

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

JÉSSICA PASCOAL SANTOS ALMEIDA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

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 - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

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

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

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

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Jéssica Pascoal Santos Almeida, Gabriel Antinolfi Divan – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-317-6

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

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No dia 27 de Novembro de 2025, como parte do XXXII Congresso Nacional do CONPEDI, no campus/sede da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, capital, ocorreram as apresentações e discussões relativas ao Grupo de Trabalho denominado DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO - II.

Ao longo da proveitosa tarde na Sala 304 do Prédio 03 (Direito), um número notável de artigos submetidos foram debatidos pelos autores e autoras presentes, sob a Coordenação dos professores Luis Gustavo Gonçalves Ribeiro (Centro Universitário Dom Helder-MG), Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS) e da professora, e anfitriã, Jéssica Pascoal Santos Almeida (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP).

A profusão de temas e enfoques no que diz para com os eixos de interesse propostos para o Grupo de Trabalho pode ser sentida desde a própria listagem dos artigos que foram discutidos ao longo do encontro, a saber:

O artigo ENTRE A NEUTRALIDADE APARENTE E A SELETIVIDADE PENAL: O RACISMO ALGORÍTMICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, escrito e apresentado por Jean Carlos Jeronimo Pires Nascimento e Ricardo Alves Sampaio, da Universidade do Estado da Bahia/UNEB-BA.

O trabalho intitulado CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS QUANTO AO RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS fora escrito por Beatriz Abraão de Oliveira e Karina Velasco de Oliveira, da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP, e apresentado por esta última autora.

Valdene Gomes de Oliveira apresentou o trabalho intitulado O CRIME INVISÍVEL NO CÓDIGO: A RESPONSABILIDADE PENAL PELA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA POR PROXIES, escrito em coautoria com Robson Antão de Medeiros, ambos representando o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PB.

Lucas Gabriel Santos Costa apresentou o artigo O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO SUBSTRATO MATERIAL DOS CRIMES OMISSIVOS, escrito em coautoria com

Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, ambos representando o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia-BA.

O artigo DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: A RELEVÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO COMBATE AO CRIME TRANSNACIONAL foi elaborado e apresentado por Fernando Pereira de Azevedo, Doutor pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa/IDP-DF.

O trabalho REVISÃO CRIMINAL E FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA DIANTE DE PROVAS DIGITAIS INCONTROVERSAS foi elaborado e apresentado por Luis Fernando de Jesus Ribeiro e Renan Posella Mandarin, do NEPP - Núcleo de Estudos em Processo Penal, da Universidade Estadual de São Paulo/UNESP-Franca.

Maria Celia Ferraz Roberto da Silveira e Isabella Martins da Costa Brito de Araújo, pesquisadoras do Observatório de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Universidade Cândido Mendes/UCAM-RJ apresentaram o trabalho de sua coautoria, cujo título é ANÁLISE DA INCONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA À LUZ DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL.

O trabalho de título CONTRATUALISMO E UTILITARISMO NA OBRA DOS DELITOS E DAS PENAS: FUNDAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE PUNIR foi apresentado por Gleydson Thiago de Lira Paes, da Universidade Federal da Paraíba-PB, e escrito em parceria com Andreza Karine Nogueira da Silva Freitas.

O artigo O PARADOXO DA (DES)PROTEÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DO ABOLITIO CRIMINIS NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS foi escrito e apresentado por Davi Salomão Sakamoto e Thamara Duarte Cunha Medeiros, da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP.

Wilson Junior Cidrão apresentou trabalho escrito em coautoria com Cassio Marocco e Silvana Terezinha Winckler, representando a Universidade Comunitária da Região de Chapecó/Unochapeco-SC, cujo título é TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL: ENTRE O DIREITO PENAL MÍNIMO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DO MACROBEM AMBIENTAL.

O artigo MULHERES EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL MARANHENSE: VULNERABILIDADES E DESAFIOS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS fora escrito e apresentado por Lais Pacheco Borges, Mestranda em Direito e Afirmação de Vulneráveis na Universidade Ceuma-MA.

AS RECENTES ALTERAÇÕES DO CÓDIGO PENAL EM CRIMES SEXUAIS (2025) E OS PADRÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO: TENSÕES ENTRE RIGOR PUNITIVO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS fora escrito e apresentado por Rafael Da Silva Moreira, Gabriel Christovam da Silva e Gustavo Borges Pereira, da Universidade do Estado de Minas Gerais-MG.

O artigo JUSTIÇA NEGOCIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO fora escrito por Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ambos do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPE-PB, e apresentado por este último coautor.

Tulio Max Freire Mendes, do Centro Universitário/UniCeub-DF, elaborou e apresentou o artigo intitulado A MORTE SILENCIOSA DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL: QUANDO A JUSTIÇA PUNE POR MEDO DE PARECER TOLERANTE COM O CRIME.

O artigo O DESVALOR DO RESULTADO COMO ROTA PARA SUPERAR A APLICAÇÃO ARBITRÁRIA DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL também fora escrito e apresentado por

Tulio Max Freire Mendes, do Centro Universitário/UniCeub-DF.

O texto intitulado COISAS FEITAS COM PALAVRAS: PERFORMANCE, PRODUÇÃO DE VERDADE E NOVOS APORTES CRÍTICOS AO TRIBUNAL DO JÚRI COMO DISPOSITIVO DE PODER, escrito por Joana Machado Borlina, Mestra em Direito, e Gabriel Antinolfi Divan fora apresentado pelo último autor, professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo-RS.

O trabalho O DIREITO PENAL E O GRITO DA TERRA: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL NO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO fora escrito em coautoria por Ana Virginia Rodrigues de Souza, Fabiane Pimenta Sampaio e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, do Programa de Pós-graduação em Direito, do Centro Universitário Dom Helder-MG.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro igualmente apresentou o artigo intitulado O DIREITO PENAL COMO ESPETÁCULO: UMA CRÍTICA AO SIMBOLISMO PUNITIVO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, escrito em coautoria com Aretusa Fraga Costa e Edvânia Antunes Da Silva, do Centro Universitário Dom Helder-MG.

Igualmente foram apresentados os artigos

A CEGUEIRA DELIBERADA COMO EVASÃO ÉTICO-JURÍDICA: BASES FILOSÓFICAS PARA A RELEVÂNCIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Lauro Sperka Junior e Mateus Eduardo

Siqueira Nunes Bertoni, representando o Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba/UNICURITIBA-PR,

bem como, de autoria de Fernanda Analu Marcolla e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul/UNIJUI-RS, o texto intitulado O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL À LUZ DA OC Nº 29/2022 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Essa rica coleção de trabalhos está agora disponível em publicação eletrônica e faz parte desse volume, para o qual recomendamos com entusiasmo a leitura. Que os estudos abertos à comunidade acadêmica a partir dessa publicação tragam tanta surpresa, olhar inovador e qualidade como tiveram os presentes textos em sua versão de comunicações presenciais!

Jéssica Pascoal Santos Almeida (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP)

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Centro Universitário Dom Helder-MG)

Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo-RS)

São Paulo, 27 de novembro de 2025.

O PRINCIPIO DA SOLIDARIEDADE COMO SUBSTRATO MATERIAL DOS CRIMES OMISSIVOS

THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AS THE MATERIAL SUBSTRATE OF OMISSIVE CRIMES

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim ¹

Lucas Gabriel Santos Costa ²

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo o fundamento da proibição penal na omissão imprópria, isto é, nos crimes comissivos por omissão. O objetivo central consiste em realizar uma análise crítica do conteúdo material que orienta o alcance do dever de cuidado atribuível ao agente nesses delitos, destacando a solidariedade como princípio basilar da ética social, concretizado juridicamente na figura do garantidor. Busca-se, assim, compreender em quais situações o vínculo estabelecido entre as pessoas reclama uma solidariedade especial, capaz de exigir do indivíduo uma forma qualificada de agir no âmbito do direito penal. A solidariedade, nesse contexto, não se limita a uma diretriz moral, mas representa conteúdo normativo que decorre de vínculos específicos entre sujeitos e que fundamenta a imposição de um dever jurídico-penal de agir ou de proteger. A relevância da pesquisa encontra-se na necessidade de compreender o papel da solidariedade como elemento estruturante dos deveres especiais de cuidado, cuja violação pode ensejar a responsabilização por omissão imprópria. Trata-se, portanto, de um esforço de aprofundamento teórico voltado à compreensão crítica da legitimidade e dos limites da imputação penal nesses casos. Adota-se o método dedutivo, valendo-se de pesquisa de caráter explicativo e exploratório, desenvolvida a partir de levantamento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Solidariedade, Direito penal, Crimes omissivos, Omissão imprópria, Garantidor

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as its object of study the foundation of criminal prohibition in improper omission, that is, in commission by omission crimes. Its central objective is to conduct a critical analysis of the material content that guides the scope of the duty of care attributable to the agent in such offenses, highlighting solidarity as a fundamental principle of social ethics, juridically materialized in the figure of the guarantor. The study seeks to understand in which situations the bond established between individuals requires a special form of solidarity, capable of demanding from the individual a qualified way of acting within the

¹ Professora Titular da Universidade Federal da Bahia.

² Professor Assistente da Universidade Estadual de Santa Cruz. Realiza estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

scope of criminal law. Solidarity, in this context, is not limited to a moral guideline, but rather represents normative content that arises from specific bonds between subjects and that grounds the imposition of a legal-criminal duty to act or to protect. The relevance of this research lies in the need to clarify the role of solidarity as a structuring element of special duties of care, the violation of which may give rise to liability for improper omission. It is, therefore, an effort of theoretical deepening aimed at critically understanding the legitimacy and limits of criminal imputation in such cases. Methodologically, the study adopts the deductive method, employing explanatory and exploratory research, developed through bibliographic and documentary review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Solidarity, Criminal law, Crimes of omission, Improper omission, Guarantor

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho tem o objetivo de discutir o papel do garantidor nos crimes omissivos impróprios e o da solidariedade como princípio básico da ética social que se traduz na figura do garantidor nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. A relação não é inusitada, a articulação do direito com valores, elementos mais próprios da ética, pode soar imprópria, a princípio, no quadro do direito penal liberal em razão do respeito devido pelos Estados à pluralidade de crenças, modos de vida e práticas das diversas sociedades. É certo que não cabe ao direito penal o propósito de assegurar convicções credos e práticas, se estas não ultrapassam o limite do que é simplesmente imoral, o que ainda assim, oferece desafios como se verá.

A preocupação não é supérflua se se considerar que não é necessária uma visita à Idade Média ou ao século XVII para encontrar fatos estranhos aos objetivos da pena sancionados pelo direito, como já o foram a heresia, a prática de relações sexuais entre cristãos e infiéis, ou entre parentes ou afins (incesto), uma vez que a pederastia foi punida na Alemanha até 1994. É verdade também que a legalidade não impede a possibilidade de transformar comportamentos indesejados em figuras típicas, quando se recorre a argumentos respeitáveis de pensadores como Feinberg (1980, p. 152), um paternalista cauteloso. O sopesamento com a liberdade, valor tão respeitável quanto a vida, funciona como baliza para orientar as decisões do legislador.

O apego à noção de bem jurídico reforça esse ideal de asseguramento de liberdades pessoais, embora haja críticas de autores contemporâneos, como as de Jakobs (1997, p. 54-55), que argumenta sobre a dificuldade em traçar uma linha com validade absoluta sobre imoralidade e perturbação da paz social.

É certo, no entanto, que direito e moral compartilham ideais, influenciam-se mutuamente e que ambos têm autoridade normativa. Ademais, a tese da conexão entre as duas áreas argumenta que lei e valores estão ligados de forma essencial em sua base normativa e finalística. Na verdade, toda construção da vida social apoia-se na dimensão moral do ser humano e de suas ações.

Assentado que, apesar das semelhanças, direito e ética movimentam-se em espaços distintos, porém muito sensíveis um ao outro, pretende-se ressaltar um momento especial de aproximação entre essas áreas, no qual, para garantir sua legitimidade e aceitação social, a lei recorre a princípios éticos e morais como recurso capaz de validar seus imperativos.

Trata-se, especificamente, de situações nas quais o vínculo estabelecido entre as pessoas reclama especial solidariedade entre as mesmas, exigindo uma forma especial de agir no âmbito do direito penal, aqui este estudo encontra a sua justificativa. A expectativa social é que o próximo, ao proteger aquele em situação de perigo ou de vulnerabilidade, o fará em nome de todos. Tal expectativa minimiza a vigilância dos demais, aumentando a responsabilidade penal da figura obrigada a prestar os cuidados necessários que se torna responsável pelo resultado em face de sua inatividade.

Nessa dimensão, adota-se investigação qualitativa, de feição bibliográfica e dogmático-crítica, guiada por raciocínio dedutivo. Examina-se a tessitura ético-filosófica da solidariedade e da alteridade, cotejando-a com a dogmática penal pertinente, mediante exegese dos arts. 13 §2º e 135 do Código Penal, para iluminar a posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios.

2 A IMPORTÂNCIA NO PLANO ÉTICO DA CONDUTA DO GARANTE NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Numa sociedade ideal, é possível imaginar que todos os conflitos sejam evitados pelo respeito natural de uns aos outros porque a ideia de solidariedade orientaria as ações recíprocas, evitando causação de danos mútuos ou de terceiros.

São conhecidas máximas no curso da história – sobretudo a partir do cristianismo - com pretensões de nortear uma convivência baseada na compaixão, justiça e amor. No relato bíblico, Gênesis 4:10, tomado por Jonas para tratar da responsabilidade de Caim por Abel, quando Deus lhe pergunta pelo irmão que com ele não retorna, este, de início, sugere não admitir haver encargos entre iguais. Adiante, no entanto, de acordo com Alexandre Rocha (2022, p. 147), reconhece a existência de tal compromisso entre os homens como decorrência de uma relação de proximidade.

Observa, porém, o autor que essa construção, por mais envolvente que pareça, não representa a conclusão de um raciocínio, mas sim o ponto de partida para uma compreensão mais ampla das relações intersubjetivas, entre grupos e entre indivíduos e coletividades, considerando toda a complexidade inerente à responsabilidade entendida como obrigação de cuidado. A solidariedade, nesse contexto, não se reduz a um mandamento ético abstrato: ela enlaça os contornos do jurídico, especialmente quando se transforma em um fundamento para um dever fazer cuja violação pode gerar uma ação punível.

É justamente nesse ponto que a indagação bíblica ressurge com relevância jurídica e serve como base ao questionamento: quais são os limites e fundamentos da obrigação penal

de cuidar? Quando, e sob que condições, alguém pode ser responsabilizado criminalmente por não ter feito o que deveria e poderia ter feito? A pergunta projeta-se sobre o espaço de atuação do Direito Penal, que historicamente desenvolve os pressupostos normativos da proibição à ação comissiva, mas que, cada vez mais, se vê chamado a intervir sobre comportamentos omissivos — especialmente quando associados a situações de vida ou de risco compartilhados.

Vale ressaltar que é possível pensar na existência de uma responsabilidade *ahistórica* e infinita com o *outro*, com o qual se mantém um elo anterior a qualquer relação que venha a ser estabelecida foi lembrada por Lévinas (1999, p. 284). Tal responsabilidade é devida “por aquilo que não cometi – pela dor e erro dos outros [...]”. Rocha (2022, p. 151) avalia, nesse contexto, que “a responsabilidade existe em face do outro – ainda que este outro seja ignoto e indefinido e anteceda o domínio do ser”. Trata-se de uma abertura para o próximo em sua essência, sem a necessidade de identificação com padrões conhecidos.

Em outras palavras, a alteridade, nesse sentido, não se limita a uma relação interpessoal na qual se reconhece a individualidade do *outro* e se desenvolve algum tipo de sentimento por ele. É uma experiência mais fundamental, que envolve uma abertura à singularidade dos demais, algo que não pode ser reduzido a um processo de comparação ou identificação. Trata-se de apoio mútuo entre as pessoas, apenas porque existem, impondo o compartilhamento de cuidados e de proteção.

O pensamento dos filósofos, aqui convocado, não tem em vista fundar a responsabilidade penal, mas lembrar que a vida social se apoia numa dimensão moral do ser humano, de forma que suas ações além de efeitos práticos, tem efeitos simbólicos que são valorados. Tal valoração tem significados que repercutem nas demais esferas da vida, o que inclui o universo jurídico.

A humanidade ainda se relaciona majoritariamente por meio do reconhecimento de obrigações formais — contratos, normas, papéis sociais e deveres institucionais, que possuem especial relação com aquele universo. Essas estruturas, embora necessárias para a organização da vida em sociedade, muitas vezes não são suficientes para promover compromissos recíprocos genuínos nos espaços do cotidiano. Nesses contextos, a reciprocidade — entendida como uma disposição autêntica para o cuidado, o diálogo e a corresponsabilidade — tende a se manifestar de forma tímida ou superficial. Os valores essenciais, como a busca por significado, autenticidade e alteridade remanescem em uma dimensão menos evidente da qual são resgatados eventualmente como fundamentais para uma vida mais plena e ética.

É natural que o direito penal, destinado à proteção de bens, ainda que subsidiariamente, procure dar sua contribuição para o fortalecimento de vínculos entre as pessoas, embora sua missão principal seja a de garantir a ordem pela proteção de bens e interesses. Tal não impede, todavia, que assim proceda em harmonia com os princípios que visam a fortalecer ideais de convivência entre as pessoas. Como já foi dito, o fim do direito penal, é seu próprio fim, ou seja, seu poder de persuasão deve ser tal que se torne desnecessário, obsoleto com o transcurso do tempo. A paz, nesse contexto, é vista como um valor fundamental e um objetivo a ser alcançado através das normas jurídicas e pelas instituições responsáveis pela sua aplicação.

No âmbito jurídico, a solidariedade é lembrada, de logo na Constituição e, assim no direito positivo brasileiro: ainda que o faça como um princípio, que busca a superação das desigualdades sociais e a garantia dos direitos fundamentais para todas as pessoas. Nesse espaço constitucional, o princípio está referido à solidariedade social que implica na responsabilidade mútua entre os indivíduos, e entre a sociedade e o Estado, com vistas ao alcance da justiça social e concretização da dignidade.

Não pode passar despercebida, no entanto, uma contradição básica, lembrada por alguns, que se traduz na discrepância existente entre a incapacidade do sistema de assegurar a própria vida para todos, mas que reage de forma incisiva quando há abstenção do cuidado a outrem. Ou seja, de um lado, se assiste, cada vez mais, à perda de vidas inocentes legitimada pela “segurança pública” e, de outro, amplia-se a proteção diante da omissão de cuidados face a alguns, punindo-se mais gravemente a abstenção de cuidados de pessoas consideradas garantidoras de bens jurídicos alheios.

Os reparos dessa discrepância, embora verdadeiros, não devem deter o avanço normativo de áreas sensíveis a situações que envolvam o dever de solidariedade. O legislador deve reproduzir na norma os valores que uma sociedade deseja ter fortalecidos e lhes conferir maior possibilidade de concretização através do direito. Reconhece-se, assim, a legitimidade e o acerto ético da imputação de resultado nas situações nas quais a omissão de agir produza censuras equivalentes à de uma ação positiva, como ocorre nos crimes de omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Tal ocorre, especificamente, como se vem destacando, em face a situações e a pessoas que necessitam de socorro ou de amparo que lhes deve ser prestado como manifestação desse vínculo essencial de cuidado. São comandos para o atuar solidário na existência de um vínculo já existente, reconhecido nos planos ético e social.

Não se pretende no texto exaurir a análise da função do direito penal como instrumento de controle social, esgotando as questões controvertidas na dogmática penal

sobre a responsabilidade omissiva em contextos de vida comum ou de perigo compartilhado. O que se eleva, é a reflexão sobre os fundamentos que orientam o dever de cuidar não apenas como uma expectativa moral, e por sua inspiração, mas, em determinadas circunstâncias, como uma exigência jurídica penalmente relevante.

3 AÇÃO, OMISSÃO E DOGMÁTICA PENAL

O estudo da responsabilidade por omissão não é uma inovação do direito penal contemporâneo. O controle social institucionalizado que se realiza com o direito penal, na missão de proteção de bens, tem se manifestado por meio da construção de espaços sociais de restrição de condutas através de tipos penais com normas proibitivas e mandamentais.

No campo de análise jurídico-penal da conduta punível, inserida na teoria do crime enquanto categoria central das construções dogmáticas penais, desenvolveu-se a análise das formas de realização de fatos jurídico-penalmente relevantes por meio das categorias ação e omissão. A evolução histórica da dogmática da conduta buscou formular um *supraconceito* de ação capaz de abranger tanto a ação em sentido estrito quanto a omissão, assegurando a unidade e a coerência necessárias à valoração das categorias do delito.

Claus Roxin (2014, p. 754-755), por exemplo, sustenta ser possível construir um conceito *pré-típico* de omissão equivalente ao de ação, ambos como manifestações da personalidade. Ele exemplifica: “quando alguém, em um círculo em que se reza ou se canta, não reza ou não canta com os demais, omite um cântico ou uma oração conjunta. Esse não fazer com os demais é uma manifestação da personalidade [...]”.

Apesar dos esforços teóricos para abarcar, em uma mesma moldura conceitual, os comportamentos comissivos e omissivos, a dogmática jurídico-penal tradicional desenvolveu-se predominantemente sob a ótica da ação, do fazer comissivo. Elementos como dolo, causalidade e imputação no âmbito do tipo penal foram tradicionalmente construídos com base na realização típica por meio de uma conduta positiva. Esse viés tem gerado tensões e desafios à compreensão da omissão como forma de realização do delito, especificamente: i) sobre que fundamentos deve repousar a responsabilização por omissão; ii) qual o conceito de omissão adotar; iii) e que tipo de não fazer deve ser considerado omissão penalmente relevante.

Tais questões refletem a tentativa de compreender no estudo da omissão a possibilidade de transladar os elementos normativos por meio de uma aproximação com o conceito de ação. Engisch (1931, p. 29, *apud* Luzón Peña, 2017, p. 155–156), por exemplo,

considerando uma aproximação natural entre dos dois fenômenos, entende a ação como o emprego de energia em uma determinada direção, enquanto a omissão consistiria na não utilização dessa energia, ou seja, enquanto elementos antagônicos. Radbruch (1904, apud Gimbernat Ordeig, 1987, p. 595–596), por sua vez, expressa essa relação como “A” e “não-A”: ou seja, “A” corresponderia à prática de uma ação proibida, enquanto “não-A” indicaria a omissão do cumprimento de um dever de agir. Autores como Jakobs (1996, p. 48), no entanto, sob o olhar normativo, compreende ação e omissão como formas equivalentes de expressão do âmbito de competência inerente ao papel do agente.

É necessário, portanto, compreender o que é e em que circunstâncias a omissão se torna penalmente relevante. A resposta não pode ser encontrada apenas na constatação de uma abstenção, de um não atuar, mas sim na verificação de que algo deixou de ser feito quando, juridicamente, deveria ter sido realizado. Nesse sentido, Von Wright (1963, p. 45) adverte: “omissão não é a mesma coisa que simplesmente não fazer. [...] O agente, em determinada ocasião, omite a feitura de uma coisa se, e somente se, ele pode fazê-la, mas, efetivamente, não a faz.” Adiante, (secção 5) Liszt vale-se de pensamento semelhante na caracterização do garantidor.

Alexandre Rocha (2022, p. 78), por um olhar extrapenal, observa que “a omissão difere da inação, quer dizer, do simples não fazer, não praticar uma ação que, embora esperada ou desejada, não poderia ser feita pelo sujeito nas circunstâncias consideradas.” Roxin (2014, p. 755) acrescenta que na delimitação da omissão relevante ao direito penal “deve existir uma perspectiva de ação, que pode se fundamentar social ou individualmente.” Gimbernat Ordeig (1987, p. 594), nesse contexto, analisa que a omissão é uma espécie do gênero não fazer, que se evidencia dentre todos os comportamentos possíveis, como aqueles que merecem uma valoração axiológica negativa e são (normativamente) selecionados: omissão é um não fazer que deveria ser feito.

A omissão, ao produzir efeitos socialmente significativos, constitui uma forma de expressão do indivíduo em seu contexto comunitário. Ela adquire sentido apenas quando referida aos parâmetros de correção e orientação estabelecidos por essa comunidade. Por exemplo, a conduta de um instrutor de mergulho que, ao invés de auxiliar um aluno sob sua responsabilidade, permanece tomando café enquanto o novato tenta — sem sucesso — vestir uma calça de mergulho, é socialmente percebida como omissão. Isso ocorre porque, de acordo com as expectativas normativas dirigidas à sua função e experiência, esperava-se que ele prestasse o auxílio necessário.

Trata-se, nesse caso, de uma omissão dotada de relevância social, mas ainda insuficiente para configurar uma infração penal. O direito penal não se ocupa de punir toda e qualquer omissão, mas apenas aquelas que incidam sobre um conteúdo típico e juridicamente relevante. Para tanto, exige-se um contexto específico de significação penal.

Assim, se durante uma aula de mergulho na Baía de Todos os Santos, o aluno vier a se afogar e o instrutor, podendo prestar o socorro, em vez de fazê-lo, nadar na direção oposta para se afastar do local, não se pode afirmar que houve simples inação em termos naturalísticos. Houve, sim, uma omissão relevante ao direito penal: a abstenção do comportamento juridicamente exigido de quem detinha o dever de agir. Ainda que o instrutor tenha realizado uma ação física — nadar —, tal conduta não corresponde ao fazer esperado pelo ordenamento jurídico. O nadar na direção oposta não é uma inação, não é um deixar de fazer, apresenta um fazer/resultado naturalístico, mas juridicamente, no exemplo apresentado, constitui uma omissão para o sistema jurídico-penal de significação.

Para que haja valoração jurídico-penal da omissão, é essencial a existência de um sistema de referência normativo que legitime a atribuição de responsabilidade. A omissão deve se orientar também por uma exigibilidade jurídica — ou seja, quando um evento deixou de ocorrer em razão de uma abstenção proibida pelo direito.

Nesse sentido, por meio de uma valoração normativa, é possível observar que a omissão se trata de um não fazer com referência ao mandamento de uma ação adequada e necessária para não criar, diminuir ou acabar com o perigo de lesão ou lesão a um bem jurídico que fundamenta um tipo penal. Portanto, a omissão exige uma referência — um parâmetro normativo para além dos planos de significação individual e social geral que justifique a expectativa de agir.

O descumprimento do mandamento ou a ausência da ação devida é o ponto de referência para o direito penal. Que também requer a presença de um conteúdo material que legitime a imputação ao tipo penal: a necessidade da proibição daquela abstenção que no caso concreto seja necessária e eficaz para a proteção do bem jurídico.

4 A OMISSÃO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

No campo da proibição penal da omissão, distinguem-se duas formas básicas de realização delitiva: a omissão própria e a omissão imprópria, esta última também percebida como crimes comissivos por omissão. A doutrina diverge quanto aos critérios para distinguir

essas duas categorias, mas há elementos fundamentais que ajudam a delinear essa diferenciação.

A omissão própria se caracteriza pela existência de uma norma penal (um tipo penal específico) que impõe um dever geral de agir diante de situações de perigo, independentemente de vínculo jurídico prévio com a vítima. É o caso do artigo 135 do Código Penal, que tipifica o crime de omissão de socorro.

Imagine-se, por exemplo, um montanhista perdido, ferido e desamparado em meio à Mata Atlântica, durante uma expedição no Recôncavo da Bahia. Se ele for encontrado por um morador da região, este estará legalmente obrigado a prestar socorro — seja diretamente, seja acionando o poder público — sob pena de incorrer no crime previsto pela norma. O mesmo dever se estende a qualquer pessoa que se depare com a situação, desde que seja possível, sem risco pessoal, a prestação de ajuda.

Trata-se, portanto, de uma infração penal que impõe um mandamento de ação, cuja justificativa encontra fundamento no princípio da solidariedade. Nesses casos, a omissão, quando injustificada, mostra-se penalmente relevante pela inobservância de um dever jurídico que decorre das expectativas de realização pessoal na convivência em sociedade.

Os crimes omissivos próprios apresentam resultado cortado, ou seja, não exigem a ocorrência de um resultado naturalístico específico, bastando a simples abstenção diante do dever imposto. No Código Penal Brasileiro, são exemplos, para além da omissão de socorro, a omissão de notificação de doença (art. 269) e, em certas circunstâncias, uma das modalidades de falsidade ideológica (art. 299). O traço comum entre esses delitos é a imposição genérica do dever de agir em face de uma situação de risco.

A omissão imprópria - crimes comissivos por omissão - é percebida na realização de delitos materiais cuja estrutura típica, conseqüentemente, pressupõe a ocorrência de um resultado naturalístico. A conduta esperada seria ativa, mas o agente responde pela omissão quando, tendo o dever jurídico de agir para impedir o resultado, quando possível, deixa de fazê-lo. No plano puramente ontológico, portanto, tais infrações seriam consideradas como delitos omissivos, o que não corresponde à realidade normativa porque violam a proibição de produzir um resultado. O comportamento que realiza o tipo é omissivo, mas tal inação apresenta as características de um crime comissivo. O exemplo mais comum e convocado diz respeito à mãe que deixa de alimentar seu filho, causando-lhe a morte por inanição ou do dono do cão bravio que não protege uma terceira pessoa de seu ataque.

No ordenamento jurídico brasileiro, a omissão imprópria exige uma norma de extensão para fundamentar a tipicidade, prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal, que

define os casos em que o agente é equiparado ao causador direto do resultado. Nessa hipótese, responde penalmente quem detinha a posição de garantidor, ou seja, aquele que tinha o dever jurídico específico de impedir o resultado em virtude da existência: i) do dever legal de cuidado (como o dos pais em relação aos filhos); ii) da assunção contratual da responsabilidade de dever (como ocorre com guias, instrutores, profissionais de saúde ou segurança); iii) ou da criação de risco anterior — também conhecido como dever de ingerência (comum em contextos como expedições, tripulações, alpinismo ou qualquer relação marcada por mútua confiança e interdependência.) O artigo 13, §2º do Código Penal, no entanto, apresenta uma simples enumeração das situações que orientam formalmente o dever de agir que, para o estabelecimento do dever de garantia, carecem de uma base material de justificação.

Assim, enquanto na omissão própria há infração a uma norma de mandamento geral — com imposição legal de agir —, na omissão imprópria há descumprimento de deveres específicos de proteção de bens jurídicos, que recaem sobre sujeitos determinados. A responsabilidade penal, nesse último caso, decorre não da abstenção em si, mas do dever jurídico de agir para evitar o resultado típico. Esse dever, por óbvio, deve ser compreendido dentre as possibilidades pessoais e circunstanciais de agir do garantidor.

5 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA E DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A construção doutrinária dos crimes de omissão imprópria e a da figura do garantidor têm uma longa trajetória, que se desenvolveu basicamente na Alemanha a partir das diferentes argumentações de autores comprometidos com o tema. Juarez Tavares (2012, p. 133) lembra que foi a partir do pensamento de base axiológica que realmente se tornou possível desenvolver a teoria da posição de garantidor, uma vez que as ficções construídas pelas teorias formais eram imprecisas e inseguras.

A partir de então, o mesmo penalista afirma que vem prevalecendo a ideia de que os autores de crimes omissivos impróprios são pessoas que “têm um dever especial de evitar a ocorrência ou produção de um resultado proibido pela lei penal” (Tavares, 2012, p. 314). São esses deveres especiais que conferem ao sujeito um *status* que lhe obriga a agir para evitar a lesão de bem jurídico, uma vez que não se pode atribuir a qualquer pessoa, o resultado da vulneração de um bem, pois não existe um dever de socorrer permanentemente (Jescheck, 2002, p. 564 e ss.). Há que se distinguir assim, entre infrações que podem ser realizadas porque quaisquer pessoas e outras que estão associadas a situações subjetivas especiais.

Nessa linha, destaca-se Feuerbach (Tavares, 2012, p. 134), em cujo pensamento, os deveres de garantia derivam do contrato e da lei, consideradas, ambas, as fontes jurídicas que forjam o dever especial de proteção. Defendia, o filósofo, que a omissão só seria relevante penalmente se houvesse uma “especial obrigação jurídica” de agir, derivada de tais fontes, que impusesse o omitente a atuar positivamente para a proteger bem jurídico de terceiro (Jescheck, 2002, p. 564). Desde então, a Ciência do Direito Penal alemã se dedicou à tarefa de abarcar de forma sistemática os deveres jurídicos para evitação do resultado.

Deve-se registrar que, tanto Feuerbach (Tavares, 2012, p. 134) quanto Jescheck (2002, p. 566), na linha deste trabalho, referem-se a “uma *obrigação originária* do cidadão” e a “uma *solidariedade natural*” expressões que podem ser compreendidas segundo a tese proposta como se tratando de uma responsabilidade *ahistórica* defendida por Lévinas.

É bem verdade que outros penalistas, sobre outro viés, já haviam se dedicado, anteriormente, a identificar a fonte do dever de agir. Liszt (2006, p. 208-209) indicava como fundamentos desse dever, tanto os preceitos positivos da ordem do Direito Penal, como de qualquer outro ramo do Direito e, além deles, a ação anteriormente praticada que impunha a atividade ulterior conforme um dever, por sua conexão com a situação prévia.

A Nagler (Tavares, 2012, p. 315) se deve a teoria da ação precedente e a teoria da especial violação de dever para caracterizar a figura que tem obrigação de agir para impedir o perigo do resultado, porque tal perigo foi por ela mesma criado através de uma ação precedente. Ao mesmo autor, também se deve a enunciação do garante como pessoa que tem uma função protetiva dentro da ordem jurídica que emerge da confiança que a comunidade nele deposita. A ênfase desloca-se, então, das preocupações principais sobre tipicidade e conceito de ação para uma posição que valoriza o ambiente social e o papel que os deveres cumprem nessa ordem.

Foi a adjetivação pelo pensamento de base axiológica que permitiu a superação da enumeração de fontes formais da responsabilidade do garante: o contrato, a lei e o atuar precedente criador do risco de produção do resultado, foi superado por formas mais compatíveis com os predicados e deveres dos garantidores (Tavares, 2012, p. 316).

Kaufmann e Schunemann, comprometidos em dar maior consistência à construção doutrinária dos crimes comissivos por omissão, apresentam uma nova elaboração, que apoia ainda hoje recorrível.

Como etapa preliminar de sua construção, Kaufmann (2006, *passim*) convoca o pensamento de Liszt sobre o significado de omissão, a partir da ideia que compreende a expressão omitir como um verbo transitivo. Dessa forma, o termo não significa um não fazer

nada: quem omite, omite alguma coisa, mesmo tendo capacidade para realizar a ação esperada. O não cumprimento de um mandato proibitivo ou imperativo implica em um juízo de desvalor sobre o não cumprimento norma. O autor identifica, então, duas situações: a omissão na proteção de um bem jurídico desprotegido e a omissão na vigilância de uma fonte de perigo. O dever de agir, nesses casos, decorre de uma relação especial entre o agente e o bem jurídico, em razão da qual o agente tem a obrigação de evitar a ocorrência de um resultado danoso. O mandato contido na norma refere-se à omissão de velar pelo bem jurídico, dever que incumbia ao omitente em razão da “*especial relação vital*” existente entre o bem jurídico garantido e o garantidor. Conforme Schunemann (2013, p.169), o ponto máximo na teoria de Kaufmann, diz respeito equiparação entre ação e omissão em razão de ambas as formas de agir produzirem uma lesão de bem jurídico. No entanto, o momento de maior destaque no pensamento de Kaufmann está fundado na *relação entre o garantidor e o bem jurídico*.

O catedrático da Universidade de Munique (2013, p. 164-169), expresso opositor da convocação de elementos estranhos ao direito penal para conferir sentido ao que quer que seja no seu âmbito, com vista a evitar o ressurgimento do direito natural, trabalha com a ideia de *domínio sobre os fundamentos do resultado*, que se refere ao controle sobre o movimento corporal. Com essa expressão quer se referir ao domínio real que uma pessoa tem sobre seu corpo e movimentos, o que está presente no agir e na ação negativa. Com essa ideia, de fundo naturalista, o autor afirma ter superado a divisão entre as duas causas que informam as espécies de garantidor (aquele que assim se torna por criação de risco anterior e aquele outro que tem o domínio sobre o desamparo do bem jurídico).

No processo de validação de um critério material capaz de justificar a legitimidade da imputação ao tipo no âmbito da omissão imprópria, o autor fundamenta a posição de garantidor de proteção no *domínio sobre o desamparo ou vulnerabilidade da vítima* (2013, p. 163-173). O *domínio sobre o desamparo* de um bem jurídico abrange certas comunidades de perigo e comunidades específicas de vida, bem como a função de guarda sobre um bem jurídico desamparado. O garantidor de proteção exerce a custódia do bem jurídico contra todos os perigos que o ameaçam.

Esse desamparo pode derivar da própria constituição do titular do bem jurídico, ou seja, de uma incapacidade natural de se proteger contra qualquer forma de perigo — como ocorre com uma criança —, ou pode ser parcial, como no caso de um paciente maior de idade, mas que se encontra fragilizado diante de certos perigos específicos.

O garantidor também possui deveres de controle sobre coisas perigosas e sobre o perigo proveniente de fontes que estejam sob seu domínio. É o caso do *garantidor de vigilância sobre uma causa de perigo*, como ocorre, por exemplo, com o dono de um cão potencialmente agressivo ou com um professor que deve evitar que alunos causem dano a terceiros. Em se tratando de ingerência, segundo Muñoz Conde (2010, p. 246-247), nem se exige a previsibilidade do perigo: quem atropela, ainda que sem culpa, tem o dever jurídico de prestar socorro, sob pena de responsabilização por omissão. É irrelevante, dessa forma, que a atuação perigosa causadora do resultado seja lícita ou ilícita, culposa ou dolosa, punível ou não punível, devendo sempre o agente responder pelo resultado se este constituir uma figura típica.

Nos casos de *dever de agir* decorrente dessa posição de domínio, a obrigação pode surgir tanto por um *ato de acesso*, como no caso dos presos sob custódia em relação aos carcereiros, quanto por um *ato de confiança*, no qual a vítima ou a sociedade delegam ao garantidor a função de proteção. A última hipótese é característica da situação do paciente com relação ao médico, ao qual tem acesso por um ato de confiança que se traduz no início do tratamento. Mais complexa é a fixação do momento em que o médico plantonista se torna responsável pelo paciente na medida em que a hipótese comporta uma série de variáveis conforme ensina Heloisa Estellita (2020, p. 202-218).

A elaboração normativa dos crimes omissivos impróprios ganha vigor também no âmbito das pessoas jurídicas nas quais os processos de produção ou distribuição de bens e/ou serviços podem ser perigosos para a vida e a saúde dos sociedade. Tratar-se-ia de uma responsabilidade por ingerência na medida em que o produtor de mercadorias teria o dever de fiscalizar a qualidade de seus produtos de forma a lhes conferir confiabilidade. Contra essa situação, insurge-se Schunemann (2013, p. 176), destacando que tal obrigação é relevante apenas civilmente, determinando, tão só, um dever social de socorro, como a retirada dos produtos defeituosos. No âmbito do direito penal, não haveria como fundamentar a equivalência entre ação e omissão em razão da prevenção insuficiente, a uma omissão equivalente a ação. Inobstante tal posição, vários autores europeus, sobretudo espanhóis, definem como garantidor aquele que tem domínio sobre as causas do evento.

Causa interesse também a preocupação crescente em responsabilizar empresas que contratem serviços ou adquiram produtos de países nos quais haja flagrante ofensa aos direitos humanos. O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 3 de maio de 2005, nos processos apensos C-387/02, C-391/02 e C-403/02 (caso Berlusconi) determinou que a resposta a tais atos deve ser rigorosa, podendo-se interpretar que corresponderiam a

sanções penais. A possível falta de rigor dogmático, no caso, pode ser vista como uma resposta de política criminal que atenda às necessidades de afirmação dos direitos humanos no plano internacional (Nieto Martín, 2020).

Enfim, é possível que a ideia de garantidor, que tem como fonte primária e mais remota a fraternidade, possa sugerir deveres que não se reconheçam imediatamente abrangidos pelo tipo. É interessante, todavia, a possibilidade de reconhecer a fraternidade presente como ideal até mesmo no mundo dos negócios internacionais. Daí, a importância do reconhecimento da ideia como resultado de uma valorização, pela ordem jurídica, do papel que essa figura já desempenha no asseguramento da ordem social. Importa, nesse sentido, compreender o substrato material capaz de fundamentar o conteúdo do papel de garantidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante anos, autores procuraram uma base comum para fundar a posição de garante, não só por rigor científico, mas para evitar o casuísmo e alargamento do direito penal. No âmbito axiológico, não há como recusar o suporte proporcionado pela alteridade e a fraternidade necessários à sobrevivência e à coesão social, o que não pode dispensar uma referência jurídica. Como fruto da liberdade — e não como um comando — pode-se, ainda assim, encontrar para esses valores um papel no plano jurídico. A solidariedade pode atuar em três níveis: Recurso a meios conciliatórios — estimulando a compreensão e a alteridade, permitindo que as pessoas resolvam de forma harmônica e pacífica suas divergências, abrindo oportunidades de composição e aproximação. Inspiração legislativa e judicial — em momento anterior, a solidariedade pode inspirar o legislador na formulação de normas e orientar magistrados em suas decisões. Resolução de conflitos de proximidade — há áreas específicas nas quais apenas a compreensão e a aceitação do outro, com suas diferenças, permitem uma solução jurídica plena e satisfatória.

A solidariedade, considerando essa referência, e como se viu, está presente desde logo na Constituição brasileira, o que tem especial relevância, pois a Constituição não é apenas um “texto jurídico”, mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Trata-se de um princípio estrutural presente em todas as Constituições dos Estados Sociais surgidos a partir das crises resultantes das grandes guerras que marcaram a primeira metade do século XX, período em que se consolidou o reconhecimento constitucional de direitos sociais e do respeito às individualidades. Como tal, é natural que permeie o ambiente jurídico inspirando construções, e interpretações da norma.

Para além do âmbito constitucional, a ideia de tratar da solidariedade no direito penal surgiu da convicção de que apenas essa qualidade poderia nortear com sucesso as relações interpessoais — ainda que se afirme, como o fazem alguns autores ao analisar o fundamento material do direito penal, que a ideia é incompatível com o direito, o qual poderia comandar apenas comportamentos, e não sentimentos. O direito se preocupa com as ações, pouco importando, nesse contexto, o que as determinou. Se todas as fraturas no tecido social pudessem ser resolvidas no plano ético, alcançaríamos uma realidade social e existencial mais próxima da perfeição. Nas fraturas que resultam de específicas omissões reprovadas pelo direito penal, entretanto, há uma imposição jurídica a um grupo de pessoas, em razão da obrigação de agir para impedir o resultado ilícito: obrigação esta que decorre da solidariedade reconhecida pela norma jurídica.

REFERÊNCIAS

ESTELLITA, Heloisa. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. **Direito Penal da Medicina**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p.195-218.

FEINBERG, Joel. Legal moralism and free-floating evils. **Pacific Philosophical Quarterly**, v. 61, n. 1/2, 1980. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/FEILMA>. Acesso em: 21 de jun. de 2025.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. 40, n. 3, 1987. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1987&fasc=1. Acesso em: 1 de jul. de 2025.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, Parte general**: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**, n. 12. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

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

LEVINAS, Emmanuel. **Descobrimos a existência com Husserl e Heidegger**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, Conselho Editorial, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manoel. Omisión impropia o comisión por omisión, Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. **Libertas**: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, n. 6, 2017, p. 155–156. Disponível em: <https://ficip.es/revista-libertas/>. Acesso em: 20 jul. 2025.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed., revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos. **InDret**, n. 3, 2020, p. 137–154. Disponível em: <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i3.05> . Acesso em: 22 jul. 2025.

ROCHA, Alexandre Sergio da. **Responsabilidade como humanismo**. v. 4: Autonomia: a invenção do indivíduo. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Tomo II**: Especiales formas de aparición del delito. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

SCHUNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (Org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. 1. ed. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and action**: a logical enquiry. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.