

Os três usos da palavra omissão no direito penal: reflexões iniciais sobre a dissolução da distinção entre ação e omissão à luz da filosofia da linguagem

The three uses of the word omission in criminal law: Initial reflections on the dissolution between action and omission in the light of the philosophy of language

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introdução. 2. Omissão própria. 3. Omissão imprópria (comissão por omissão). 4. Estrutura típica dos crimes omissivos (próprios e impróprios). 4.1. Situação típica (perigo). 4.2 Não realização da ação requerida pelo tipo. 4.3. Capacidade individual de agir. 4.4 Imputação objetiva do resultado. 4.5. Posição de garante. 5. O debate sobre a posição de garante. 5.1 O critério formal. 5.1.1. O dever legal de cuidado, proteção ou vigilância. 5.1.2. Assunção da responsabilidade de impedir o resultado. 5.1.3. Comportamento anterior criador do risco de resultado (ingerência). 5.2. Críticas ao critério formal. 5.3. O critério material. 5.3.1. Domínio sobre o desamparo do bem jurídico (posição de garante de proteção ou custódia). 5.2.2 Domínio sobre o foco do perigo (posição de garante de vigilância ou asseguração). 6. Os três usos da palavra omissão em Direito Penal. 6.1. O primeiro uso linguístico da expressão omissão: nos delitos de ação. 6.2 O segundo uso linguístico da expressão omissão: nos delitos omissivos próprios. 6.3 O terceiro uso linguístico da expressão omissão: nos crimes de omissão imprópria. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas

Resumo: O objetivo deste artigo é – além de fornecer uma exposição panorâmica sobre a situação atual da omissão – iniciar uma reflexão crítica sobre

¹Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma universidade. Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa, professor substituto da Universidade Federal do Paraná e professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de San Carlos da Guatemala. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

os efeitos que a filosofia da linguagem tem na distinção entre ação e omissão em Direito Penal, propugnando a dissolução dessa diferença e defendendo que a expressão omissão pode ter três usos em Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Ação. Omissão. Filosofia da Linguagem. Teoria da Ação Significativa.

Abstract: The purpose of this article – in addition to providing a panoramic overview of the current situation of omission – is also to initiate a critical reflection on the effects that the philosophy of language has on the distinction between action and omission in Criminal Law, advocating the dissolution of this difference, as well as defending that omission can have three uses in Criminal Law.

Keywords: Criminal law. Action. Omission. Philosophy of Language. Theory of Meaningful Action.

1. INTRODUÇÃO

Existe em Direito Penal uma distinção tradicional que divide os crimes omissivos em duas modalidades: omissão própria e omissão imprópria. Essas modalidades compartilham uma estrutura típica comum, mas guardam também diferenças na configuração do tipo penal.

No presente trabalho, tentarei demonstrar, com base nas perspectivas da filosofia da linguagem e na teoria da ação significativa, de Vives Antón, que o que temos tradicionalmente por omissão pode ser dividido em três modalidades (três usos distintos da palavra omissão).

Antes, porém, de entrar nesse debate, pretendo fazer uma contextualização bastante panorâmica sobre a omissão, expondo as principais características da omissão própria e da imprópria, para então entrar no debate acima indicado.

2. OMISSÃO PRÓPRIA

Os crimes omissivos próprios são aqueles que possuem um tipo penal específico, incrimina um não fazer determinado. Ele descreve condutas que,

caso não realizadas, substancian a realizacao do tipo objetivo.

Esses delitos descrevem um dever jurídico de ação que é imposto a todas as pessoas, pouco importando sua qualidade pessoal. Eles são de mera conduta (ou, mais precisamente, de mera inatividade), uma vez que a sua configuração típica se dá com a simples não realização da ação mandada, estando desvinculada, portanto, de um resultado naturalístico. A incriminação por omissão própria, desde uma perspectiva subjetiva, normalmente é prevista nos casos de dolo, não existindo crime culposo (ainda que isso seja teoricamente possível, desde que expressamente previsto em lei)².

A conduta imposta ao agente – aquilo que deve realizar para não cometer o delito - vem descrita de forma explícita no tipo penal³.

O principal exemplo de omissão própria é o delito de omissão de socorro, pois preenche todas as características acima indicadas, tipificado pelo art. 135 do Código Penal brasileiro (CPBr):

"Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa".

Existem alguns tipos omissivos próprios em que há uma delimitação do círculo de autores, pois não se destinam a todas as pessoas, mas sim a determinadas pessoas. Nesse sentido, são os crimes de abandono material (CPBr, 244), abandono intelectual (CPBr, art. 246), omissão de notificação de doença (CPBr, art. 269).

A ocorrência do resultado é irrelevante na maioria dos crimes omissivos impróprios, podendo, eventualmente, constituir formas qualificadas ou majoradas, por conta do injusto mais grave, como ocorre com o próprio art. 135,

²LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 581.

³CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, Parte Geral, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 212.

CPBr⁴.

Existem, porém, alguns tipos penais omissivos próprios que não são de mera conduta (ou inatividade), mas são crimes de resultado material, uma vez que descrevem especificamente que a omissão pode acarretar um resultado⁵.

Como exemplo, o crime contra a ordem tributária do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 (Br), em que a omissão em prestar informações ao fisco, para ser típica, deve acarretar a supressão ou redução do tributo.

3. OMISSÃO IMPRÓPRIA (COMISSÃO POR OMISSÃO)

Os crimes de omissão imprópria são assim denominados, pois eles se baseiam em um tipo penal que não descreve uma omissão, mas sim uma ação⁶.

Portanto, não descrevem explicitamente um não fazer, mas sim uma ação e um resultado, que podem ser realizados por intermédio de uma omissão.

Essa modalidade de injusto não possui tipos penais exclusivamente destinados a ela, de modo que, nos crimes omissivos impróprios, o intérprete toma emprestada a incriminação prevista em delitos de resultado - como, por exemplo, os crimes de homicídio (CP, art. 121) e lesão corporal (CP, art. 129) – aplicando-os para omissões.

No entanto, somente se aplica essa modalidade de incriminação quando estiver presente a figura do garante ou garantidor, que são pessoas que devem cumprir dever específico, que lhes é imposto. A tipicidade subjetiva pode ser tanto dolosa, quanto culposa⁷.

O exemplo clássico é o da mãe (ou pai) que não alimenta o filho recém-nascido. Como os genitores são garantes, o fato de não dar comida à criança, acarretando o resultado morte, quando podiam e deviam, pode gerar a responsabilidade pelo crime de homicídio (doloso ou culposos, conforme o caso), utilizando-se o tipo penal do art. 121 com a extensão típica do art. 13, § 2º,

⁴BUSATO, P.C. *Direito Penal*, Parte Geral, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 219.

⁵MUÑOZ CONDE, F.; & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 220.

⁶ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 759.

⁷CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 212.

ambos, do Código Penal do Brasil.

4. ESTRUTURA TÍPICA DOS CRIMES OMISSIVOS (PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS)

A estrutura dos tipos de omissão própria e imprópria é formada, a exemplo do que ocorre nos crimes por ação, também, pelo tipo objetivo e tipo subjetivo.

O tipo objetivo da omissão imprópria tem cinco elementos. Três desses são coincidentes com os crimes de omissão própria⁸.

Em outras palavras, existe um tipo objetivo que é o mesmo tanto para a omissão própria, quanto para a omissão imprópria. São eles: a) a situação típica (perigo para o bem jurídico); b) a não realização da ação requerida pelo tipo (*aliud agere*) e c) o poder concreto de agir.

Por outro lado, são requisitos exclusivos da omissão imprópria: d) a imputação objetiva do resultado (resultado típico) e e) a posição de garante do omitente.

4.1 SITUAÇÃO TÍPICA (PERIGO)

O primeiro requisito para a caracterização dos crimes omissivos é uma situação típica que exija uma intervenção. Nos crimes omissivos próprios, ela é explicitamente prevista no tipo penal. Por exemplo, na omissão de socorro, o art. 135, CPBr (acima citado), prevê as seguintes situações típicas que exigem uma ação: criança abandonada ou extraviada; pessoa inválida ou ferida; ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Já nos crimes omissivos próprios, a situação típica é substanciada tão somente pela situação de perigo da ocorrência do resultado, que, normalmente, encontra-se implicitamente descrita nos tipos penais de ação. Por exemplo, no

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Madrid: Thomson Reuters, 2014, p. 813-814.

crime de homicídio (CP, art. 121), a situação típica está presente quando uma pessoa possa morrer (perigo de morte) sem a intervenção do garante^{9 10}.

4.2 NÃO REALIZAÇÃO DA AÇÃO REQUERIDA PELO TIPO

A não realização da ação requerida significa o descumprimento do dever jurídico de agir que é extraído do tipo penal. Assim, o agente simplesmente não age, fica estático ou age de forma diversa (*aliud agere*) do determinado na descrição típica. Como já dito, nos crimes omissivos próprios a ação esperada encontra-se expressamente prevista, enquanto nos omissivos impróprios a ação que o agente deve empreender decorre do que é necessário para evitar o resultado delitivo¹¹.

4.3. CAPACIDADE INDIVIDUAL DE AGIR

Somente existe omissão típica, quando o agente tem capacidade para realizar a ação esperada (explícita ou implicitamente) pelo tipo penal. Essa capacidade concreta de realizar a ação mandada (esperada ou necessária) deve ser compreendida de acordo com a natureza da ação e as condições pessoais do autor. A realização deve ser pessoalmente possível^{12 13}, deve estar dentro das possibilidades físico-reais do agente.

A impossibilidade pessoal de agir pode ocorrer, quando o agente se omite: (i) por incapacidade pessoal de ação corporal (v.g. numa colisão de veículos, o agente se encontra preso nas ferragens e não consegue salvar a vítima); (ii) pela distancia espacial, quando o agente se encontra de tal forma distante da situação de perigo, que não consegue realizar a ação; (iii) por falta de recurso (v.g. falta de um celular para chamar ajuda), aptidão (v.g. não sabe nadar) ou conhecimentos técnicos (v.g. não tem conhecimentos médicos

⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹¹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹²CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹³Nesse sentido, o art. 13 § 2º, CPBr, dispõe expressamente que: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

necessários para fazer uma traqueostomia e salvar a vítima engasgada) para realizar a ação esperada^{14 15 16}.

4.4 IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Os crimes omissivos impróprios são materiais, de modo que para a sua consumação é imprescindível a ocorrência do resultado, em virtude da não realização da ação requerida pelo tipo penal (nexo causal), o que pressupõe a existência de imputação objetiva, consistente na realização de um risco não permitido¹⁷. Esse é um dos requisitos que, em regra, somente existe nos delitos omissivos impróprios.

4.5 POSIÇÃO DE GARANTE

O segundo requisito exclusivo dos crimes omissivos impróprios é a existência de um garante ou garantidor. É que apenas determinadas pessoas estão sujeitas a um dever especial de proteção de bens jurídicos alheios. Dada sua importância, esse requisito do tipo objetivo da omissão imprópria será tratado no próximo tópico, com maior detalhamento.

Por fim, vale reforçar que o tipo subjetivo da omissão própria é somente o dolo, enquanto na omissão imprópria a imputação subjetiva pode ser feita a título de dolo ou de culpa, desde que, nesse último caso, obviamente, exista, no tipo penal, expressa previsão da modalidade culposa.

5. O DEBATE SOBRE A POSIÇÃO DE GARANTE

¹⁴ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 756.

¹⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 219.

¹⁶ Se o agente não tomou conhecimento da situação de perigo ou não sabia da existência de meios disponíveis de salvamento, tal contexto afetará o dolo do agente, não o tipo objetivo, nomeadamente a capacidade individual de ação. In: WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Direito Penal*, Parte Geral: El delito y su estructura, 46ª ed., Pacífico Editores, Breña, 2018, p. 497.

¹⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 815.

Somente aquele que ostenta a posição de garante é que, nos crimes omissivos impróprios, tem um dever especial de agir para evitar a lesão aos bens jurídicos de determinadas pessoas.

A grande questão que se põe, quando se estuda a posição de garante, é saber quais critérios devem ser utilizados para a identificação dessas pessoas. Para tanto, existem, basicamente, duas correntes. As que adotam o critério formal ou clássico e as que adotam o critério material.

5.1 O CRITÉRIO FORMAL

A tese de que a posição de garante encontra-se fundamentada no dever jurídico de agir já era encontrada em Feuerbach¹⁸. Ele equiparava a responsabilidade por omissão à uma infração do dever jurídico, visto desde uma perspectiva meta-jurídico-penal. Esse dever decorria predominantemente do Direito Civil e era fundado na lei, no contrato e no atuar antecedente^{19 20 21}. Essa concepção formal prevaleceu na doutrina penal até os anos de 1930 na Alemanha. Tal domínio sofreu, porém, um intervalo no século XIX, quando se passou a adotar uma teoria causal monista da posição de garante²², que foi abandonada no princípio do século XX, voltando-se à teoria de Feuerbach²³.

No Brasil, a teoria da posição de garante fundada em um dever jurídico de agir até hoje prevalece na lei. Nesse sentido, o § 2º do art. 13 do Código

¹⁸Feuerbach defendia a possibilidade da identificação de um delito omissivo quando houvesse algum fundamento jurídico (lei ou contrato) que permitisse fundamentar uma omissão como uma ação. In: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5.ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812, p. 26.

¹⁹ROXIN, C. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 846.

²⁰Posteriormente, a doutrina desenvolveu outras hipóteses que dão lugar à posição de garante, como a estreita relação vital, a comunidade de vida, a comunidade de perigo, o domínio sobre a coisa, os deveres de asseguramento de tráfico, a responsabilidade pelo produto. Sobre o tema, cf.: GIMBERNAT ORDEIG, E. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición*, in: ADPCP, Vol. L., 1997, pp. 29-67.

²¹JESCHECK, H.H & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 668-669.

²²Sobre este fundamento causal da omissão, cf.: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 166-167.

²³SCHÜNEMANN, B. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 263-265.

Penal, assenta que a posição de garante é atribuída a quem: “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”²⁴.

Adota-se, portanto, a velha teoria formal da união, fundada, basicamente, na lei, no contrato e na ação precedente (a denominada ingerência) e cujos graves equívocos foram desvelados por Schaffstein e Nagler na década de 1930²⁵ e pela doutrina penal posterior.

Esse critério formal (vez que extraído direto da lei) de definição da posição de garante ainda recebe amplíssima acolhida da doutrina brasileira^{26 27 28} (na verdade, poucos manuais brasileiros fazem referência à existência de uma teoria material^{29 30 31}). Situação essa que não ocorre na Espanha em que, apesar de exigir previsão legal semelhante à brasileira (CP Espanhol, art. 11), o critério formal é amplamente rechaçado^{32 33}.

²⁴Antes da reforma de 1984, da parte geral do nosso Código Penal, que incluiu essa redação no art. 13, não havia expressa previsão das hipóteses da função de garante, de modo que os critérios eram identificados pela doutrina. In: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 322.

²⁵SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión", in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1611.

²⁶BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 320-326.

²⁷TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, pp. 448-451.

²⁸Tal alusão, embora tímida, é feita, no entanto, em sua monografia sobre o tema: TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 316-317.

²⁹Assinala a existência de teorias formais e materiais, embora reafirme a necessidade de adotar a posição formal: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 221-222.

³⁰Por outro lado, Paulo César Busato faz essa referência e defende a adoção de um critério material. In: BUSATO, P.C. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2013, pp. 294-297.

³¹Defendendo a adoção conjunta de critérios formais e materiais: MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal, Parte Geral: Lições Fundamentais*, 3ª ed, D'Plácido, São Paulo, 2020, pp. 679-685.

³²Como bem afirma Schünemann: “Não foi (...) sábia a decisão do legislador espanhol de introduzir no Código Penal a, há muito tempo obsoleta teoria formal do dever jurídico, e, ao contrário, é de celebrar, desde um ponto de vista alemão, que a ciência penal espanhola, em sua imensa maioria, não a prestou nenhuma obediência escrava, mas sim declarou que as condições para equiparação previstas no art. 11, segunda parte, do Código Penal, não são apenas desnecessárias, mas também insuficientes.” In: SCHÜNEMANN, B. *El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión*, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1612.

³³O referido art. 11 do Código Penal espanhol tem a seguinte redação: “Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga,

5.1.1 O DEVER LEGAL DE CUIDADO, PROTEÇÃO OU VIGILÂNCIA

Esse é o primeiro critério formal estabelecido pelo Código Penal brasileiro (art. 13, § 2º, “a”), que fundamenta a posição de garante com base na Lei, incluindo, por exemplo, o dever de assistência entre os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos, além daqueles agentes públicos que tenham um dever de vigilância, como é o caso dos policiais^{34 35 36}.

5.1.2 ASSUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE DE IMPEDIR O RESULTADO

Tal requisito está previsto no art. 13, § 2º, “b” do Código Penal brasileiro, e é consubstanciado pela assunção fática do dever de proteção e pode ocorrer, por exemplo, (i) nos casos de livre assunção do dever de proteção, como ocorre com os médicos, os salva-vidas, a baby-sitter, em relação àqueles que se propõem a proteger; (ii) nas relações comunitárias de perigo, em que determinadas pessoas assumem o dever de proteção em específicas situações perigosas (v.g. guia com relação aos turistas); (iii) relações de comunidade de vida, quando um responsável assume o dever de cuidado de pessoas que se encontram em sua residência (v.g. filho menor do vizinho que vai dormir na sua casa) ou sob sua responsabilidade decorrente de relações verticais, como é o caso dos professores em relação aos alunos^{37 38 39}.

5.1.3 COMPORTAMENTO ANTERIOR CRIADOR DO RISCO DE RESULTADO (INGERÊNCIA)

según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

³⁴BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 323-324.

³⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., 222-223.

³⁶Mais pormenorizadamente: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 319-325.

³⁷BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 324-325.

³⁸CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 223-224.

³⁹Mais detalhadamente e abordando outras hipóteses: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 325-332.

Na última hipótese prevista no Código Penal brasileiro (art. 13, § 2º, “c”), o legislador previu a criação da posição de garante quando o agente realiza um comportamento perigoso anterior, com uma ação ou omissão, que seja apto a produzir um resultado delitivo objetivamente reconhecível^{40 41}. Como exemplo, pode-se citar o agente que faz uma fogueira em um acampamento, que, por descuido, depois se espalha pela mata. Aqui o agente tem que tentar apagar o fogo (se ainda possível) ou, no mínimo, chamar as autoridades.

A doutrina tratou de desenvolver limitações à responsabilidade por omissão em caso de ingerência, pois o mero atuar precedente poderia levar à responsabilidade penal em casos similares ao regresso ao infinito, ou seja, o agente que construiu uma faca (ação precedente) seria garante em relação aos riscos dela. Desse modo, propugnou-se que o fazer antecedente deve, necessariamente e pelo menos, ser perigoso⁴².

5.2 CRÍTICAS AO CRITÉRIO FORMAL

A adoção do critério meramente formal, como já se adiantou, é objeto de várias críticas. Uma das principais delas é que não é possível extrair-se uma equiparação entre ação e omissão a partir de um critério extrapenal, uma vez que as regras do Direito Civil (v.g. contrato) têm funções distintas do Direito Penal. Assim, um dever jurídico-penal deve ser extraído de normas e critérios de imputação do próprio Direito Penal e não de algo externo a ele.

Um exemplo que foi utilizado para refutar a invocação de critérios civilistas para a identificação da posição de garante é o caso da babá.

Imagine-se que uma babá é contratada para cuidar de uma criança, comprometendo-se a ir ao apartamento do casal que a contratou. Assim, os pais

⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 224-226.

⁴¹TAVARES, J. *Teoria dos (...) Ob. cit.*, pp. 332-342.

⁴²Neste sentido e noutros debates sobre a ingerência, ver GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión (...)", Ob. Cit., pp. 20 e ss.

deixam a criança sozinha no apartamento, mas a babá não aparece ao trabalho. A criança acaba falecendo ao asfixiar-se com mingau. Aqui, a responsabilidade por omissão é exclusiva dos pais, pouco importando as eventuais obrigações contratuais assumidas pela babá⁴³.

Em uma variação desse exemplo, imagina-se que a babá efetivamente vai ao trabalho e sai para passear com a criança, tendo, em seguida, recebido uma ligação de um amigo advogado, que lhe informa que contrato dela é nulo. Diante disso, a babá simplesmente abandona a criança, a qual acaba caindo em um viaduto e falecendo. Aqui, independentemente da validade do contrato, a babá era a garante e deve ser responsabilizada pelo homicídio⁴⁴.

Critica-se, também, a invocação da lei como fundamento formal para a posição de garante, pois ela, por si só, não fornece nenhum fundamento plausível para a criação de deveres de evitação de resultado, uma vez que os critérios legais estabelecidos para a responsabilidade civil não podem ser simplesmente transplantados para a responsabilidade penal⁴⁵.

No caso de responsabilidade penal pelo produto, em que o empresário vende um produto que se revela nocivo à saúde. Ainda que o Direito Civil determine, por exemplo, um dever de recolhimento do produto, para fins penais o agente se desincumbe de sua responsabilidade tão somente ao fornecer efetivamente a informação e advertência ao consumidor de que o produto é nocivo. Assim, se o consumidor – apesar da advertência adequada – quiser voluntariamente consumir o produto, não é possível responsabilizar o empresário penalmente, ainda que exista responsabilidade civil⁴⁶.

Da mesma forma, a identificação do garante com base no atuar

⁴³SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 83.

⁴⁴SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal (...)", Ob. Cit., p. 166.

⁴⁵ROXIN, C. *Derecho Penal*(...), Ob. Cit., pp. 848-849.

⁴⁶Como afirma SCHÜNEMANN, nesses casos, "incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor porque, naturalmente, exclusivamente este es quien tiene que decidir por si mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad". In: SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidade penal no âmbito da empresa: dificuldades relativas à individualização da imputação", in *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 32.

antecedente (ingerência) é também oriunda das obrigações civilistas de ressarcimento (e do *neminem laede*), que, como já visto, não são adequadas à identificação da responsabilidade jurídico-penal⁴⁷.

Assim, a teoria fundada em deveres jurídicos formais não tem capacidade de fundamentar de forma convincente e adequada uma posição de garante⁴⁸, inclusive no Brasil⁴⁹, uma vez que não fornece, por si só, nenhuma fundamentação de conteúdo material que justifique a responsabilidade criminal⁵⁰.

5.3 O CRITÉRIO MATERIAL

Diante dos problemas da concepção formal, Kaufmann propugnou, de forma inovadora, a adoção de critérios materiais para a identificação da posição de garante, assentados na função de proteção para um bem jurídico determinado (deveres de custódia) e na imposição de supervisão de uma fonte de perigo (deveres de asseguração ou de domínio)^{51 52}.

Esses critérios foram, posteriormente, complementados por Schünemann, que propugnou que o eixo de conexão entre ação e omissão, que permite que essas duas modalidades de condutas sejam tratadas de forma equivalente (cláusula de equivalência) é precisamente o domínio sobre o

⁴⁷ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 850.

⁴⁸ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 850.

⁴⁹Como afirma BUSATO, no âmbito brasileiro: "A proposta mais correta parece ser a de adoção de uma concepção material da delimitação do alcance da posição de garantidor, ou seja, a pretensão de fulcrar a justificativa da imputação em aspectos relevantes para a obediência da missão que o Direito penal se auto-atribui de controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos". In: BUSATO, P.C. *Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 295.

⁵⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵¹JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵²Sobre a proposta de Kaufmann, Schünemann, no entanto, comenta que: "A linha de raciocínio de Armin Kaufmann, inicialmente genial e promissora, mas interrompida, seguida também por Wolfgang Schöne, é comparável à forma como procedeu o arqueólogo Howard Carter, que, bastante próximo à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio". In: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, Direito Processual e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, 2013, p. 169.

fundamento do resultado, que se decompõe em (i) domínio sobre o desamparo do bem jurídico e (ii) domínio sobre um foco de perigo^{53 54 55 56}.

Roxin acolhe essa posição bipartida, conforme defendida por Schünemann, sustentando, portanto, que a posição material de garante se centra no que chama de domínio de controle (ou domínio sobre o fundamento do resultado, na nomenclatura de Schünemann), que, também, se subdivide em (i) domínio sobre o desamparo do bem jurídico (para Roxin: posição de garante de proteção ou custódia) e (ii) domínio sobre o foco do perigo (para Roxin: posição de garante de vigilância ou asseguramento)^{57 58}.

5.3.1 DOMÍNIO SOBRE O DESAMPARO DO BEM JURÍDICO (POSIÇÃO DE GARANTE DE PROTEÇÃO OU CUSTÓDIA)

Nessa hipótese, cria-se o dever especial do garante em virtude da falta de proteção do bem jurídico da vítima, que está sob o seu próprio domínio.

⁵³SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites (...)*, Ob. Cit., pp. 277-285.

⁵⁴SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito (...)", Ob. Cit., pp. 1626-1628.

⁵⁵SCHÜNEMANN, B. "Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, pp. 171-172.

⁵⁶Com sintetiza ESTELLITA: "Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é a sua causa (por exemplo, ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado (domínio sobre o corpo -> movimento corporal -> resultado). Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos: naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação; e naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial no resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento (domínio sobre uma causa essencial do resultado -> inobservância dos deveres de asseguramento -> resultado). A equiparação se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo." In: ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 89.

⁵⁷ROXIN, C. *Derecho Penal(...)*, Ob. Cit., p. 852-857.

⁵⁸Note-se que Jakobs também propugna um conceito material funcional e bipartido para a identificação da posição de garante. De um lado, defende a existência de deveres em virtude de responsabilidade por organização e deveres em virtude de responsabilidade institucional. Cf.: JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1991, pp. 802-833.

Existe, pois, um dever de vigilância, custódia ou controle sobre ela. Assim, o garantidor tem que vigiar e conter todos os perigos externos que ameacem o bem jurídico da pessoa que está desamparada⁵⁹.

Aqui, incluem-se os casos em que o garante tem uma relação de proteção familiar ou análoga (v.g. pais e filhos, irmãos, relações matrimoniais) e quando existe a assunção das funções de proteção (médico em relação ao paciente, o professor de natação em relação aos alunos), mesmo que independente da existência de contrato (v.g. vizinhos assumem a responsabilidade pelo filho de outro durante uma noite, quem acolhe uma pessoa que precisa de cuidado). Nesses casos de assunção, é necessário que exista uma relação de dependência (se uma pessoa maior vai passar um final de semana na casa de amigos, obviamente, não há relação de garante). Ademais, o dever de proteção decorre de posições orgânicas e em virtude de deveres de titulares de cargos (v.g. policiais em relação ao cidadão, o funcionário público em relação ao patrimônio público)⁶⁰.

O importante, porém, não é a previsão em lei, contrato ou a ingerência (não é o dever externo), mas a efetiva e material assunção de uma responsabilidade pessoal pelo bem jurídico desamparado. O garante assume, portanto, o compromisso de proteger esse bem jurídico.

5.2.2 DOMÍNIO SOBRE O FOCO DO PERIGO (POSIÇÃO DE GARANTE DE VIGILÂNCIA OU ASSEGURAMENTO)

Nesse caso, o garante deve vigiar e assegurar que as fontes de perigo, que estão sob sua responsabilidade, não causem dano a terceiro.

Essa posição de garante pode, por exemplo, decorrer: a) da vigilância de coisas móveis ou imóveis que estão sob a supervisão; b) do domínio e controle sobre determinadas pessoas (v.g. pessoas com enfermidade mental); c) do domínio sobre cursos causais perigosos (ingerência – evitar o resultado

⁵⁹ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal* (...), Ob. cit., p. 96.

⁶⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., pp. 857-884.

baseado no atuar antecedente); e d) da responsabilidade penal sobre o produto (derivado de alimentos, medicamentos perigosos para a saúde ou objetos de uso de qualquer tipo – v.g. máquinas ou veículos com defeitos suscetíveis de causar danos, sprays de couro, conservantes que causem enfermidade, etc⁶¹.

6. OS TRÊS USOS DA PALAVRA OMISSÃO EM DIREITO PENAL

Feita essa contextualização inicial, que é importante para se ter uma visão panorâmica do entendimento atual da teoria da responsabilidade penal por omissão, é tempo de apresentar algumas reflexões iniciais sobre o impacto que a teoria da ação significativa e a filosofia da linguagem têm nessa matéria.

Desde logo, deve-se assentar que o ponto fundamental para uma correta compreensão da omissão em Direito Penal é a teoria da ação.

Tradicionalmente, em Direito Penal a ação humana é vista a partir de uma concepção da filosofia da mente. O significado da ação é compreendido por meio do modelo objeto-designação.

Desse modo, nessa concepção tradicional, para que o juiz, o intérprete, possa captar o sentido de uma ação basta observá-la e descrever o seu significado. O sujeito cognoscente (juiz) conhece o objeto cognoscível (ação). Essa relação de conhecimento se dá, portanto, numa relação sujeito-objeto. O substrato da ação é observado e dele se retira o significado⁶².

Essa forma de pensar leva a sérios equívocos e distorce o significado das ações. É imprescindível compreender que o significado das ações não se dá pela mera captação pelos sentidos do substrato das ações. O significado da ação é estabelecido de acordo com regras intersubjetivas, o que Wittgenstein chama de jogos de linguagem.

Em consequência, “linguagem e ação estão ‘entrelaçadas’” e “formam um conjunto governado por regras – um ‘jogo’- do qual emana o significado. E

⁶¹ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 884-885.

⁶²Como afirma Alwart, citado por Vives Antón: “así como un concepto no es otra cosa que el significado de una palabra, una acción no es otra cosa que el significado de un comportamiento”. In: VIVES ANTÓN, T.S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

o significado não é nada mais do que o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse ‘jogo’⁶³.

Nossas ações (atividades linguísticas), ainda que possam estar entranhadas em um fundo ontológico, ostentam um caráter claramente normativo, uma vez que são guiadas por regras linguísticas, que constituem o jogo de linguagem^{64 65}.

Desse modo, Vives Antón corretamente concebe “la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato”⁶⁶.

É precisamente por isso que duas ações materialmente idênticas (mesmo substrato) podem ter significados distintos, de acordo com as regras do jogo de linguagem. Chamar alguém de “filha da p...” pode constituir tanto um crime contra a honra (é direcionado, por exemplo, a um inimigo), como pode ser a manifestação de carinho com um velho amigo.

Logo, chega-se a uma premissa extremamente importante: o relevante para compreender as ações (e omissões) em Direito Penal é o significado e não o substrato (como os movimentos corpóreos materialmente realizados).

Nesse sentido, também, defende Martínez-Buján-Pérez:

Común a acción y omisión es el dato de que ambas constituyen una

⁶³VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 226-227.

⁶⁴GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad. MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 312.

⁶⁵Sobre as normas de ação social, Habermas afirma que elas: “tienen el sentido ‘deontológico’ de obligar a los destinatarios a seguir la regla, si bien aquí el tipo de sanciones varía con el tipo de regla (según que vulneremos normas morales o jurídicas, infrinjam costumbres o convenciones o nos desviemos de los roles sociales asignados). Tales normas regulan las relaciones interpersonales de actores que se comunican entre ellos y que participan en prácticas comunes. Estas prácticas constituyen elementos inmediatos del contexto simbólico de un mundo de la vida. Al mismo tiempo están insertas en el hardware constituido por el entorno natural”. In: HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002, p. 24.

⁶⁶VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 221.

expresión de sentido. De ahí que –como queda dicho el problema de la omisión sea –al igual que el de la acción un problema de sentido y no de sustrato; el sustrato carece de relevancia.

No hay ya diferencia ontológica entre acción y omisión, puesto que ambas existen o son (o no son) exactamente en el mismo sentido, esto es, como significado. En otras palabras, acciones y omisiones funcionan de modo idéntico, desde el momento en que coinciden en ser sólo expresiones de sentido⁶⁷.

Partindo-se dessa premissa, a diferença entre ação e omissão se dissolve. A tensão ou distensão muscular, realizar ou deixar de realizar tarefas deixa de ser o foco central para identificar as omissões. É o significado que é relevante.

É precisamente por isso que, neste trabalho, se defende que, na verdade, existem três usos para a palavra omissão e, ao fim e ao cabo, esses mesmos três usos são empregados para a palavra ação. Ação e omissão podem ter compreendidas da mesma maneira. Tudo depende do significado.

6.1 O PRIMEIRO USO LINGUÍSTICO DA EXPRESSÃO OMISSÃO: NOS DELITOS DE AÇÃO

A teoria do delito dedica uma atenção especial – até pela sua consequência prática – à explicação dos delitos de ação. A maioria esmagadora dos tipos penais descreve ações. O estudo dos crimes omissivos, apesar de importante, geralmente tem relevância periférica.

No entanto, se é verdadeira a premissa assentada acima, de que o que importa é o significado e não a existência de uma ação ou omissão, chega-se à conclusão de que os crimes de ação podem ser praticados por omissão (mesmo quando não se faz presente a posição de garante).

Apesar de mais raro, é perfeitamente possível realizar um tipo penal de ação, por meio de uma omissão.

Imagine-se uma situação em que, após um jogo de futebol ou de show lotado, em que muitas pessoas saem, ao mesmo tempo, do estágio, três

⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa* - Parte General, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 394.

amigos, com a intenção de lesionar várias pessoas – em vez de seguirem o fluxo de pessoas que estão caminhando – simplesmente sentam-se ao chão, fazendo com que as pessoas que estão caminhando atrás simplesmente comecem a cair ao solo, gerando uma obstrução ao fluxo de pessoas, acarretando mais quedas, pisoteamentos e lesões. Os três amigos não praticaram nenhuma ação, mas simplesmente deixaram de caminhar, sentando-se ao chão.

No crime de estelionato, geralmente o engano da vítima decorre da omissão de uma informação. O sujeito vende um telefone celular via internet, mas omite que não é seu proprietário.

Um trabalhador da construção civil, que se encontra no segundo andar de uma obra e cuja função é receber os sacos de cimento que são jogados pelo seu companheiro, pode – com a intenção de machucar seu inimigo que passa abaixo da obra – simplesmente omitir-se em segurar o saco de cimento arremessado. Diante do que o objeto cai na cabeça da vítima, lesionando-a.

O funcionário que – para se vingar do chefe – simplesmente deixar de retirar as mercadorias frágeis da esteira rolante da linha de montagem, causando dano intencional aos produtos da empresa.

Ainda que se possa invocar a posição de garante para algumas dessas hipóteses, é certo que, nesses casos, há uma verdadeira equivalência entre ação e omissão. Há uma dissolução da diferença entre ação e omissão, de modo que o significado da realização típica é bem claro. Em todos eles, apesar de o agente não levar a cabo um movimento corporal, apesar de não intervir ativamente no mundo, acaba por realizar o verbo típico de condutas incriminadas (lesionar, danificar, etc.).

Compreender essa dissolução entre ação e omissão, deslocando a importância do sentido para o substrato, permite, também solucionar melhor os casos em que há uma combinação entre ação e omissão.

A doutrina tem debatido, com alguma dificuldade, quais são os critérios para identificar a existência de uma ação ou de omissão em alguns exemplos. Muitas vezes partem de uma distinção mais ontológica entre ação e omissão.

Sustentam que existe ação quando há o emprego de energia em determinada direção. Existe omissão quando não há emprego de energia⁶⁸.

As dúvidas surgem, por exemplo, nos seguintes casos:

O carcereiro que fecha a grade, mas não tranca⁶⁹. Ação ou omissão?

O dono da fábrica de pincéis que entregou pelos de cabras para a sua elaboração sem realizar a devida descontaminação, acarretando a morte de quatro funcionários⁷⁰. Ação ou omissão?

A pessoa que se nega a usar preservativo e transmite AIDS⁷¹. Ação ou omissão?

O motorista que conduz um veículo e, ao ver pessoas atravessarem, simplesmente deixar de frear. Ação ou omissão?

O terrorista que coloca uma bomba escondida em um edifício e deixa de retirá-las durante quatro dias até a sua detonação. Ação ou omissão?

Me parece claro que todos esses exemplos são casos de ação (que prescindem, portanto, a existência de um garante), uma vez que o significado das omissões claramente é contextualizado para a realização de um tipo penal de ação, ainda que – total ou parcialmente – envolvam um deixar de fazer. Repita-se: o relevante aqui é o significado contextualizado. O agente cumpriu as regras dos jogos de linguagem de matar, danificar, etc.

6.2 O SEGUNDO USO LINGÜÍSTICO DA EXPRESSÃO OMISSÃO: NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS.

Como já se viu, a omissão própria é substanciada por um tipo penal específico, que descreve expressamente uma omissão, um não fazer.

Aqui, mais uma vez, ainda que se fale expressamente em um não fazer, os crimes omissivos próprios (v.g. omissão de socorro) também podem ser configurados por um fazer. Afinal, como se defende aqui, a distinção entre ação e omissão fica dissolvida se há um deslocamento do centro de gravidade da

⁶⁸ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 779.

⁶⁹ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. Cit., p. 780.

⁷⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

⁷¹ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

ação do substrato para o significado.

Desse modo, a pessoa que está diante de uma colisão de veículos, que gera o dever geral de socorro, caso ela realize a ação de socorro, mas o faça de forma deliberadamente vagarosa, com o intuito de não atender a pessoa em uma situação de risco, ainda sim há o delito. É dizer, mesmo realizando a ação esperada, houve uma omissão de socorro. Ele prestou assistência, mas de modo deliberadamente ineficaz. Assim, realizou o tipo penal do art. 135 CPBr.

O contribuinte que presta informações das suas rendas ao fisco (ação), mas o faz de forma incompleta, realiza uma ação (entrega incompleta) ou omissão (deixou de prestar informações)? Aqui, mais uma vez, fica clara a caracterização do tipo penal do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, pois omitiu informação às autoridades fazendárias, ainda que tenha prestado as informações e – nessa parte – de forma correta.

Em suma, embora em casos mais raros, parece que os crimes de omissão própria podem ser cometidos mesmo quando o agente realiza a ação esperada.

6.3 O TERCEIRO USO LINGÜÍSTICO DA EXPRESSÃO: NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

O terceiro uso linguístico do termo omissão ocorre nos chamados crimes omissivos impróprios.

Na omissão imprópria, o juiz recorre às infracções penais criadas para as acções para punir as omissões, utilizando assim uma regra de extensão prevista no Código Penal.

Não há grande novidade em dizer que essa é uma forma de utilizar o termo omissão em Direito Penal.

A particularidade, porém, é que nos crimes de omissão imprópria, o agente não responde criminalmente por algo que fez (ainda que por meio de uma omissão), mas por algo que deixou acontecer. Responde por um resultado delitivo que alguém cometeu (por exemplo, o policial que deixa alguém cometer

um crime ou o responsável por uma penitenciária que deixa fugir um preso perigoso) ou por deixar acontecer algo a um bem jurídico que devia proteger (a mãe que não cuida da criança que cai na piscina e se afoga).

Assim, com exceção dos casos de ingerência, o responsável por um crime omissivo impróprio não responde normalmente por uma ação significativa própria, mas por ter deixado algo acontecer (quer em virtude de uma ação de um terceiro, quer em virtude de um perigo externo). E, nesses casos, existe inclusive um mesmo fundamento político criminal para uma redução da pena, como ocorre no §13.1. do Código Penal alemão, uma vez que a conduta de quem mata (mesmo por omissão) se afigura mais grave do que a conduta de quem deixa matar. Esse tratamento penal mais benéfico não parece, no entanto, politicamente defensável nos outros casos de omissão, uma vez que são tão graves como as ações (não há distinção entre ação e omissão nos outros casos).

Existe, também, a discussão se o delito omissivo próprio pode ser cometido por ação, como são os casos em que ocorre a interrupção de uma ação salvadora. A pessoa que impede o salvavidas de resgatar a criança que está se afogando comete o crime de homicídio doloso. A questão é saber se é um crime de omissão imprópria ou um crime de ação. Parece-me que se trata de um caso em que se deve aplicar o regime jurídico da ação e não da comissão por omissão, uma vez que o resultado decorre de uma ação própria do agente e não de um deixar acontecer⁷².

O que eu gostaria de defender aqui, no entanto, é que a omissão imprópria constitui um dos usos da palavra omissão (embora, em geral, uma omissão com uma gravidade diferente da omissão que constitui o significado da realização típica), e parece perfeitamente possível que a omissão imprópria também possa ser realizada através de uma ação.

⁷²Também Roxin chega a esta conclusão: cf. ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 791-792.

7. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi apresentar algumas reflexões iniciais sobre a compreensão da omissão a partir dos contributos da filosofia da linguagem e da teoria da ação significativa.

O artigo é meramente provocatório e tem como objetivo tentar ver quais as consequências que podem advir do deslocamento do foco de observação do substrato para o significado, como forma mais adequada de compreender os comportamentos humanos.

Tal deslocamento leva à dissolução da divisão entre ações e omissões, sendo que em todos os casos em que é possível cometer crimes por ações, também é possível cometê-los - embora mais raramente - por omissões.

Além disso, procurou-se sublinhar que a responsabilidade penal nos crimes omissivos impróprios não decorre da conduta (ação ou omissão) de uma pessoa, mas de algo que se deixou acontecer. O agente responde por um resultado criminoso que alguém cometeu ou por ter deixado acontecer algo a um bem jurídico que deveria proteger. Nesses casos, parece até possível defender a possibilidade de uma redução da pena, como no Código Penal alemão (tratamento penal mais benéfico que não parece ser possível para outros casos de omissão).

Com isso, se pretende alcançar o resultado provocativo deste artigo, embora seja obviamente necessário aprofundar vários pontos de dúvida aqui existentes, o que não é possível fazer neste momento.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2013.
- BUSATO, P.C. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, Parte Geral*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812.

GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición", in *ADPCP*, Vol. L, 1997.

GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad.MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998.

HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002.

JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1991.

JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edição, Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal, Parte Geral: Lições Fundamentais*, 3ª ed., D'Plácido, São Paulo, 2020.

MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General, Volume II*. Madrid: Thomson Reuters, 2014.

SCHÜNEMANN, B. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013.

SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in ADPCP, vol. LV, 2002.

SCHÜNEMANN, B. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos, in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013.

TAVARES, J. Teoria dos Crimes Omissivos, Marcial Pons, São Paulo, 2012.

VIVES ANTÓN, T. S. Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. Derecho Penal, Parte General: El delito y su estructura, 46ª ed, Pacífico Editores, Breña, 2018.