

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

CRIMES DE OMISSÃO
IMPRÓPRIA

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

PREFÁCIO – LUÍS GRECO.....	11
INTRODUÇÃO	19

CAPÍTULO I

Premissas conceituais

1. Introdução	21
2. Da omissão como categoria do comportamento humano	22
2.1 Breve exposição das posições doutrinárias	22
2.1.1. Precursores	22
2.1.2. A omissão ontológica.....	24
2.1.3. Retorno ao normativismo.....	25
2.1.4. A unidade conceitual e propostas similares	26
2.2 Posicionamento	27
3. Da omissão juridicamente relevante	31
3.1 Da expectativa jurídica.....	31
3.2 Da legalidade e outros princípios.....	35
3.3 Do bem jurídico como elemento teleológico	37
3.4 Da capacidade de ação	40
3.4.1 Da capacidade física.....	41
3.4.2 Da cognoscibilidade do contexto fático.....	44

CAPÍTULO II

Crimes omissivos próprios e impróprios

1. Introdução	49
2. Propostas de classificação	50
2.1 Resultado e mera conduta.....	50
2.2 Previsão legal expressa.....	52
2.3 Norma proibitiva / mandamental.....	52
2.4 Distinção ontológica.....	53
2.5 Critério normativo de Roxin.....	54
2.6 Distinção pelo dever de garante	55
2.7 Concepções tripartites	57
3. Posicionamento	58

CAPÍTULO III

**Crimes omissivos impróprios:
fundamento da imputação do resultado típico**

1. Introdução	61
2. Propostas de fundamentação da omissão imprópria	62
2.1 Causalismo	62
2.1.1 Considerações gerais.....	62
2.1.2 Teoria da conduta precedente	63
2.1.3 Teoria da causalidade própria da omissão	65
2.2 Teoria do dever formal	69
2.3 Teorias do dever de garante.....	73
2.3.1 Considerações gerais.....	73
2.3.2 Teoria da normalidade e dependência.....	74
2.3.3 Teoria das funções (Armin Kaufmann)	75
2.3.4 Teorias sociológicas.....	80
2.3.5 Teoria das instâncias de proteção	82
2.3.6 Teoria da confiança	83
2.4 Teorias do domínio.....	83

2.4.1 Schünemann	83
2.4.2 Gimbernat Ordeig	89
2.4.3 Gracia Martín	91
2.5 Roxin e os delitos de infração de dever.....	92
2.6 Teorias unificadoras	94
2.6.1 Linhas gerais	94
2.6.2 Herzberg.....	95
2.6.3 Jakobs.....	97
2.7 Proposta de Silva Sánchez.....	104
3. Posicionamento	109
3.1 Omissão imprópria e tipicidade.....	109
3.2 Omissão e riscos próprios	115
3.3 Omissão e riscos alheios.....	117
4. Técnicas legislativas	119
5. Da utilidade da classificação da omissão imprópria proposta e sua aplicação na seara empresarial	128
6. Imputação do resultado	134
6.1 A teoria da imputação objetiva	134
6.2 Criação de um risco não permitido	136
6.3 Desdobramento do risco não permitido no resultado	137
6.4 Do âmbito de abrangência da norma de cuidado	137
6.5 Da capacidade de agir	138
7. Adequação típica	139
7.1 Da omissão nos crimes de perigo abstrato ou de ação determinada	139
7.2 Da omissão nos tipos penais mistos	140
8. Conclusão parcial.....	141

CAPÍTULO IV

Da ingerência

1. Introdução	143
2. Propostas dogmáticas.....	144

2.1 Introdução.....	144
2.2 Ingerência e causalismo.....	145
2.3 Ingerência e a teoria dos deveres formais	146
2.4 Ingerência e teorias do dever de garante	147
2.5 A negação da ingerência.....	148
2.6 Ingerência como comissão	152
2.7 Roxin e a ingerência	153
2.8 Ingerência e as teorias unificadoras.....	153
2.9 Silva Sánchez e a ingerência	155
2.10 Dopico Gómez-Aller e a ingerência.....	157
3. Posicionamento	160
3.1 Introdução.....	160
3.2 Do risco na ingerência: caráter e natureza.....	163
3.2.1 Da conduta inicial	163
3.2.1 Da natureza do risco na ingerência	168
3.3 Do risco na ingerência: o dever de controle.....	174
3.3.1 Aspectos gerais	174
3.3.2 Riscos permitidos e não permitidos	178
3.3.3 Dever de controle na seara empresarial	186
3.3.4 Conclusão parcial.....	190
3.4 Do risco na ingerência: o dever de salvamento.....	191
3.4.1 Do caráter <i>não permitido</i> do risco inicial.....	191
3.4.2 Do dever de salvamento na seara empresarial	198
3.4.3 Da equivalência entre <i>dever de controle</i> e <i>dever de salvamento</i>	200
3.4.4 Do problema do <i>dolo subsequente</i>	207
3.4.5 Da compatibilidade legislativa.....	209
3.4.6 Conclusão parcial.....	212
3.5 Da capacidade de agir conforme a norma	213
3.6 Da omissão como condição negativa do resultado.....	215
3.6.1 Propostas dogmáticas.....	215

3.6.2 Posicionamento	228
3.7 Do âmbito de abrangência da norma violada	238
3.8 Do elemento subjetivo na ingerência	243
4. Ingerência e causas de justificação	248
4. Conclusão	253

CAPÍTULO V

Aplicação do modelo proposto

1. Introdução	255
2. Da responsabilidade pelo produto	255
3. Da responsabilidade pela conduta de terceiros (condutas complementares, delegação e transferência)	262
3.1 Das condutas complementares	262
3.2 Da ingerência e das atividades delegadas	270
3.2.1 Aspectos gerais	270
3.2.2 Da delegação do dever de controle	272
i) Delegação do controle de riscos permitidos e não permitidos	272
ii) Dos deveres residuais do delegante	274
3.2.3 Da delegação do dever de salvamento	279
3.2.4 Constelação de casos	280
3.2.5 Conclusão parcial	283
3.3 Dos atos de transferência de risco	284
4. Da interrupção de cursos causais salvadores	288
CONCLUSÕES	297
BIBLIOGRAFIA	301

PREFÁCIO

O livro de Pierpaolo Bottini é um dos raros exemplos em que me convenço por prefaciá-lo um trabalho que não orientei nem ao menos informalmente. Isso tem razões bastante concretas, que dizem respeito não apenas à obra, como também à pessoa de Bottini.

O tema do livro é a omissão, que começa a ser verdadeiramente descoberta pelo direito penal brasileiro (cf. apenas duas outras monografias da presente coleção, uma de Heloísa Estellita, outra de minha autoria). Enquanto a doutrina das gerações anteriores se ocupava primariamente da estéril pergunta sobre se a omissão poderia ser causa, o presente trabalho tem por objeto o mais urgente problema que a omissão coloca para quem se veja na posição de aplicar o Código Penal brasileiro: a do conteúdo das posições de garantidor, isto é, do “dever de agir” nos termos do art. 13, § 2.º, desse diploma legal.

O leitor talvez pergunte: não basta abrir a lei? Ela mesma especifica, em três alíneas, quando surge esse dever! – Bom seria que tudo fosse tão fácil. A alínea *a* do citado artigo dispõe, por exemplo, que esse dever incumbe a quem “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”. A lei das leis, a Constituição Federal, afirma que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229). Será que isso significa que o filho, que há anos mudou-se para outra cidade, e que, diante da notícia de súbita enfermidade do pai, não se mova à busca de um médico, responderá por lesões corporais ou por homicídio, como se tivesse provocado esses resultados com os próprios punhos, isto é, comissivamente? Tal parece francamente contraintuitivo.

Bottini passa em revista as várias respostas construídas pela doutrina, em especial alemã e espanhola, para em seguida propor um modelo original e merecedor de uma reflexão crítica mais detida. Esse modelo, que não posso aqui expor, baseia-se na distinção entre duas classes de riscos, os próprios e os alheios. Bottini

crê possível formular condições diferenciadas de responsabilização do omitente, a depender de se o risco que a ele incumbia neutralizar havia sido criado por ele mesmo ou por outro.

Passo, agora, à pessoa do autor, a quem conheço desde a época em que ele escrevia seu trabalho sobre os crimes de perigo abstrato. Impressiona-me, sobretudo, a sua capacidade de produzir um livro do presente quilate, ao mesmo tempo em que é professor, pai de uma linda família e advogado do mais alto cabedal. Oxalá possa o presente trabalho obter a atenção que merece e que estimule Bottini a seguir enriquecendo, com ulteriores artigos e monografias, a ciência do direito penal brasileira!

Berlim, setembro de 2018.

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal na Universidade Humboldt, de Berlim.

APRESENTAÇÃO

Coube a mim a lisonja especial de apresentar ao leitor esta obra e, assim, servir-lhe de intermediária entre as palavras de meu professor e amigo, *Luís Greco*, e a tese de livre docência, em forma de livro, de meu importante interlocutor e, igualmente, amigo, *Pierpaolo Cruz Bottini*.

Desde sua primeira obra, *Pierpaolo* vem endereçando seus trabalhos monográficos a temas essencialmente associados a problemas próprios da criminalidade econômica e de empresa. A estrutura dos crimes de perigo abstrato é talvez uma das mais utilizadas para a construção dos tipos do direito penal econômico e foi objeto de seu primeiro livro, *Crimes de perigo abstrato*. A lavagem de capitais – hoje, mais do que nunca, figura típica central associada a tal criminalidade – agiganta-se na mesma velocidade com a qual cresce a obra *Lavagem de dinheiro*, já em sua 3ª edição, e que *Pierpaolo* assina em coautoria com *Gustavo Badaró*. Agora tem em mãos o leitor uma obra que olha para a Parte Geral do Direito Penal com os olhos de quem evidentemente a observa pela lente da criminalidade de empresa. Os dois trabalhos citados por *Luís Greco* no prefácio -- um dele, outro meu --, são o testemunho de como o tema da omissão imprópria assume significado especial no âmbito fragmentado da criminalidade de empresa. Embora *Pierpaolo* insista que este seu trabalho não tem por objeto problemas dessa seara, verdade é que pavimentava o caminho para a oferta de respostas a questões que são centrais a esse tipo de criminalidade, como deixa claro o derradeiro capítulo, no qual discute a responsabilidade pelo produto e a responsabilidade pela conduta de terceiros, temas que têm seu habitat natural justamente na interface entre categorias da dogmática da Parte Geral e a criminalidade econômica.

Para que possa oferecer essas respostas, o leitor será conduzido pela dogmática da omissão penalmente relevante, desde seus lineamentos gerais, nos Capítulos I e II, até a discussão das principais propostas de fundamentação da omissão imprópria, no Capítulo III. E, então, fará um mergulho no tema da ingerência, tema

do Capítulo IV e ponto central da construção do autor, cujo tratamento detido e extenso é inédito entre nós, como também é inédita a proposta de dividir o fundamento da posição de garante a partir da fonte de criação dos riscos: riscos criados pelo próprio garante (ingerência) ou riscos naturais ou criados por terceiros. É verdade que a divisão do fundamento da posição de garante em função do próprio âmbito de organização ou em função da integração a uma instituição social fundamental recebeu desenvolvimento especialmente pelas mãos de *Jakobs* e é inegável que o *Pierpaolo* se inspirou nesse modelo para a proposta aqui apresentada. Mas seu entendimento se aparta daquele do autor alemão em pontos importantes, como, por exemplo, no da fundamentação da posição de garante por riscos alheios, que o professor alemão vê na proteção de instituições e *Pierpaolo* na proteção de bens jurídicos. A posição de garante por ingerência, por sua vez, está assentada no dever de não lesar e também na confiança criada na comunidade de que o responsável pela desestabilização do foco de perigo o restituirá aos patamares tolerados, esses os fundamentos para a equiparação da omissão à ação.

Assim, a criação de riscos próprios dá origem a um dever de agir fundado na ideia de não lesão. Nesse âmbito, ação e omissão são equiparáveis sob o ponto de vista normativo, embora não, evidentemente, sob o ponto de vista ontológico. Essa equivalência leva *Pierpaolo* a afirmar que, nesses casos, ambas as formas de comportamento já estão compreendidas no tipo penal, sendo desnecessária uma cláusula expressa. Já na seara dos riscos alheios, nos quais a ordem jurídica convoca o garante com base em um dever de solidariedade, é necessária ou a criação de um tipo omissivo próprio ou, então, o recurso a uma cláusula geral. Isso o leva a apoiar a posição de garante por riscos alheios nas alíneas *a* e *b* do § 2º do art. 13 do CP e a posição de garante por riscos próprios na alínea *c* do mesmo dispositivo.

No derradeiro Capítulo V, *Pierpaolo* trata de aplicar o modelo proposto a questões concretas, no melhor estilo de uma dogmática consequente, que se propõe a resolver problemas concretos sacados da realidade dos jurisdicionados. Aqui são tratados temas que afetam o dia-a-dia de qualquer atividade econômica minimamente estruturada na forma de empresa, como a responsabilidade pelo produto – com destaque para a discussão do famoso caso do spray de couro (BGHSt 37, 106) –, e a delegação, exoneração e transferência de risco em estruturas horizontais e/ou verticais. Por fim, enfrenta o tema polêmico da interrupção de cursos causais salvadores, como sucederia caso o diretor de uma empresa interrompesse o processo de *recall* de um produto defeituoso, âmbito no qual se discute se se está diante de uma ação ou de uma omissão e, neste segundo caso, se se trata de omissão própria (de socorro) ou imprópria.

Com isso, termino esta apresentação e deixo que o leitor siga com *Pierpaolo* pelos passos que levam à solução proposta pelo autor para esses relevantes problemas.

HELOISA ESTELLITA

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e coordenadora do Grupo de Ensino e Pesquisa em Direito Penal Econômico na mesma instituição.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por base a tese de Livre Docência que apresentei ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em meados de 2015, com aprimoramentos e atualizações posteriores.

Dentre tantos temas possíveis no amplo espectro de assuntos que nos oferece o direito penal, optou-se pelos *crimes omissivos*, tema que sempre desafiou a dogmática criminal. A forma de tratar a inatividade, definir as bases de sua reprovabilidade, os parâmetros para sua equiparação à ação, e os requisitos de estruturação desta forma de conduta punível sempre exigiram reflexões cautelosas de autores das mais variadas escolas penais. Desde as propostas *causais* até as *funcionalistas* contemporâneas, a omissão suscita debates acirrados, colocando à prova estruturas sistêmicas e não raro sendo o motivo do abandono de teorias bastante adequadas para explicar a comissão, mas que falham diante dos desafios dos crimes omissivos.

No que se refere à *omissão imprópria*, a questão é ainda mais complexa. Por muito tempo, a ausência de cláusulas gerais de equiparação desta forma de comportamento à ação exigiu esforços dogmáticos para estender a incidência de tipos penais – em especial aqueles de resultado – à omissão. Alguns propunham a ampliação da ideia de *causa* à omissão, seja pela busca de uma ação precedente, seja pela identificação de *condições negativas* de um resultado. Outros buscaram na violação de *deveres jurídicos formais* o substrato da omissão imprópria, proposta paulatinamente substituída pelo conceito *material* do *dever de garante*, fundado em relações especiais, próximas ou de domínio do omitente com o perigo ou com o bem jurídico afetado. Em suma, muito tempo foi gasto em reflexões para buscar formas e argumentos de equiparação de certas omissões à comissão. O advento das cláusulas gerais de equiparação, que trouxeram para o Direito positivo de alguns países os requisitos que autorizam conferir à *omissão* uma

natureza equivalente, ou ao menos correspondente, à da *comissão*, não pôs termo à discussão. Por um lado, porque parte das legislações apresenta cláusulas gerais ainda imprecisas, carentes de interpretação. Por outro porque, mesmo naqueles países em que tais regras são mais claras – como o Brasil – há necessidade de identificar critérios materiais que complementem o dispositivo legal.

O Código Penal brasileiro expõe que o *dever de garante*, que fundamenta a responsabilidade na omissão imprópria, decorre da lei, da assunção, ou da criação de um risco precedente. Ainda que existam parâmetros taxativos, deve-se identificar de que forma a lei se relaciona com o dever de evitar o resultado, quais as características da assunção que transformam alguém em *garante*, e qual o caráter do *risco* precedente criado, para imputar o resultado posterior ao omitente. São questões que exigem reflexão e que apresentam relevância concreta. No terreno dos crimes de trânsito e ambientais, ou na seara do delito econômico, inúmeros são os casos nos quais se discute a responsabilidade pela omissão, e cada vez com mais frequência os debates sobre os limites do *dever de garante* são levados aos tribunais.

Por outro lado, a doutrina no Brasil ainda apresenta poucas contribuições nesse campo, todas elas mencionadas e analisadas no presente estudo. Com o escopo de contribuir com o tema, a presente tese busca analisar a omissão imprópria sob diversas perspectivas, com atenção especial à *ingerência*, a *posição de garante* decorrente da criação de um *risco precedente*, prevista na alínea *c* do § 2.º do art. 13 do Código Penal.

A opção pela *ingerência* decorre da falta de clareza do texto legal brasileiro. Ao atrelar a responsabilidade pela evitação de um resultado à criação de um *risco precedente*, o legislador deixou em aberto as características desse risco. Trata-se de qualquer risco ou apenas de riscos *não permitidos* ou *antijurídicos*? A atuação daquele que criou o risco se limita a controlá-lo ou exige um esforço de *salvamento* posterior? Aquele que cria um risco imprudente e se omite com dolo responde a qual título sob a perspectiva subjetiva? São questões que merecem ser enfrentadas à luz da dogmática moderna para que alguns problemas práticos possam ser solucionados de maneira segura, como os casos de delegação ou transferência de riscos na seara empresarial, as hipóteses de *responsabilidade pelo produto*, dentre outras que serão abordadas no decorrer deste trabalho.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é, em síntese, analisar as hipóteses *legais* do *dever de garante*, em especial a *ingerência* e, nessa seara, identificar as características do *risco* mencionado no art. 13, § 2.º, *c*, do Código Penal, e os elementos que permitam a imputação de resultado típico a título de *comissão por omissão*. Em suma, pretende-se apresentar um *modelo* de responsabilidade por *ingerência*, dentro do qual seja possível identificar os requisitos da imputação do resultado típico, de forma a facilitar a compreensão e a solução de questões concretas.

CAPÍTULO I

PREMISSAS CONCEITUAIS

1. Introdução

Conceituar *omissão* e as premissas para a *punição* dessa *conduta* exige paciência e resignação. Paciência para enfrentar um sem número de problemas dogmáticos que surgem e em regra colocam em xeque institutos e ideias consolidados ao longo do tempo, por um sistema de pensamento voltado para os *crimes comissivos*. Resignação para compreender que ainda há um longo caminho para que todas as questões sejam assentadas e cada estudo apresentado é apenas um passo nesse longo trajeto. Não à toa TAVARES aponta que os crimes omissivos apresentam problemas quase que insolúveis,¹ acrescentando GIMBERNAT ORDEIG que o único seguro nos delitos de omissão é que não há nada seguro.²

Sabe-se que *omitir* é “*deixar de fazer*” ou “*não agir, quando se esperaria que o fizesse*”.³ Pelo vernáculo, omissão não é apenas *não agir, estar parado*.⁴ Omitir é *deixar de fazer algo*, e para isso não é necessária a inércia absoluta. Basta fazer algo diferente daquela ação omitida. Assim, aquele que anda omite correr,

1. TAVARES, *Teoria*, p. 29.

2. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, p. 124, se referido aqui aos crimes de omissão imprópria. No mesmo sentido, ROXIN, apontando a dificuldade de aplicar institutos dogmáticos – como causalidade e dolo – à omissão, *Derecho Penal*, II, p. 753.

3. FERREIRA, *Aurélio: o dicionário*, p. 360.

4. ARMIN KAUFMANN, *Dogmática*, p. 75. Como expõe GIMBERNAT ORDEIG, a *omissão* não se identifica apenas com a inatividade corporal, pois raramente ela se verifica. Em regra, o *omitente* deixa de atuar como esperado ou exigido, mas se comporta positivamente em outro sentido. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, p. 23.

dormir e saltar. Omite-se tanto o salva-vidas que permanece inerte enquanto o banhista se afoga como aquele que conversa animadamente com outra pessoa e deixa de agir na mesma situação. Tanto o médico que assiste impassível à agonia do paciente como aquele que almoça ativamente diante do mesmo contexto fático.

Diante disso, com paciência e resignação, passa-se à primeira pergunta: o que é *omissão*? No que consiste um *não comportamento*? Tais respostas são premissas necessárias para um segundo passo, que será a análise da legitimidade de *punir essa conduta negativa* por meio do direito penal.

2. Da omissão como categoria do comportamento humano

2.1 Breve exposição das posições doutrinárias

2.1.1. Precursores

O primeiro passo é definir *omissão*. Nesse momento não importa identificar as consequências desse *comportamento*, se ele é apto a justificar uma *pena* ou qualquer outra consequência jurídica. Trata-se apenas de entender no que consiste o *comportamento omissivo*.

Na doutrina, a definição da *omissão* sempre foi tormentosa. No final do século XIX e início do século XX definia-se a ação como *movimento corporal externo voluntário*⁵ e a *omissão* como um não agir *voluntário*. Essa *voluntariedade* distinguiria as *condutas humanas* das forças naturais e dos movimentos reflexos. O *querer* era o *elemento comum* entre a *ação* e a *omissão*.

Nesse sentido, BELING define a *omissão* como um *fazer nada voluntário*.⁶ Da mesma forma, para ENGLISH a *omissão* é um *comportamento* como a *ação*, uma *tomada de posição* diante da possibilidade de intervenção em determinado contexto,⁷ ou da *não aplicação de energia* em uma direção.⁸ Entre nós, NORONHA define a *omissão* como uma *espécie de ação*, porque se trata de um *comportamento*, de uma *manifestação externa*, que embora não se concretize em um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade, que pode ser submetida à vontade humana.⁹

5. Por todos, VON LISZT, *Tratado*, p. 210: “Acção é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior, referível à vontade do homem.”

6. Nos anos 1970, BAUMANN defendeu ideia similar, indicando a *omissão* como um *não fazer voluntário*, de forma que os elementos de *domínio*, *capacidade de agir* ou *expectativa* são inseridos pela tipicidade ou pela antijuridicidade, mas não estruturam o conceito de *omissão*, em SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 24.

7. Em SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 105.

8. No mesmo sentido, LANSÉN, em SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 106.

9. NORONHA, *Direito Penal*, p. 106. No mesmo sentido, COSTA E SILVA indica que a *omissão* é uma modalidade de *ação*, na qual falta de um movimento corpóreo, em *Código*

Em suma, entendia-se a *omissão* como um *não fazer* algo, que só adquiria sentido quando acompanhado de uma *vontade consciente* de *não fazer*. Quem olha uma pessoa se afogando e não age com *intenção* está se omitindo. Quem não salva o afogado porque está dormindo *não se omite*, porque sua inatividade não é *voluntária*.

Tal conceito pode satisfazer a busca por um significado *amplo* de omissão, mas tem pouca valia para o mundo jurídico. Definir a *omissão* como um *não fazer consciente* não indica quais as condutas omissivas que merecem atenção do direito, ou que merecem censura social. Estamos o tempo todo *deixando* de praticar atividades de forma *consciente*. Quando decidimos sair de casa, *omitimos* ficar em casa. Quando decidimos sair de carro, *omitimos* andar de ônibus. Em suma, estamos o tempo todo *deixando conscientemente* de fazer algo, *omitindo* comportamentos. No entanto poucas dessas *omissões* são relevantes para a organização social ou para o mundo jurídico.

Por isso é preciso mais um passo para definir a *omissão* para os fins desse trabalho – ou seja, para chegar-se a quais omissões interessam ao direito penal. É preciso identificar quais das inúmeras *omissões conscientes* podem ser *relevantes* sob um ponto de vista social ou jurídico. Quais são *importantes* ou ao menos *chamam a atenção*. Em outras palavras, é *normatizar* o conceito de *omissão*, *valorar* dentre todas as *omissões* quais aquelas que merecem *destaque*.

Nesse sentido, autores começam a apontar que a *omissão* – como *não fazer voluntário* – só será *relevante* quando se esperava do omitente uma *ação*, um *comportamento positivo*.¹⁰ Surge a *teoria da expectativa*, para a qual não existe *omissão* em si, mas apenas a omissão de *algo esperado*, ou seja, o conceito só existe diante de uma *expectativa*, proveniente do mundo dos *valores*.¹¹

Assim, se alguém decide ir para casa a pé, *omite conscientemente* ir de carro. Tal *omissão* será *irrelevante* se ninguém *espera* que essa pessoa vá de carro, se não há *expectativa* de realização dessa conduta *omitida*. Porém, se tal agente combinou de dar carona para terceiro, este *espera* que ele ande de carro e

Penal, p. 9. Também defende que a ação compreende a omissão, ANIBAL BRUNO, *Direito penal*, I, p. 310. No mesmo sentido, FARIA, *Código Penal*, II, p. 117.

10. MEZGER, *Tratado*, p. 288. Mesmo VON LISZT já concebia a omissão como um *não fazer algo esperado*, adicionando a *expectativa* ao conceito de *omissão*. Entre nós, ANIBAL BRUNO, para quem a omissão é um instituto natural, uma inação, que se completa por um elemento normativo, composto da ação *esperada*, em *Direito penal*, I, p. 310. Para FRAGOSO, a omissão não existe no plano ontológico, mas apenas no normativo, em *Crimes omissivos*, p. 12. No mesmo sentido, FARIA, *Código Penal*, II, p. 117 e COSTA JR, *Do nexu causal*, p. 18.

11. Segundo BACIGALUPO ZAPATER, esta teoria foi proposta por ROHLAND no início do século XX, em *Delitos impróprios*, p. 85. Nessa linha, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 295; e JESCHECK, *Tratado*, p. 559 (omissão não significa não fazer nada, mas não fazer algo determinado). Também JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, p. 391 e BITENCOURT, *Alguns aspectos*, p. 12.

o transporte também. A frustração dessa *expectativa* torna a *omissão consciente* (omissão ontológica) em *omissão relevante* (omissão normativista) – ao menos sob a ótica daquele que viu afetadas suas pretensões.

A *expectativa* que normatiza a *omissão*, para alguns, está atrelada à sua *relevância social*, de forma que apenas sobre frustrações com essas características se erige o conceito material de omissão penalmente relevante.¹² Por outro lado, outros autores passaram a postular que essa expectativa frustrada que caracteriza a omissão não é prévia ao direito, mas é criada por este no plano *jurídico*.¹³ Seja como for, a característica dessa forma de pensar é a identificação da *expectativa* como elemento normativo integrante da *omissão*.

2.1.2. A omissão ontológica

Porém, a sustentação do conceito de omissão em uma *expectativa* encontra obstáculo na *imprecisão*.¹⁴ O que se entende por *expectativa* e qual o seu conteúdo?

A percepção de que a indeterminação desse referente *normativo* pode levar a um *relativismo axiológico* de consequências políticas sensíveis orientou a busca por elementos *ontológicos* constitutivos da omissão (e também da ação).¹⁵ Em outras palavras, alguns autores entenderam que fazer depender o conceito de *omissão* da *expectativa* de outras pessoas sobre o comportamento torna imprecisa sua definição.¹⁶ Ademais, a teoria da *expectativa* dificultaria distinguir a *ação* da *omissão*, uma vez que a *ação* também é uma *omissão de algo esperado*.¹⁷

No caso do cidadão que decide ir para casa a pé, sob a ótica de quem esperava a carona no carro há uma *omissão* do motorista – que *deixou de ir de carro* – mas também uma *ação* – ir a pé quando havia uma expectativa que ele fosse de carro. Ou seja, sob o plano da *expectativa* não é possível afirmar se houve uma *ação* ou uma *omissão*, de forma que o conceito é imprestável.

12. Nesse sentido, ENGLISH e MAIWALD, mencionados em SILVA SÁNCHEZ, *El delito* p. 104.

13. GALLAS, *La teoría*, p. 18. Para ZAFFARONI, no plano pré-típico não existem *omissões* penalmente relevantes, mas apenas ações, uma vez que, para o autor, a omissão não é um simples *não fazer*, mas um *não fazer algo*. *Tratado de Derecho Penal*, III, p. 450.

14. SCHÜNEMANN, *Fundamentos*, p. 47. Na mesma linha. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 296.

15. CEREZO MIR, *Curso*, p. 255, para quem a omissão tem uma estrutura ontológica prévia a todo juízo de valor.

16. SCHÜNEMANN aponta que a *expectativa social* não tem condições de determinar de forma vinculante a omissão juridicamente relevante porque nem todas as omissões que frustram expectativas sociais podem indicar normas jurídicas ou jurídico-penais. SCHÜNEMANN, *Fundamentos*, p. 49.

17. ARMIN KAUFMANN critica a *teoria da expectativa*, apontando que suas bases não permitem diferenciar a *omissão* da *ação*, uma vez que em ambas existe a *ausência de algo esperado*. ARMIN KAUFMANN, *Dogmática*, p. 75.