba: Juruá, 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance**. Curitiba: Juruá, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.