

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
NÚCLEO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVI BENATTI CONTE LOPES LIMA

A POSSIBILIDADE DE UMA ALAVANCAGEM MATERIAL DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

Trabalho apresentado no curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Édson Luis Bal-
dan

SÃO PAULO-SP

2022

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO AO PROBLEMA.....	4
CAPÍTULO II – DO OBJETO CONCEITUADO.....	6
1. Do conceito de omissão.....	6
1.1. A visão do conceito sob o prisma da doutrina.....	7
1.2. A omissão ontológica.....	9
1.3. O retorno do normativismo.....	11
1.3.1. A teoria social de ação.....	11
1.3.2. A teoria personalista.....	13
1.3.3. A teoria significativa.....	14
1.4. Tomada de posição.....	16
2. Distinção entre ação e omissão.....	16
2.1. Critério da causalidade.....	18
2.2. Critério do valor normativo.....	19
2.3. Tomada de posição.....	20
3. Omissão própria e imprópria.....	20
3.1. Critério clássico do resultado e mera conduta.....	20
3.2. Critério normológico.....	21
3.3. Critério tipológico.....	22
3.4. Critério ontológico.....	22
3.5. A igualdade à comissão como critério de delimitação.....	23
3.6. A posição de garante do autor.....	23
3.7. Tomada de posição.....	25
CAPÍTULO III – A POSIÇÃO DE GARANTIA.....	26
1. São os delitos de omissão imprópria constitucionais?.....	27
1.1. A proscrição da analogia.....	27
1.2. A proibição da indeterminação da lei penal.....	28
2. A posição de garantidor (artigo 13, §2º, do Código Penal).....	29

2.1. Artigo 13º, §2º, do Código Penal: adoção da teoria dos deveres formais?.....	31
2.2. Obrigação legal (artigo 13º, §2º, alínea a, do Código Penal).....	32
2.3. A assunção (artigo 13º, §2º, alínea b).....	37
2.4. Ingerência (artigo 13º, §2º, alínea c).....	40
3. A posição material de garante.....	41
3.1. A proteção de determinados bens jurídicos e a vigilância de fonte de perigo de Armin Kaufmann.....	43
3.2. O domínio sobre o fundamento do resultado de Bernd Schünemann.....	45
3.2.1. Roxin e a ingerência.....	49
3.3. Os deveres decorrentes de competência institucional e os decorrentes de competência organizativa de Günther Jakobs.....	50
3.4. Critério da origem do risco proposto por Pierpaolo Cruz Bottini.....	53
3.5. Tomada de posição.....	55
4. Garante de proteção e garante de vigilância.....	58
4.1. Garantidor de proteção.....	58
4.1.1. Relações de proteção familiar.....	59
4.1.2. Comunidades de vida.....	61
4.1.3. Assunção de funções de proteção.....	62
4.2. Garante de vigilância sobre uma fonte de perigo.....	66
CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO.....	68

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

O presente trabalho tem como objeto analisar a possibilidade de uma alavancagem material na interpretação das hipóteses de nascimento da posição de garantidor, ou se, por outro lado, as previsões do artigo 13º, §2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código Penal são suficientes.

A Teoria Geral do Crime tem como objetivo determinar as características jurídicas que deve ter uma conduta para que seja qualificada como criminosa. Tais características jurídicas formam o conceito analítico de crime, pelo qual os elementos constitutivos do delito são o fato típico, antijurídico e culpável. Ademais, para que um fato seja típico, deve haver uma conduta humana consciente e voluntária que se conecte a um evento penalmente típico por meio de um nexo de causalidade.

Pois bem. Dentro conceito analítico de delito, desde a corrente mecanicista, a definição de conduta sempre colocou os holofotes na ação humana positiva, isto é, em um fazer. É notório que a dogmática penal foi pensada para solucionar casos em que o autor causava, por um comportamento próprio, um resultado naturalístico no mundo exterior. A seu turno, a omissão foi deixada como espécie sucedânea, um rol marginal na práxis e na ciência jurídica. Por isso, tal espécie de delito pertence a um âmbito em que há uma gama de problemas sem solução.

Eis que a complexa sociedade pós-industrial gera uma crescente interdependência dos indivíduos na vida social, de sorte que cada vez em maior medida a segurança dos bens jurídicos de um sujeito depende da realização de condutas positivas de controle de risco por parte de terceiros. As esferas individuais de organização deixam de ser totalmente autônomas, pois se produz de modo continuado fenômenos de transferência e assunção do asseguramento de esferas alheias. No Direito Penal, este

fenômeno implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão¹. Kurt Seelmann, em sentido similar, observa que há um claro aumento na importância dos delitos omissivos impróprios, o qual se deve à crescente visão assistencialista do Estado e da sociedade². Sob esta ótica, erige-se um sistema penal cujo viés é iminente preventivo, pune-se o “deixar de tomar uma medida de cuidado”. O holofote passa, então, para os delitos omissivos impróprios.

Mas quem é este sujeito a quem o dever de agir é atribuído? Para responder a esta pergunta, em um primeiro iremos definir o conceito de omissão, com a finalidade de delimitar no que consiste o não fazer penalmente relevante e, em sequência, separá-lo do conceito de ação. Em um segundo momento, iremos delimitar as diferenças entre omissão própria e imprópria, com a finalidade de esclarecer as características principais desta última espécie de delito, analisando a sua constitucionalidade e discutindo a necessidade de haver uma equiparação desta a ação positiva para que se justifique a adequação da conduta omissiva a um tipo penal que, em princípio, prevê apenas a modalidade comissiva. Por fim, serão analisadas as correntes da doutrina alemã que buscaram explicar tal fenômeno, com vistas a estudar o artigo 13º, §2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código Penal, com lastro em um conceito material da posição de garantia.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011. p, 17 – 18.

² SEELMANN, Kurt *et al.* *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p, 134.

CAPÍTULO II

OBJETO CONCEITUADO: OMISSÃO IMPRÓPRIA

1. Do conceito de omissão

Omissão, de acordo com o dicionário³, expressa a ideia de falta, lacuna, ausência de ação, inércia. *Omitir*, por sua vez, significa deixar de fazer algo. Todavia, fato é que omitir não necessariamente consiste em um repouso corporal, isto é, em uma falta de ação, em uma inércia. Na verdade, um comportamento omissivo poder ser realizado por meio de uma ação positiva, quando comparada esta a um determinado ponto de referência. Explicamos. Quem vai ao trabalho com seu próprio carro, deixa de ir de transporte público, a pé ou de táxi. É dizer: se colocarmos como ponto de referência “utilizar o transporte público”, conclui-se que o agente se omitiu, pois dirigiu-se ao trabalho por meio de seu automóvel, que se trata de uma ação positiva.

Cabe questionar, portanto, o que seria o comportamento omissivo para fins de Direito Penal. Da inteligência do artigo 13 do Código Penal se despreende que tanto a ação como a omissão podem ser consideradas causa penalmente relevante quando sem estas o resultado não teria ocorrido. No item 12 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal consta:

“(...) pôs-se, portanto, em relevo, a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (nulum crimen sine actione), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.”

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

1.1. A visão do conceito sob o prisma da doutrina

Sob o prisma da doutrina, no final do século XIX e início do XX, a corrente majoritária definia o conceito de ação como simples causação de um resultado no mundo fenomênico por um movimento corpóreo voluntário⁴. Com base nesta visão mecanicista de ação, Von Liszt conceituava a omissão em sentido puramente negativo, como não impedir voluntariamente um resultado, isto é, um deixar de fazer voluntário⁵.

Em sentido similar, mas abandonando a referência ao resultado, Beling determinava que o comportamento omissivo vai além da omissão pura, de modo que o critério para aferir se houve omissão é o movimento corporal voluntário⁶. Francesco Antolisei ensina que a essência da omissão reside justamente em não ter agido de determinada forma, isto é, em não ter realizado estipula ação. É o fato puramente negativo que constitui a omissão⁷.

Em solo nacional, Aníbal Bruno sustentava que a omissão, em seu elemento naturalista, é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omissor, que, embora não possua a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado⁸. No mesmo sentido, Noronha doutrina que a omissão é gênero da espécie “ação”, pois, por ser um comportamento, é uma manifestação externa que, apesar de

⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Campinas: Russell Editores, 2003. p, 221 – 223. Para a corrente naturalista de ação a ideia de vontade tinha apenas a finalidade de distinguir as condutas humanas das forças naturais e dos movimentos corpóreos. Como ensina Juarez Tavares, a referência ao movimento corpóreo segue as rédeas do positivismo mecanicista e corresponde à evolução das ciências naturais. Por positivismo mecanicista, entende-se a forma de explicação dos fenômenos, a respeito da matéria de movimento, com fundamento na teoria de Newton (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. P, 53)

⁵ *Ibidem*. p, 228 – 229.

⁶ BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. Tübingen: Mohr. P, 16. *Apud*: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 53

⁷ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 16. Ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, 226

⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense. p, 297

não se concretizar como um movimento corpóreo, é justamente a abstenção desse movimento⁹.

Observa-se que sob a ótica naturalista o comportamento omissivo constitui um não fazer voluntário, um mero repouso corporal. Sem embargo, tal conceito, apesar de servir para uma visão ampla de omissão, não se no mundo jurídico porque não indica quais condutas omissivas merecem a atenção do Direito¹⁰. A ideia de omissão necessita de delimitação em relação à esfera do Direito Penal, ou seja, deve ser construído como um conceito jurídico.

Diante disso, com a finalidade de limitar a incidência da omissão penalmente relevante, Von Liszt já defendia que o comportamento omissivo é o não-empreendimento de uma ação determinada e esperada. Afinal de contas, “omitir” é um verbo transitivo, quando se deixa de fazer, se deixa de fazer *alguma* coisa. Uma vez que o direito se ocupa apenas e tão somente de fatos injurídicos, a omissão deve ser injurídica, qualidade que terá quando houver um dever jurídico por trás¹¹. Mezger, a seu turno, expunha que a omissão não consiste em um simples “não fazer”, mas sim em um “não fazer algo”. Desta forma, o fundamento de todo delito omissivo seria uma ação esperada¹².

Entre nós, Aníbal Bruno já ponderava que o elemento naturalista da omissão – que consiste em um comportamento negativo –, não revela o conteúdo total do comportamento omissivo. Este é o não cumprimento da ação devida, isto é, aquela ação que se esperava do agente. Com efeito, o elemento naturalista passa a ser valorado sob a ótica do elemento normativo que representa a ação devida¹³. Nessa esteira, Nelson Hungria, com a propriedade de um dos precursores do Código Penal de 1940, ao comentar

⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. vol. I. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p, 95

¹⁰ Sobre o método naturalista, Bernd Schünemann entende que este é inadequado para determinar o conceito de omissão, posto que não pode indicar qual dos distintos conceitos de omissão sustentáveis do ponto de vista das ciências naturais deve ser usado como conceito jurídico de omissão. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p, 47.

¹¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. p, 229.

¹² MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte General*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p, 118

¹³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense. p, 298.

o artigo 11º deste dispositivo legal, expôs que nos delitos omissivos há uma inação contrária ao dever jurídico de agir, a qual constitui, em si mesma, o crime¹⁴.

Paulo José da Costa Júnior ensina que o elemento naturalista da omissão – seja uma conduta positiva, seja uma conduta negativa – deve ser valorado com base em uma norma (jurídica, moral, social, técnica, higiênica, econômica, gramatical, lógica). Neste passo, se a conduta é aquilo que deveria ser, conclui-se não ser uma conduta omissiva; por outro lado, caso o comportamento humano não cumpra a ação imposta pela norma, define-se a conduta como omissiva¹⁵.

1.2. A omissão ontológica

O modelo finalista de ação tem como formulador mais destacado Hans Welzel e como ideia reitora a construção de um conceito de ação que respeitasse os dados da realidade, de modo a se criar um conceito ontológico de ação definido como um exercício da atividade final¹⁶.

Para o Finalismo, o sujeito ativo, antes de exteriorizar a conduta, efetua um processo de representação da realidade empírica e determina o resultado ou modificação que quer produzir no mundo fenomênico, com base em tal representação seleciona os meios para obtê-la e, por fim, desencadeia o processo causal de forma a orientá-lo ao fim imaginado¹⁷.

Para Welzel, o poder da vontade humana não se esgotaria no exercício da atividade final, mas compreenderia também a omissão desta. A omissão seria, assim

¹⁴ HÚNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I. tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. P, 42.

¹⁵ COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *Curso de direito penal*. vol. I. São Paulo: Saraiva. 1995. p, 51

¹⁶ Como ensina Juarez Tavares, a corrente finalista de ação se solidificou no período pós-guerra, contexto de importante recuperação e desenvolvimento de uma sociedade que havia sofrido profundas transformações no âmbito político e jurídico (TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p, 138)

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p, 404.

como a ação, uma forma independente dentro da conduta humana, por conseguinte seria suscetível de ser regida pela vontade dirigida a determinado fim¹⁸.

A partir do ponto de vista ontológico, a omissão não é em si mesma uma ação e sim a omissão de uma ação, de tal sorte que se comportam neste sentido como “A e não A”. Para mais, a omissão necessariamente possui como ponto de referência uma ação determinada. Portanto, a omissão seria um conceito limitativo, seria a omissão de uma conduta possível que está subordinada ao poder final do fato. Em suma: omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a uma determinada ação, a qual deve estar subordinada ao domínio do fato de uma pessoa concreta¹⁹. Há de se destacar, ainda, que aqui o domínio do fato significa a capacidade de controle final da vontade, a capacidade de ação.

Roxin, por outro lado, entende que conceito finalista não é adequado como sistema base do sistema jurídico-penal, pois não se acomoda aos delitos omissivos. De acordo com o professor da Universidade de Munique, uma vez que o omitente não produz energia em direção ao resultado, não dirige ou desencadeia qualquer curso causal, portanto não pode agir de modo final. Ademais, a capacidade de ação não pode constituir um elemento comum e de união entre a comissão e a omissão perante o conceito de conduta, posto que a capacidade para realizar uma ação é algo distinto da ação propriamente dita²⁰. No mesmo sentido, Juarez Tavares afirma que a omissão não se confunde com a capacidade do sujeito de realizar uma atividade positiva, afinal não há que se confundir ação com capacidade de ação, dado que a última é unicamente uma condição do sujeito e não um elemento integrativo do tipo²¹.

Outra crítica formulada por Tavares à teoria finalista é a de que inexistem omissões sem violação do dever de agir. Nesta esteira, uma vez que se associa uma ação ou

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p, 276.

¹⁹ Idem. *Ibidem*. p, 277.

²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p, 240.

²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 248.

uma inatividade a um determinado dever de agir, já se está excluindo a referida atividade ou inatividade sob um enfoque exclusivamente naturalista, pois a essência do dever de agir reside fora do plano ôntico. Na verdade, o dever de agir é fruto de um juízo de valor extraído da própria norma mandamental²².

1.3. O retorno do normativismo

1.3.1. A teoria social de ação

O modelo social de ação, que tem como seus principais precussores Hans-Heinrich Jescheck e Johannes Wessels, aparece como uma teoria conciliadora, na medida em que mescla as teorias causal e final da ação²³²⁴.

Para Wessels, Beuke e Satzger, a ação, no sentido do direito penal, é um comportamento socialmente relevante dominado ou dominável pela vontade humana. Além disso, uma ação será socialmente relevante se afetar as relações do indivíduo com seu entorno, assim como poder ser objeto de um juízo de valor a respeito de suas consequências, sejam desejadas, sejam indesejadas, no meio social. O conceito social de ação compreenderia tanto a vontade de atuar, isto é, a finalidade subjetiva do autor, como as expectativas normativas de comportamento da comunidade jurídica. Outrossim, aqui o comportamento aparece como um conceito geral da ação e de omissão que, a despeito de uma percepção ontológica, sob um prisma normativo seriam formas diversas da aparição de um comportamento portador de vontade²⁵.

²² Idem. Ibidem. p, 248 – 249.

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p, 110 – 111.

²⁴ De acordo com Juarez Tavares, o modelo social de ação pode ser visto como um desdobramento condições materiais do Estado do Bem-Estar Social. (TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. p, 138)

²⁵ WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut. *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacifico, 2018. p, 60. No mesmo sentido: Jescheck, segundo o qual: “o fazer positivo e a omissão podem integrar-se em um conceito de ação unitário quando se alcança a encontrar um ponto de vista superior de carácter valorativo que une no âmbito normativo os elementos que, por sua essência material, resultam incompatíveis. (JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p, 239)

Em sentido análogo, Jescheck e Weigend postulam que a essência do comportamento humano é a finalidade, pois a capacidade para dirigir cursos causais caracteriza a posição do ser humano perante a natureza. No que diz respeito à omissão, esta existe quando, com fundamento ou no Direito, ou na Moral, ou em regras do costume, ou na experiência, era de esperar um fazer ativo, todavia este não foi realizado, embora fosse possível fazê-lo. Portanto, na omissão, além de o evento poder ser dirigido pelo autor, deve-se observar um juízo normativo pela expectativa de comportamento²⁶.

Insta salientar, ainda, que, como ensina Juarez Cirino, ao fim e ao cabo, a única diferença entre os conceitos social e final de ação, ao menos dos sistemas propostos por Wessels, Beuke e Satzger, como também por Jescheck e Weigend, seria a relevância social, cujo conteúdo se trata de elemento normativo que é incorporado como elemento superior tanto da ação como da omissão²⁷.

Para Miguel Reale Júnior, a omissão possui um substrato naturalístico, mas a sua relevância penal está sujeita a um enfoque normativo, de modo que do mundo das omissões se sobressaem aquelas que se enquadram como típicas²⁸.

Observa-se que nesta corrente nasce a teoria da expectativa social, pela qual a relevância da omissão resta condicionada a uma expectativa proveniente do mundo dos valores, assim não existe omissão em si, mas a omissão de algo esperado²⁹. Em suma: a essência da omissão seria a frustração de uma expectativa. Aqui, antes da valorização jurídica, há, na omissão, um elemento axiológico de ordem social

²⁶ JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 238.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 113.

²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. Editora Revista dos Tribunais, 1998. p, 181 - 182

²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p, 25.

Todavia, como expõe Bottini, o conceito de omissão com base em uma expectativa repousa na imprecisão. A flutuação desse referente normativo pode dar margem a um relativismo axiológico de consequências políticas sensíveis³⁰. Na mesma linha, Bernd Schünemann afirma que ao trocar a dogmática jurídica por métodos sociológico-jurídicos tem duas consequências negativas: reduz a força vinculante que caracteriza o ordenamento jurídico em face de outros sistemas de normas sociais e o princípio da segurança jurídica seria ferido³¹.

Além disso, a omissão contrária a uma expectativa social de ação não precisa ser certamente juridicamente relevante, tampouco é condição-suficiente para que haja relevância jurídico-penal. Isso porque, o Direito é somente um entre os sistemas normativos com efetividade social, de tal sorte que a mera relevância social por si só pode significar nada para o Direito³².

1.3.2. A teoria personalista

Partindo de um conceito funcionalista, Claus Roxin propõe um conceito personalista de ação, pela qual ação seria uma manifestação de personalidade que abrange todo acontecimento atribuível a um ser humano em função de seu centro anímico-espiritual³³. A finalidade desta proposição é excluir os fenômenos meramente somáticos-corporais insuscetíveis de controle pela vontade do homem, tais como os atos reflexos e a força física irresistível.

A manifestação da personalidade é alocada como elemento básico para abarcar todas as formas de expressão da conduta delitiva, portanto se aplica à omissão. Para exemplificar, Roxin cita o exemplo de alguém, em um grupo de reza ou canto, que não reza ou canta com os demais, de forma a se omitir de uma oração ou cântico conjunto.

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 26.

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 48.

³² Idem, *ibidem*. p, 49.

³³ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. tomo I. p, 252.

Este “não fazer com os demais” é uma manifestação da vontade, tanto quanto seria a ativa participação na atividade comum³⁴.

Outrossim, a omissão deve fundamentar-se em uma expectativa de ação pautada em um valor social para o indivíduo, é dizer: porquanto haja uma expectativa social de aquela ação seja realizada, pode se falar em conduta omissiva. Tal como a ação, a omissão seria, em princípio, pré-típica, devido a valores sociais que são impostos ao indivíduo, de sorte a tornar-se típica apenas quando há um interesse jurídico-penal posterior.

Neste sentido, a omissão, por exemplo, da “ajuda esperada” apenas se tornaria típica quando há uma expectativa jurídico-penal, como no caso da omissão de socorro, tipificado no artigo 135 do Código Penal. Há, ainda, casos em que a omissão se constitui somente devido a uma expectativa jurídico-penal, ou seja, não há um substrato pré-típico, seria o exemplo da obrigação de pagar imposto, porque antes da imposição estatal não havia qualquer expectativa de ação³⁵.

Com efeito, em que pese a omissão seja de caráter ontológico, sua relevância penal está condicionada a uma normatização, cuja movimentação se dá em função da expectativa social e, para que tenha relevância jurídico penal, a ordem jurídica deve aguardá-la como um instrumento de proteção do bem jurídico.

1.3.3. A teoria significativa

Muñoz Conde e García Arán, seguindo o modelo de ação significativa, proposto por Vives Anton, afirmam que o conceito de ação não pode ser somente ontológico, uma vez que depende de certas valorações, as quais dotam o fato de sentido³⁶. Em

³⁴ Idem. *Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas-Tomson Reuters, 2014. p, 755.

³⁵ Idem. *Ibidem*. p, 755.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p, 217

outras palavras, para esta corrente, além dos aspectos puramente causais e finais da conduta, é necessário situá-los em um determinado contexto intersubjetivo de forma a lhe dar conteúdo comunicativo, social e jurídico, ou seja, seu significado³⁷.

Para esta corrente, não existe uma omissão em si, mas omissão de uma ação que se pode fazer, a qual deve estar vinculada a uma ação determinada. A omissão penalmente relevante somente pode ser a omissão de uma ação esperada³⁸.

Assim, de todo leque de ações possíveis que o sujeito pode realizar, o ordenamento jurídico-penal somente se interessa por aquelas que espera algo do sujeito, na medida que impõe a este o dever de realizá-la. O delito omissivo tem como fundamento o não fazer de uma determinada ação que o sujeito tinha a obrigação de realizar; a sua essência é, pois, a infração de um dever jurídico. Todavia, não é qualquer dever que é idôneo para lastrear a relevância penal, mas sim um dever jurídico, cujo a essência é a proteção de um bem jurídico protegido pelo tipo penal³⁹.

No modelo significativo, o fundamento da omissão é vinculado à norma jurídica de referência utilizada para valorar a conduta humana, conseqüentemente está condicionada ao dever imposto ao sujeito. Tal dever, ainda, é ligado à estrutura do injusto de cada delito, isto é, à tipicidade e a antijuridicidade⁴⁰.

Sobre tal corrente, Juarez Tavares expõe que ao situar a omissão dentro do injusto, Muñoz Conde se afasta da teoria social da ação e do modelo proposto por Roxin, porque estes vêm na omissão um elemento axiológico da ordem social anterior à valoração jurídica⁴¹.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. p, 218.

³⁸ Idem, ibidem. p, 238.

³⁹ Idem, ibidem. p, 239. Em solo nacional, adotando a teoria significativa de ação para tratar da omissão: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p, 270 - 271

⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 254.

⁴¹ Idem. Ibidem. p, 254.

1.4. Tomada de posição

A omissão não existe em si mesma, sua aparição além de estar condicionada a uma ação, encontra-se vinculada à expectativa de que tal ação fosse realizada. Com efeito, a omissão apenas pode ser vista porquanto seja comparada com uma ação de referência.

Noutro giro, não se pode perder de vista que o fato antes de se tornar em um fato jurídico, ele é um fato social. Logo, antes de haver uma valoração jurídica deste, é a sociedade que o valora. Todavia, a expectativa social não é condição suficiente para que se possa falar em relevância penal, posto que há fatos antiéticos, imorais, desleais e desviantes que não são juridico-penalmente relevantes. E isso se dá pela própria função do Direito Penal, cujo objetivo é a proteção exclusiva e subsidiária dos bens jurídicos.

Não é somente a expectativa social que fundamenta a relevância de não fazer uma ação esperada, mas sim a possibilidade de aquela ação, em determinada situação no espaço-tempo, pudera resguardar um bem jurídico que se encontrava em perigo. É dizer: a omissão deve possuir um fundo político-criminal. E por ser possível salvar um bem jurídico em perigo, o legislador impõe um dever ao particular. Portanto, ao fim e ao cabo, não é a expectativa social que fundamenta uma omissão penalmente relevante, mas sim um dever legal, ou dever jurídico, de evitar a lesão a um bem jurídico em perigo, quando pode fazê-lo. A inobservância deste dever-poder constitui o comportamento omissivo.

2. Distinção entre ação e omissão

Um ponto importante a ser estudado, especialmente nos crimes materiais, é como e mediante quais princípios se distinguem a ação e a omissão, afinal de contas o próprio processo de imputação que será aplicado ao caso concreto será diferente em ambos os casos. Por exemplo, caso se esteja diante de um tipo penal que não possui

previsão da modalidade omissiva, conseqüentemente somente será possível a imputação do agente ao resultado proibido se aplicarmos a regra extensiva da omissão imprópria, portanto seria imprescindível estar caracteriza a posição de garante do autor.

Como ensina Jorge de Figueiredo Dias, a delimitação entre ação e omissão, em princípio, se dará em função da compreensão natural das coisas: uma mãe que mata o seu filho ministrando-lhe leite envenenado perpetra, seguramente, um comportamento ativo; ao passo que é omissiva a conduta daquela que determina a morte do recém-nascido ao deixar de o alimentar. Todavia, a compreensão natural enfraquece quando colocada ante os casos de crime material que a doutrina denomina de ambivalentes, de dupla relevância, ou de duplo significado⁴². Notadamente, tais casos, em sua maioria, consistem em delitos culposos que a infração ao dever de cuidado se dá mediante uma ação levada a cabo sem as devidas precauções, é dizer: uma norma proibitiva é infringida por meio de um anterior desrespeito a uma norma mandamental, de tal forma que podem ser entendidos, a princípio, tanto como uma ação, quanto como uma omissão⁴³.

Para ilustrar, podemos trabalhar com o seguinte exemplo: um fabricante de pincéis que entrega a seus funcionários, para serem por estes manipulados, pelos de cabra, sem antes submetê-los a um processo de desinfecção, processo que devia ter realizado, por isso alguns empregados contraem carbúnculo. Aqui ofensa a integridade física deve ser imputada por uma ação (devido à entrega ativa dos pincéis) ou uma omissão (pela não desinfecção dos pelos de cabras)?⁴⁴

E dado tais casos limites, a delimitação entre ação e omissão foi objeto de atenção da doutrina, a seguir serão expostos principais critérios de distinção.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. p, 1.058 – 1.059.

⁴³ JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 649.

⁴⁴ Exemplo retirado de JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 629.

2.1. Critério da causalidade

Jescheck e Weigend adotam o critério da causalidade, pelo qual haverá comissão quando o sujeito desenvolver um processo causal material no sentido de produzir dolosa ou culposamente o resultado proibido. Por outro lado, quando em relação à ação positiva faltar a antijuridicidade, ou a culpabilidade, caberá perguntar se o autor omitiu um fato positivo esperado e que poderia ter evitado o resultado⁴⁵. De acordo com Enrique Bacigalupo, Hans-Joachim Rudolphi adota um ponto de vista similar: a diferença dependerá do fato de o agente ter impulsionado mediante uma energia positiva o curso causal ou ter deixado de empregar a energia necessária para em um curso causal não criado por ele. No primeiro cenário trata-se de comissão, enquanto no segundo, omissão⁴⁶.

De acordo com tal critério, o dono da fábrica, ao entregar os pincéis, teria criado um curso causal material no sentido do resultado próprio, logo estaríamos de diante de uma ação.

Há, ainda, ramificações da teoria da causalidade, como a defendida por Jorge de Figueiredo Dias, adotando a tese de Stratenwerth, segundo o qual a matéria deve ser decidida com base na imputação objetiva de acordo com a forma de criação do risco para o bem jurídico: ao agente deve ser imputada uma ação sempre que ele criou ou aumento o risco que vem a se concretizar no resultado; será imputado a ele uma omissão sempre que não diminuir tal perigo⁴⁷.

2.2. Critério do valor normativo

⁴⁵ JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 650

⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p, 487. Também adotando o critério da causalidade: WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*, 1970. p, 280.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. p, 1.061.

Em sentido contrário ao critério da causalidade, há o critério normativo e valorativo, no qual não é a causalidade o foco, mas sim uma valoração segundo o sentido social, segundo o sentido da reprovação, ou segundo o centro da gravidade da reprovabilidade. Esse critério parte de Mezger, o qual doutrina que a distinção entre ação e omissão não reside na forma externa do caso particular, mas sim deve levar em consideração o objeto contra o qual se dirige a reprovação jurídica⁴⁸. Também assumindo que se trata de uma questão valorativa, Wessels, Beuke e Satzger defendem que a orientação deve se dar a partir de onde reside o essencial do comportamento juridicamente relevante, com base em uma valoração normativa que leva a cabo o sentido social da ação⁴⁹.

Ao aplicarmos tal critério ao caso dos pincéis de cabra, a conduta do dono da fábrica deixaria de ser comissiva e passaria a ser omissiva, pois a reprovação reside na falta de desinfecção dos materiais para que fossem manejados pelos empregados. Afinal de contas, caso o fabricante tivesse entregue os materiais após o controle da bactéria, não estar-se-ia diante de uma conduta penalmente relevante, ou seja, o foco do injusto está na inobservância da norma mandamental.

Roxin, em contrapartida, entende que a fórmula do centro de gravidade da reprovabilidade designa um círculo vicioso, porque naturalmente nos delitos comissivos a reprovação se dirige a comissão e nos delitos omissivos à omissão. Para se saber a direção da reprovação, é necessário decidir, primeiramente, pela admissão de um delito de comissão ou de omissão. Além disso, o professor da Universidade de Munique pontua que não há um critério estabelecido de como se determinar o “centro de gravidade” da reprovabilidade ou o “sentido social” de um fato, portanto se pode dirigir a reprovação tanto para a reprovação da atividade de risco, quanto para a inobservância da medida

⁴⁸ MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte General*. p, 119.

⁴⁹ WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut. *Derecho Penal. Parte General*. p, 493.

de cuidado. Portanto, a distinção entre ação e omissão seria arbitrária, flutuando a mercê de um juízo de sentimento irracional⁵⁰.

2.3. Tomada de posição

No presente trabalho, caso não seja possível solucionar a distinção como base na “natureza das coisas”, será adota a teoria da causalidade, pela qual se deve tentar, em um primeiro, analisar a existência de uma causalidade comissiva. Caso se observe um comportamento humano que dá cabo, de acordo com as leis naturais, a um nexo de causalidade material em direção à lesão ou perigo ao bem, deve-se examinar, a princípio, um delito comissivo. Por outro lado, se faltar tal conexão, é preciso analisar se estão presentes os pressupostos da omissão e, caso o legislador penal não tenha previsto a modalidade omissiva para o determinado, terá que se analisar a eventual posição de garantia do sujeito.

3. Omissão própria e imprópria

3.1. Critério clássico do resultado e mera conduta

A primeira distinção proposta pela doutrina, que tem origem em Henrich Lunden⁵¹, dá-se por meio do critério da referência ao resultado. A omissão própria seria a simples abstenção do dever de agir, sem exigir um resultado material, cuja superveniência será irrelevante para a consumação do crime, portanto se trataria de um crime de

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 783.

⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 308.

mera conduta. Por outro lado, a omissão imprópria exigiria uma relação causal em relação a um resultado concreto⁵². Em solo nacional, esse critério é adotado por Luciano Anderson de Souza⁵³.

Ao adotar tal critério, seriam crimes omissivos puros, por exemplo, a omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal), a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal), abandono material (artigo 244 do Código Penal), abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal) e omissão de notificação de doença (artigo 269 do Código Penal). Assim como, o artigo 68 da Lei de Crimes Ambientais⁵⁴ e o artigo 12 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional⁵⁵.

3.2. Critério normológico

Aqui a diferença entre omissão pura e impura reside na natureza da norma penal transgredida: a primeira seria uma violação de uma norma mandamental, ao passo que a segunda seria constituída por via da infringência de uma norma proibitiva⁵⁶.

Parece-nos que Cezar Roberto Bitencourt adota uma espécie de intersecção entre o critério clássico e o normológico ao asseverar que a omissão pura seria a infração a uma norma mandamental cujo conteúdo do injusto se esgotaria no mero não atuar, enquanto o crime omissivo impróprio seria a transgressão de uma norma proibitiva de não evitar um resultado⁵⁷.

⁵² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editora Reppertor, 2006. p, 313. No mesmo sentido: sentido: LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. p, 228; MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte General*. p, 118..

⁵³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*. vol. I. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p, 228. Todavia, Luciano Anderson aplica, ainda, o critério tipológico.

⁵⁴ Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

⁵⁵ “Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. vol. I. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p, 568.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol. I. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p, 328 - 329.

O critério normológico é refutado por grande parte da doutrina, pois tanto na omissão própria, quanto na omissão imprópria, a conduta do agente viola uma norma mandamental, e não de proibição, o sentido normativo expressa um mandato de agir de determinada forma, exige uma conduta positiva. A norma, portanto, expressa uma ordem seja qual for o contexto ou a natureza do comportamento⁵⁸.

3.3. Critério tipológico

O critério tipológico, proposto por Armin Kaufmann, distancia os conceitos de omissão pura e comissão por omissão por meio do direito positivo. Omissão própria e imprópria teriam a mesma estrutura dogmática, todavia a diferença estaria no fato de as omissões puras possuírem tipificação na lei penal, já a omissão imprópria não gozaria de tal previsão expressa, sendo necessária uma norma extensiva⁵⁹.

Jorge de Figueiredo Dias, em sentido similar, entende que os crimes próprios de omissão seriam aqueles que a Parte Especial da Lei Penal faz referência expressa como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fáticos de onde deriva o dever de atuar. A seu turno, os delitos impuros de omissão seriam os não descritos no tipo penal, mas a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, a qual estaria prevista na Parte Geral⁶⁰.

3.4. Critério ontológico

Schünemann, por outro lado, afasta-se das distinções legislativas e normativas, defendendo uma distinção com base na estrutura ontológica das espécies de omissão. Os delitos de omissão não expressos no texto legal devem ser equiparados aos

⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 55; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial – A omissão do empresário como crime*. In: Coleção de Ciência Penal Contemporânea. vol. V. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018. p, 85.

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 55

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. p, 1.064. No caso do Direito penal português a cláusula legal de equiparação encontra-se prevista no artigo 10–. -1 e 2 do Código Penal.

delitos comissivos sob um ponto vista pré-jurídico penal; a omissão imprópria seria, pois, a não realização, equivalente a comissão, de uma ação individualmente possível⁶¹. Outrossim, os crimes comissivos por omissão estariam previstos nos tipos penais de resultado que abrangeriam tanto a ação, como omissão. E este é um ponto fundamental da teoria de Schünemann: o delito comissivo e o delito omissivo impróprio são duas formas de manifestação do “tipo total”, cuja realização pode ser mediante a ação descritiva do tipo ou por meio da não evitação, por parte do garante, do resultado. Não é necessário, assim, recorrer a uma norma extensiva, como faz o critério tipológico⁶². Já as omissões próprias seriam as previsões expressas na lei penal que não são passíveis de serem realizadas por um agir positivo.

3.5. A igualdade à comissão como critério de delimitação

Para Roxin, o juízo mais adequado de delimitação se deve dar por meio da existência ou não da igualdade à comissão, pois os delitos comissivos por omissão, isto é, omissivos impróprios, o não fazer, na ótica do legislador, é equiparado à ação. Tal equiparação pode se dar por meio de uma cláusula geral, ou por uma previsão específica na Parte Especial. Portanto, conforme expõe Bottini, aplicando tal critério no ordenamento jurídico brasileiro, serão omissões impróprias tanto aquelas previstas no §2º do artigo 13 do Código Penal, como aquelas que aparecem ao lado dos delitos comissivos, em um mesmo grau de reprovabilidade, por exemplo, o ato de omitir informação às autoridades fazendárias, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, que é prevista ao lado do ato de prestar declaração falsa⁶³. É possível, ainda, afirmar que a partir do critério de Roxin, o ato de deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, previsto no crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal) também seria uma omissão imprópria, posto que prevista ao lado do ato de praticá-lo contra disposição expressa da lei, em um mesmo grau de reprovabilidade.

⁶¹SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 74.

⁶² Idem, *Ibidem*. p, 88. Outro ponto importante a ser destacado é que Schünemann escreveu sua tese em 1971, quatro anos antes da criação da cláusula geral de equiparação da omissão imprópria, prevista no §13º do Strafgesetzbuch.

⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão impropria*. p, 56.

3.6. A posição de garante do autor

Saindo do plano legislativo, há autores que defendem que a distinção se encontra na qualidade especial do autor, ou seja, na posição de garante. A omissão própria seria um crime comum, cujo fundamento se encontraria na inobservância do dever geral de assistência, o qual se estende a toda coletividade. Por outro lado, nos delitos de omissão imprópria haveria uma condição especial do autor, uma posição jurídica que impõem um dever especial de evitar o resultado. E justamente devido a essa especial relação do sujeito com o bem jurídico em perigo, a sua omissão é equivalente à produção do resultado por meio de uma ação⁶⁴.

Juarez Tavares, defende que, em um primeiro plano, a distinção deve ser realizada pelo critério do sujeito e condiciona tal critério à estrutura normativa. Isso porque, o autor acredita que os delitos omissivos impróprios estão relacionados tanto a uma norma mandamental, como a uma norma proibitiva, ao mesmo tempo, e se condicionam às qualidades específicas do sujeito que está na posição de garantidor. Em outras palavras, na comissão por omissão ocorre a violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Como estão referenciados a uma norma proibitiva o dever imposto pela norma mandamental tem como objetivo evitar um resultado lesivo ao bem jurídico. Assim, não se trata de um dever geral de assistência, o dever especial de atuar está vinculado à um resultado proibido. Por tal critério, o crime de facilitação do contrabando ou descaminho, previsto no artigo 318 do Código Penal, o qual admite tanto a forma comissiva, como omissiva, quando cometida por omissão, apenas pode ser caracterizada quando for um delito de omissão imprópria, pois os funcionários possuem um dever especial de impedir a consumação do contrabando e do descaminho; há, portanto, a violação de uma norma proibitiva, por meio de uma omissão. Prossegue

⁶⁴ Adotando este critério: WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut. *Derecho Penal. Parte General*. p, 490. Em solo nacional: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. p, 271; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial – A omissão do empresário como crime*. p, 85. Juarez Cirino, por sua vez, defende a aplicação do critério da posição do sujeito, mas a adapta com a distinção entre a mera conduta e o resultado (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 209.)

Tavares que o mesmo ocorre com a Lei de Tortura (artigo 1º, §2º)⁶⁵, porque a norma mandamental de evitar está referenciada a norma proibitiva de praticar a tortura, logo a omissão não violaria um dever geral de assistência, mas sim um dever específico de evitar o resultado lesivo⁶⁶. Por outro lado, adotando tal critério o ato de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, previsto no crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal), irá deixar de ser um crime omissivo impróprio e passará a ser de omissão pura, posto que o injusto abriga apenas uma norma mandamental.

3.7. Tomada de posição

Imagine, o leitor, a seguinte situação: dois banhistas aproveitam um dia de praia, eis que avistam um nadador se afogando atrás da zona de rebentação. Caso ambos os banhistas permaneçam inertes, de tal forma a deixarem que o nadador se afogue, não há dúvidas que responderão por omissão de socorro, crime tipificado no artigo 135 do Código Penal, crime de omissão própria, porque não observaram um dever geral de assistência. Agora, façamos a seguinte alteração no exemplo: um dos banhistas passa a exercer o cargo de salva-vidas na praia e também assiste passivo o nadador imergir. Neste cenário, enquanto as omissões do banhista permanece se adequando no tipo penal de omissão de socorro, o salva-vidas irá responder por homicídio, culposo ou doloso, tipificado no artigo 121 do Código Penal, com fundamento na norma extensiva prevista no artigo 13º, §2º. E isso se dá justamente pela especial qualidade do salva-vidas, isto é, pela sua especial relação com o bem jurídico em perigo. Portanto, ao fim e ao cabo, o que define a distinção entre omissão pura e impura, não é a previsão na parte especial, e sim a posição de garante do agente, posto que é justamente devido a esta especial

⁶⁵ Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 310.

condição que a omissão equipara-se à ação, como veremos no decorrer do presente trabalho. Assim sendo, com base em tal distinção, chegamos à conclusão que a omissão imprópria, ou a comissão por omissão, é o deixar de fazer que se torna punível pois devido à sua posição de garante do sujeito ativo foi-lhe atribuído o dever impedir o resultado, dever este que o sujeito detinha a capacidade físico real de cumprir.

CAPÍTULO III

A POSIÇÃO DE GARANTIA

Uma vez definido o conceito de omissão imprópria, cabe, agora, discorrer sobre a sua estrutura. A doutrina majoritária entende que para imputação do resultado como obra do omitente a título de comissão por omissão são exigidos os seguintes pressupostos do tipo objetivo: **(a)** a situação típica, **(b)** a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitar o resultado a despeito da possibilidade jurídica de fazê-la, **(c)** a causalidade, **(d)** a imputação objetiva e, por fim, **(e)** a posição de garante⁶⁷.

Outrossim, é importante trazer à baila o interessante apontamento de Heloísa Estellita no sentido de que embora seja costumeiro analisar a posição de garantidor na última etapa do exame, é correto que tal ordem pode ser alterada objetivando evitar análises desnecessárias nos casos em que o fato *sub examine* não se adequa a um crime de omissão própria previsto na Parte Especial ou na legislação extravagante. Por exemplo, é coerente analisarmos todos os pressupostos de uma omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal) e, caso falte a posição de garantidor, subsumir a conduta em tal tipo objetivo. Por outro lado, não havendo previsão específica de delito omissivo puro, a relevância penal do fato dependerá da posição de garantidor do omitente, razão pela qual é mais produtivo passar diretamente à análise da posição de garantia após o exame da situação típica e da ocorrência do resultado⁶⁸.

Não obstante, antes de adentrarmos na análise de tais elementos estruturais, o primeiro questionamento a ser superado diz respeito à compatibilidade da omissão imprópria com o princípio da legalidade.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I.* p, 1.080; ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas 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.* São Paulo: Marcial Pons, 2017. p, 78; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general.* p, 318.

⁶⁸ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...).* p, 78

1. São os delitos de omissão imprópria constitucionais?

Parte da doutrina entende que há uma aparente incompatibilidade entre os delitos de omissão imprópria e o princípio da legalidade penal, notadamente em relação a suas vertentes da proibição da analogia e da taxatividade da lei penal⁶⁹. E pela violação de tal princípio, os delitos comissivos por omissão seriam inconstitucionais.

1.1. A proscrição da analogia

A analogia seria espécie de raciocínio cuja finalidade é completar o texto legal por meio da transferência da solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente no ordenamento jurídico⁷⁰. Tal processo argumentativo, no Direito Penal, estende a abrangência do tipo penal no sentido de proibir o que a lei não proíbe, considerar reprovável o que a lei não reprova, ou punir o que por meio dela não é penalizado⁷¹. Portanto, por alargar o conteúdo do tipo, viola o princípio da legalidade penal estrita, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

Pois bem. Caso se considere que os tipos legais de resultado devem ser lidos como uma descrição de condutas que causem o resultado no sentido de desencadear uma força mecânica em direção a este, então a extensão por via da omissão imprópria configuraria, em princípio, uma analogia, posto que criaria ilegalmente tipos penais não escritos⁷². A tal crítica argumenta-se que o termo “conduta” é uma expressão de conveniência, é uma ficção⁷³, que admite a interpretação simultânea como ação e omissão de ação que produzem o evento, por exemplo, no tipo penal de homicídio, posto que é um tipo de forma livre, o verbo “matar” pode ser operado tanto por uma fazer positivo, como

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 764; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 210.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal: parte geral*. vol. I. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p, 334.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl/ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.. p, 160.

⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 210.

⁷³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p, 221

por um “não fazer”. Não obstante, tal crítica carece de razão na medida em que se aceitarmos que todo tipo objetivo engloba tanto ações como omissões, não seria necessária uma norma extensiva, a qual se encontra prevista no artigo 13º, §2º, do Código Penal.

Por outro lado, o argumento da analogia cai por terra diante justamente da previsão do artigo 13º, §2º, do Código Penal, cuja essência é de norma extensiva que atribui a autoria do fato ao omitente que possui o dever de impedir o resultado típico⁷⁴. É dizer: a norma prevista em tal dispositivo permite a equiparação de omissão à ação por meio de processo hermenêutico sem que se ofenda o princípio da legalidade. Em suma, a posição de garantidor seria elemento normativo de autoria⁷⁵, o que seria independente de repetição nas definições legais⁷⁶.

Portanto, a inconstitucionalidade dos delitos de omissão imprópria em razão da proibição da analogia é insustentável.

1.2. A proibição da indeterminação da lei penal

Pelo subprincípio da taxatividade, a norma penal deve ser determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência, na medida em que, caso contrário, não seria dada a possibilidade de o cidadão tomar conhecimento dos limites da licitude penal e, com base nisso, pautar as suas relações sociais⁷⁷. O instrumento de atribuição da responsabilidade por meio de delitos comissivos por omissão violaria tal garantia constitucional, pois não determina se todos os bens jurídicos dos tipos de resultado são atribuíveis ao garantidor, ou se penas os bens jurídicos mais importantes. E devido à inobservância do mandado de certeza alguns doutrinadores entendem que a omissão imprópria estaria condicionada apenas aos bens jurídicos mais importantes, tais como a vida, a integridade física e a

⁷⁴ Aplicando este raciocínio com base no §13 do StGB: JESCHECK, Hans-Henrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 650.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. p, 572. No sentido de que a posição de garantia é característica de autoria: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p, 287.

⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 210.

⁷⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p, 236.

liberdade⁷⁸. Com entendimento similar, Juarez Cirino entende que a única forma de conciliar a omissão imprópria com o princípio da legalidade seria reduzir a responsabilidade do garantidor aos bens jurídicos individuais mais importantes, visto que a extensão a todos os tipos de resultado, incluindo o patrimônio, a sexualidade, o sistema financeiro ou o meio ambiente, embora tecnicamente possível, implicaria um dever jurídico interminável e excessivo, incompatível com a Constituição da República⁷⁹.

2. A posição de garantidor (artigo 13, §2º, do Código Penal)

Conforme já exposto acima, para que seja possível a imputação de determinado fato a título de omissão imprópria, é necessário que o agente detenha um dever jurídico especial de agir, e o fundamento de tal dever é a sua posição de garante. A posição de garante, ou garantidor, é a qualidade especial da pessoa por possuir uma especial relação com o bem jurídico protegido, e a força de tal relação de proteção dá azo ao dever de evitar o resultado típico⁸⁰. Assim sendo, caso o garante não cumpre com este dever se terá o fundamento da punição por omissão imprópria.

Na Espanha o fundamento da punição da omissão imprópria encontra-se previsto no artigo 11 do Código Penal⁸¹, tal dispositivo além de exigir que a omissão seja equivalente à causação do resulta típico, enumera de forma expressa as fontes da posição de garantia, sendo elas: a obrigação legal e a criação de um risco mediante um atuar

⁷⁸ TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996. p, 81 – 82;

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. p, 212.

⁸⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini/ DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p, 580.

⁸¹ 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, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará 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. (Tradução do autor: “Os delitos que consistem na produção de um resultado só devem ser entendidos como sendo cometidas por omissão quando a não evitação do resultado, por violação de um dever legal especial do autor, equivale, de acordo com o significado do texto da lei, a sua causação. Para este fim, a omissão será equiparada a ação: a) Quando existe uma obrigação legal ou contratual específica de agir. b) Quando a parte omitente criou uma ocasião de risco para o bem legalmente protegido por meio de uma ação ou omissão anterior.”)

precedente. A seu turno, o legislador português positivou, no artigo 10 do Código Penal Português⁸², que a punição da omissão exige que recaia sobre o omitente um dever jurídico que obrigue a evitar, pessoalmente, o resultado típico, porém não expõe qual situação implicaria no dever jurídico. No mesmo sentido, o Código Penal Alemão, no seu §13⁸³, limita-se a exigir uma equivalência entre a ação e a omissão desde que o agente deva responder juridicamente pela não evitação do resultado, mas o legislador não enumerou a fonte de tal dever jurídico.

No Brasil, nosso Código Penal, com a alteração da reforma de 1984, notadamente com a inclusão do §2º do artigo 13, estipula que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, como também externa, no texto da lei, as hipóteses que formam o dever jurídico de agir do garante, sendo elas: a) a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; b) a assunção da responsabilidade de impedir o resultado; ou c) com seu e a criação, com comportamento antecedente, o risco da ocorrência do resultado⁸⁴. Observa-se que, no direito pátrio, a técnica de situar formalmente as fontes da posição de garantidor foi integralmente acolhida, razão pela qual parte da doutrina entende que tal previsão fez com que perdesse a relevância continuar discutindo sobre um conceito material da posição de garantia⁸⁵. Ainda, o legislador absteve-se de prever de modo explícito uma cláusula geral de equivalência entre omissão e ação, por isso contra ela se argumenta que não satisfaz de forma suficiente aos mandados do princípio constitucional da legalidade penal e tampouco é capaz de retratar

⁸² 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

⁸³ StGB: §13º Begehen durch Unterlassen: (1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. (Tradução livre do autor: “Quem omitir a evitar um resultado cujas características se adequem a um tipo penal, sob é punível sob esta Lei se ele tiver o dever jurídico de evitá-lo e se a omissão corresponder à realização do tipo penal por meio de uma ação”)

⁸⁴ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 80.

⁸⁵ Como exemplo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p, 116

de forma satisfatória todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantidor⁸⁶. E devido a essa lacuna é importante questionar se é necessário adotar um conceito material de garante.

2.1. Artigo 13º, §2º, do Código Penal: adoção da teoria dos deveres formais?

Porquanto a lei brasileira disciplinou expressamente as fontes do especial dever de agir, parte da doutrina sugere uma vinculação da posição de garantidor à teoria das fontes formais⁸⁷. Esta corrente dogmática foi criada, no começo do século XIX, por Feuerbach, que tentou deduzir a equiparação entre ação e omissão da teoria do Estado liberal. Em função de os cidadãos estariam fundamentalmente obrigados apenas a omitirem lesões a direitos subjetivos dos demais cidadãos, em princípio só a causação ativa poderia produzir o resultado, de tal sorte que uma ação de salvamento só poderia ser pensada caso existisse vinculada a um dever jurídico especial. E o fundamento de tal dever seriam a lei e o contrato, ou seja, localizados em âmbito extrapenal⁸⁸.

Tal teoria, segundo Jorge de Figueiredo Dias, encontra-se, nos dias de hoje, na doutrina e na jurisprudência abandonada. Isto se dá porque essa corrente acabava por renunciar de modo integral à consideração dos conteúdos dos deveres que assim se criavam, de sorte a se revelar de todo incapaz de proporcionar um elemento material delimitador, isto é, um critério material de ilicitude⁸⁹. Outrossim, Heloisa Estellita defende que a maior falha dessa teoria é a de não fornecer um critério material propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. vol. I. p, 577; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p, 270 – 271.

⁸⁷ Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. vol. I. p, 573;

⁸⁸ SCHÜNEMANN, 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: SCHÜNEMANN, Bernd/GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p, 166.

⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. p, 1.088.

condutas diversas (fazer e não fazer), colocando a aplicação da sanção penal com fundamento apenas e tão somente em um dever extrapenal, razão pela qual desafia o próprio princípio da legalidade⁹⁰.

2.2. Obrigação legal (artigo 13º, §2º, alínea a, do Código Penal)

O artigo 13º, §2º, alínea a, do Código Penal estipula que responderá pela omissão, como se por meio de uma ação tivesse dado causa ao resultado típico, aquele que tinha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Como ensina Cláudio Brandão, tanto a lei penal, como a lei extrapenal – aqui inseridas a Constituição Federal, o Código Civil e as leis profissionais –, vinculam determinados sujeitos a proteção de definidos bens jurídicos de outros sujeitos⁹¹.

É imperioso frisar que as leis, como fontes do dever de garante, devem ser interpretadas restritivamente, de forma a serem idôneas a engendrar a obrigação apenas aquelas derivadas do processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, tais como leis complementares, as leis ordinárias, os decretos legislativos e as medidas provisórias, desde que convertidas em lei. Por outro lado, não podem ser assemelhadas à lei o decreto, o regulamento, a resolução, a instrução normativa ou qualquer outro ato emanado de órgãos de controle estatal que não gozem do status de lei. Tal exigência, como expõe Tavares, decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei⁹².

Não se pode ignorar, ainda, que não é qualquer dever imposto pela lei que será condição suficiente para que haja a posição de garante, mas sim aquele que está vinculado ao cuidado, à proteção ou à vigilância. Tavares ensina que o cuidado está ligado à atenção para com a higiene, a saúde ou a alimentação, tanto quanto com a

⁹⁰ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p. 82.

⁹¹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 147

⁹² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p. 319 – 320.

educação e a instrução; proteção compreende ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade⁹³ e, em certos casos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros; por fim, a vigilância está relacionada à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio.

É possível citar, como exemplo, na Constituição Federal, o artigo 229 determina 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”. Outrossim, no Código Civil, o dever de alimentos entre ascendentes e descendentes (artigo 1.696⁹⁴), o dever do tutor em relação ao curatelado (artigo 1.740, inciso I⁹⁵) e o dever de mútua assistência entre os cônjuges (artigo 1.566, inciso III⁹⁶) assim como a Lei nº 7.210/84 positiva o dever do carcereiro alimentar o preso. Assim sendo, com base neste dispositivo, os pais detêm o dever de assistência de seus filhos, como também o cônjuge deve assistir seu par. Logo, caso uma mãe que deixa de alimentar seu filho recém-nascido, levando-o a morte por inanição, responderá por homicídio por omissão imprópria (artigo 121 c.c. artigo 13, §2º, alínea “a”), uma vez que inobservou seu dever de assistência. A mesma imputação terá o agente penitenciário caso não impedir o prisioneiro de permanecer em greve de fome.

Na jurisprudência, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a condenação de genitora pelos crimes de maus-tratos (artigo 136 do Código Penal) e estupro de vulnerável (artigo 217-A) pois não cumpriu seu dever legal (artigo 13, §2º, alínea a) de proteção ao permitir que o padrasto das crianças as privasse

⁹³ Há de se destacar que, no entendimento de Tavares, os crimes omissivos impróprios devem ser limitados aos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, tal como a integridade física e a liberdade.

⁹⁴ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

⁹⁵ Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menol - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;

⁹⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) III – mútua assistência;

de alimentação quando estavam de castigo e abusa sexualmente destas⁹⁷. A decisão é irretocável.

A mesma Câmara do Tribunal de Justiça paulista, porém, manteve a condenação de um médico por homicídio culposo (artigo 121, §3º, do Código) devido à omissão imprópria, com fundamento no dever legal (artigo 13, §2º, alínea a), porquanto este estava encarregado do plantão, mas não compareceu⁹⁸. Neste caso, a vítima compareceu à Santa Casa local com fortes dores, sendo diagnosticada com enfermidade grave denominada “aneurisma abdominal da aorta”. Devido à complexidade do quadro clínico, foi transferida a outro hospital, porém se evadiu deste assinando termo de responsabilidade. Posteriormente, às duas horas da manhã de outro dia, a vítima compareceu novamente na Santa Casa local com fortes dores, razão pela qual foi determinada sua transferência para outro hospital. Todavia, a equipe do SAMU não podia realizar a remoção da vítima pois já estava empenhada. Neste cenário, era necessário que o médico A acompanhasse o paciente com a ambulância do próprio nosocômio, mas este informou que não poderia porque era o único médico no local e a ambulância não possui um sistema avançado, de forma que a remoção nela poderia acelerar o óbito. Enquanto isso, o médico B descansava no dormitório. Ato contínuo, os médicos A e B, após o fim do plantão, às sete horas, teriam deixado o hospital antes da chegada do médico C que deveria assumir a responsabilidade, apesar de a vítima estar em perigo e requerer assistência. Todavia, o médico C não compareceu no nosocômio. Em sequência o médico D, acionado para suprir a falta de médicos, chegou apenas quando a vítima já havia falecido. A hora do óbito foi às setes horas da manhã. Em primeiro grau, o médico A foi absolvido porque, às nove horas, fora acionado para atender outro paciente que sofria de enfermidade da mesma gravidade, não havendo prova de onde o médico estava entre as sete horas e as nove horas; o médico B foi absolvido uma vez que a vítima não era seu paciente e o médico A o informou que esta se encontrava estável, como também que permaneceria sob seus

⁹⁷ TJSP; Apelação Criminal 0003783-34.2016.8.26.0650; Relator (a): Eduardo Abdalla; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Valinhos - 1ª Vara; Data do Julgamento: 05/10/2021; Data de Registro: 05/10/2021

⁹⁸ TJSP; Apelação Criminal 0000173-67.2013.8.26.0584; Relator (a): Mens de Mello; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020

cuidados, razão pela qual o médico B saiu do plantão; o médico D foi absolvido dado que não fazia parte dos quadros do hospital; e, por fim, o médico C foi condenado tendo em vista a sua negligência em não comparecer ao plantão. Em segundo grau de jurisdição, a Câmara fundamentou a imputação a título de omissão imprópria pelo dever de agir com base no parecer 105421 do CREMESP⁹⁹. No entendimento do Desembargador-Relator:

“Verifico que Orlando não sabiadiretamente, ao menos pelo que consta no processo, do estado de saúde da vítima. Isto se deu porque não compareceu ao plantão sem justificativa apta e, porque, mesmo tendo recebido diversas ligações sequer se dignou em atendê-las, o que poderia inclusive ensejar sua responsabilização a título de dolo eventual. Ora, se soubesse da situação e nada fizesse haveria culpa, mas se de maneira sintomática se nega a saber porque não compareceu e não atendeu às inúmeras ligações efetuadas em contexto de abandono de plantão descarta-se a responsabilidade por omissão? Referido raciocínio não se mostrará razoável. O médico que, no horário em que deveria estar de plantão, mas o abandonou, isto porque não compareceu sem ter dado justificativa, deixa também de atender as inúmeras ligações efetuadas neste horário, age no mínimo de modo negligente, senão a título de dolo eventual (...) Estando Orlando escalado para um plantão que tem UTI é evidente e previsível que a qualquer momento se deparará com situações de gravidade impar e, ao não atender as ligações efetuadas após abandonar o plantão sem justo motivo, demonstra total indiferença em relação às vidas no hospital no qual o réu infelizmente trabalha (prestou em verdade um desserviço, distanciando-se em muito do Juramento de Hipócrates)! **Portanto, ante as circunstâncias mencionadas de rigor a manutenção da condenação no que tange ao acusado Orlando pelo homicídio culposo por omissão na condição de garantidor. “(grifo nosso) (TJSP; Apelação Criminal 0000173-67.2013.8.26.0584; Relator (a): Mens de Mello; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020)**”

⁹⁹ “Não se exime de responsabilidade do plantão que assumiu. Na impossibilidade total de dar plantão deve avisar com antecedência mínima de 24 a 48 horas ao responsável pela escala de plantão e ao colega que o indicou para dar o plantão e ao Diretor Técnico.”

Entendemos que não parece a melhor solução para o caso. Primeiramente porque não é possível fundamentar uma posição de garantidor pelo dever legal por meio de um texto que não possui força de lei. O parecer da CREMESP é norma regulamentar do exercício da profissão que não possui condão de justificar uma responsabilidade penal sob pena de ferir o princípio da legalidade penal. Além disso, como se verá no desenvolvimento do presente estudo, a relação médico-paciente se adequa à posição de garantidor por assunção do desamparo da vítima, o que não ocorreu no caso exposto. Afinal de contas, no fato em comento, não havia sequer uma relação de confiança entre o médico C e a vítima. De fato, será possível uma punição administrativa, mas não uma imputação penal.

Além disso, no que fiz respeito ao artigo 13º, §2º, alínea *a*, deve se questionar: o pai está obrigado, tão só pela condição de ascendente, a impedir que o filho cometa um delito? Um pai, que a despeito de possuir um laço de ascendência com seu filho, não o vê há muito tempo e nem contato mantêm com seu descendente, posto que moram em cidades diversas, permanece na posição de garantidor? Após os filhos saírem da casa dos pais, estes permanecem na posição de garantidor?

Há de se destacar, ainda, o artigo 225 da Carta Magna, cujo texto estipula que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. É idônea tal previsão para colocar toda e qualquer pessoa como garantidora do meio ambiente? Um cidadão que apesar de ver colaboradores de uma empresa jogando dejetos em um rio não chama as autoridades pública, poderá responder pelo crime de poluição (artigo 54 da Lei 9.605/98) em comissão por omissão?

O critério previsto no artigo *sub examine* é demasiadamente impreciso para fundamentar a posição de garantia em determinadas hipóteses¹⁰⁰. Soma-se a isso que uma lei extrapenal não é suficiente para fundamentar uma sanção penal, por isso alínea *a* deve ser temperada pelas alíneas *b* e *c* do mesmo artigo, como também pelo conceito material de garante. Por tal critério, o decisivo não seria o próprio dever de agir, e sim a especial posição na qual se encontra determinado sujeito na proteção de um bem jurídico ou na gestão de uma fonte de perigo. Como ensinam, Zaffaroni e Nilo Batista, privilegia-se mais o conteúdo do dever de atuar do que sua fonte formal, de tal maneira que a despeito de todo garantidor ter o dever de atuar, nem toda pessoa que tenha tal dever é *ipso facto* garantidor¹⁰¹.

2.3. A assunção (artigo 13º, §2º, alínea b)

O artigo 13º, §2º, alínea *b*, do Código Penal determina que uma das hipóteses da posição de garantia é assumir a responsabilidade de impedir o resultado, contudo o texto da lei não define os modos ou os casos em que o obrigado assume a qualidade de garante. Desta forma, cabe à doutrina e à jurisprudência preencher este espaço.

Francisco de Assis Toledo, com a propriedade de um dos percussores da Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, defendia que a solução seria apoiar-se no princípio de que a posição de garante surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária, ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou

¹⁰⁰ Para Roxin, a fonte aparentemente mais concreta, que é, em princípio, mais próxima à certeza e à determinação, é a posição de garantia com base na lei, porém da lei não provém nenhum razão ou fundamento plausível para que surjam deveres jurídicos-penais de evitação do resultado. Com lastro no entendimento de Mezger, o professor da Universidade de Munique postula que um dever jurídico estatuído legalmente para a evitação do resultado não é suficiente para afirmar a posição de garantia, a não ser que este tenha um significado evidente de querer fundamentar uma responsabilidade jurídico-penal pelo resultado. Por conseguinte, a pura existência de um dever jurídico não seria suficiente, mesmo que tal dever tenha sido imposto para evitar um resultado desta classe. De fato, a posição de garantia com base na lei seria obsoleta, pois evidentemente não é a lei que decide sobre a posição de garantia, mas sim um critério independente desta. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. tomo II. p, 850)

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ BATISTA, Nilo/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Direto penal brasileiro*. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p, 359.

não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo¹⁰².

Para Paulo José da Costa Junior a assunção da responsabilidade poderá advir de um contrato ou de um quase-contrato (*negotiorum gestio*), desde que haja a assunção efetiva dos deveres contratuais. Neste sentido, seria garantidor aquele que presta serviço de vigilância, ou aquele que passa a assistir pessoas doentes ou incapazes, como também o profissional que está incumbido de ministrar lições de aviação, automobilismo, equitação, natação ou outras atividades que importem em algum risco durante a atividade e os que aceitaram servir-se de guia em montanhas, florestas ou desertos. Por fim, o professor da Universidade de São Paulo entende que assunção poderá assentar-se na solidariedade humana, caso o garantidor aceite tal função, assumindo a responsabilidade de impedir o resultado, como exemplo, aquele que recolhe a criança abandonada não poderá, em seguida, desistir entregando-a a própria sorte¹⁰³.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci entende que o dever de agir é decorrente de negócios jurídicos ou de relações concretas da vida. No primeiro caso, o vigia contratado para tomar conta das casas de um determinado condomínio não pode ficar inerte ao acompanhar a ocorrência de um furto. No segundo, se alguém assume a posição de garante (ou garantidor) da segurança alheia, fica obrigado a interferir caso essa segurança fique comprometida¹⁰⁴.

Todavia, pensamos que esta não é a melhor interpretação, pois não é o contrato que fundamenta a posição de garantia, mas assim assunção fática de posição de proteção ou vigilância. A título de exemplo, podemos usar o caso da babá proposto por Schaffstein e Nagler. No caso, em sua primeira variante, a babá, contratada para cuidar de uma criança, não aparece para prestar seu serviço, violando o contrato de natureza civil, neste cenário é evidente que apenas os pais, e não a babá, são responsáveis pelo

¹⁰² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p, 118.

¹⁰³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 8ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p, 77

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p, 406.

homicídio se a criança for deixada sozinha e vir a se engasgar com o mingau e se asfixiar. Por outro lado, na segunda variante, apenas a babá responderia pelo homicídio se decidisse passear com a criança e, durante o passeio, recebesse a notícia, por seu advogado, de que o contrato de prestação de serviço para tomar conta da criança é civilmente nulo e, em consequência disso, assista passivamente a criança trepar em uma cerca à margem de um abismo e despencar mortalmente¹⁰⁵. Observa-se, pois, que não é o dever contratual oriundo do direito civil que funda o dever de evitar o resultado, mas sim a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico.

Em solo nacional, Heleno Cláudio Fragoso doutrina que o decisivo jamais poderia ser o contrato ou o negócio jurídico, que cria direitos e deveres entre as partes para fins de direito privado. Essencial é que o agente assuma, de fato, seja ou não seja em virtude de um contrato, a posição de garantidor¹⁰⁶. Raciocínio similar é construído por Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual o fundamental é que o sujeito voluntariamente se tenha colocado na condição de garantidor, assumindo de fato, por qualquer meio, esse compromisso¹⁰⁷.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de se imputar a uma mulher o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), a título de omissão imprópria, devido à assunção fática da posição de garantidor, porquanto esta assumira a responsabilidade de cuidar de suas irmãs mais novas em sua residência, ocasião na qual seu marido abusou sexualmente das meninas¹⁰⁸.

2.4. Ingerência (artigo 13º, §2º, alínea c)

O artigo 13º, §2º, alínea c, do Código Penal qualifica como garantidor aquele que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Trata-se

¹⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*. p, 166.

¹⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. p, 288.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. vol. I*. p, 332.

¹⁰⁸ HC n. 603.195/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 16/10/2020.

da relação de duas condutas: um atuar precedente, que cria o perigo ao bem jurídico, e um não fazer posterior, que não evita a superveniência do resultado. No entanto, não é definido pelo dispositivo legal no que consiste a criação de um risco e nem se todos os riscos são aptos a conceber a posição de garantia ou somente aqueles que ultrapassam as fronteiras do permitido.

Francisco de Assis Toledo, apoiado em Reinhart Maurach, entende que a ação precedente, criadora do perigo, pode ser conforme ou contrária ao direito, culposa ou não, punível ou não, isto é, sua qualificação jurídica é irrelevante¹⁰⁹. No mesmo sentido caminha Heleno Cláudio Fragoso¹¹⁰. Então o sujeito que estiver fumando, em um paiol, ou em um celeiro, ao deixar cair as centelhas no chão, caso ocorra um incêndio, não poderá se manter inerte no sentido de permitir que as chamas se propaguem.

Por outro lado, há casos que afirmação da posição de garantia pelo risco criado não é cristalina, porque o risco criado por determinada conduta é social e juridicamente tolerado, a título de exemplo, aquele que dirige um carro, não obstante esteja na velocidade adequada, observando as normas de cuidado, tal atividade gera um risco para os demais motoristas e para os pedestres. Neste cenário, o motorista seria atribuído, a todo tempo, com o estado de garante? Isso irá torna-lo garante diante de qualquer acidente ou atropelamento? Caso possa salvar a vítima e deixar de fazê-lo, responderá por homicídio ou omissão de socorro? Ou tal imputação será possível apenas ao motorista que inobserva as precauções de segurança?¹¹¹

3. A posição material de garante

Heloísa Estellita, partindo do direito positivo brasileiro, entende que a alavancagem material da posição de garante nos crimes omissivos advêm de duas exigências constitucionais, a saber: o princípio da legalidade e o da igualdade. O primeiro, conforme

¹⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p, 118.

¹¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. p, 289.

¹¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Da omissão imprópria por ingerência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 134, set.. 2020

já exposto acima, determina que não há crime sem lei anterior que o defina, assim a Professora da Fundação Getúlio Vargas defende que as normas extrapenais não devem constituir por si só originariamente hipóteses de responsabilidade penal. Seria essencial, portanto, um *plus* propriamente penal para se justificar uma imputação com lastro em um dever jurídico instituído por uma norma extrapenal. Apesar de legal, o fundamento da posição de garantidor não nasce das normas extrapenais, mas de uma norma penal que dá azo ao dever especial de agir para evitar o resultado¹¹².

Pelo princípio da igualdade, cujo conteúdo mínimo é o tratamento igualitário perante a lei, na forma do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, condutas que recebem a mesma sanção penal devem ter a mesma gravidade, isto é, o mesmo desvalor, e condutas desiguais devem ser tratadas de forma desigual. Neste sentido, na medida em que o artigo 13º, §2º, aplica no omitente a mesma pena prevista ao crime praticado por meio de uma comissão, é necessário que o desvalor das condutas, ontologicamente diferentes, seja equivalente¹¹³.

No exemplo citado no item 3.6., a conduta do salva-vidas e dos banhistas, que assistiram passíveis o nadador se afogar, são ontologicamente iguais, porém o primeiro irá responder como se ativamente tivesse causado o homicídio, ao passo que os demais irão responder por omissão de socorro. Nota-se que a despeito das condutas, em princípio, serem iguais, a sanção penal é drasticamente diferente. Portanto, é necessário buscar um fundamento para esta diferença. Mas não é possível justificar com base tão somente na obrigação legal ou contratual, para que fique claro basta retornarmos ao exemplo da babá supramencionado, no qual a despeito de haver nulidade contratual, a babá não se exonera da posição de garantia, pois assumiu de forma fática o domínio sobre o desamparo da criança.

A resposta dada a um garantidor em relação ao não-garantidor varia consideravelmente. Isso demonstra que o dever de evitar o resultado atribuído ao garantidor

¹¹² ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 84

¹¹³ Idem. *Ibidem.* p, 85.

detêm um conteúdo jurídico especial quando comparado com dever geral de solidariedade. Somente este dever especial pode justificar a divergência na intensidade da resposta penal. Por essa razão, Estellita entende que é desnecessária uma cláusula de equivalência, como há no direito alemão e espanhol, uma vez que esta é extraída do princípio da igualdade¹¹⁴. Essa cláusula de equivalência extraída do princípio da igualdade abre margem para aplicação do conceito material de garante com a finalidade de temperar as hipóteses previstas no artigo 13º, §2º, do Código Penal.

Há quem defenda, no entanto, que a alavancagem material da posição de garantia, implicaria em um alargamento indevido das posições de garantia¹¹⁵. Sobre tal posicionamento já foi exposto no presente trabalho sobre a insuficiência das fontes formais para se justificar de forma satisfatória todas as hipóteses de incidência da posição de garantia.

Como ensina Tavares, apensar de o critério material estar amparado em aspectos sociais relevantes, tais como as relações familiares sociais ou profissionais, ou responsabilidade por fontes de perigo, a posição de garantidor concebida desta forma não atenderia suficientemente ao princípio da legalidade, porque, em função da variabilidade dos fatos que podem englobar, a sua aplicação poderia ocasionar em intermináveis extensões que tornam incerta a insegurança jurídica¹¹⁶. Há que se reconhecer que a adoção de entendimentos doutrinários, sem qualquer amparo legal, daria a oportunidade de tanto o Ministério Público, como o Juiz de Direito, escolherem essa ou aquela tese como fórmula *ad hoc* para aumentarem ou diminuírem a esfera de imputação conforme seu desejo. Neste cenário, levando em consideração as falhas apresentadas pelo critério formal e as deficiências do critério material, a melhor solução é a combinação de ambas, de sorte a se criar um conceito formal-material¹¹⁷.

¹¹⁴ Idem. Ibidem. p, 86.

¹¹⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021. p, 50.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 317.

¹¹⁷ Idem. Ibidem. p, 319.

Exposto isto, passaremos a discorrer sobre as principais teses que buscaram criar um fundamento material da posição de garantia e como é possível aplicá-la ao Código Penal Brasileiro.

3.1.A proteção de determinados bens jurídicos e a vigilância de fonte de perigo de Armin Kaufmann

A necessidade de uma fundamentação não apenas formal, mas material da posição de garante ganha notória relevância em 1959¹¹⁸, quando Armin Kaufmann (Universidade de Bonn) avança significativamente sobre a questão ao propor uma divisão das posições de garantidor em função das tarefas que se espera de quem se encontra em determinadas posições¹¹⁹.

A primeira observação a ser feita é que Kaufmann defendia que a omissão imprópria era um tipo próprio, sobre o qual são fundados o injusto e a reprovabilidade, assim como ocorre no delito de omissão própria. Em outras palavras, dogmaticamente, a omissão imprópria não seria uma forma de perpetrar um delito comissivo, nem esta constituída de acordo com o modelo deste¹²⁰. Não seria possível adequar a conduta omissiva em um tipo penal que descreve uma conduta positiva, por exemplo, “matar alguém” seria um crime comissivo, não sendo apto, em princípio, a subsumir em uma omissão. E para estender para às omissões os tipos comissivos para que aqueles que teriam um dever de evitar o resultado seria necessária uma construção jurídica mais sofisticada que permitisse enxergar, ao lado do tipo comissivo, outro tipo penal distinto, apartado, diferente e implícito que puna a omissão. Mas a incidência dessa construção jurídica não seria automática e ilimitada, de tal forma que fosse possível atribuir um resultado todo aquele que deixa de evita-lo; pelo contrário, é necessário que haja um critério para definir

¹¹⁸ Vale notar que a tese de habilitação de Armin Kaufmann foi construída antes do advento da cláusula geral de equiparação da omissão imprópria no Código Penal Alemão, prevista apenas em 1975.

¹¹⁹ COSTA, Fernando Calix Coelho da. *A fundamentação da posição de garantia*. In: COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p, 383.

¹²⁰ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

quais omissões são penalmente relevantes, e tal critério é o dever de garante, o qual será distinto para cada tipo penal, ligado às suas peculiaridades¹²¹.

O objetivo dos mandados de evitar um resultado é, em geral, impedir a lesão a bens jurídicos. Logo, a posição de garante consiste em uma função de proteção, defesa, em relação a um bem jurídico. O professor da Universidade de Bonn divide os deveres de garante em duas constelações: a proteção de bens jurídicos e a vigilância de fonte de perigo. Na primeira situação, o garante deve proteger o bem jurídico, por todos os flancos, dos ataques e perigos de qualquer gênero, seja quais forem, esta imposição de tarefas prevalece nas posições de garantia relacionadas diretamente a um preceito jurídico, como também na assunção fática de deveres contratuais, assim trata-se da proteção contra ataques que vem de fora da esfera de proteção em direção ao bem jurídico, nesta hipótese estariam os pais em relação aos filhos, como também os supervisores em relação a pessoas e bens custodiados. Já a segunda hipótese, a missão do garante é controlar a fonte de perigo, sem importar a quais bens jurídicos a fonte ameace, da perspectiva do bem jurídico concreto, a função protetora do garante se reduz a impedir a ameaça ao bem jurídico oriunda da fonte que deve controlar, ou seja, a tarefa é impedir que risco oriundos da esfera de vigilância e controle saiam destas em direção ao bem jurídico, seriam os casos da ingerência e dos perigos que surgem no âmbito social de domínio da pessoa, como exemplo, as posições de garantia derivadas de relações de confiança especiais¹²², dentro desta constelação entrariam os filhos e animais domésticos próprios, que devem ser contidos para não causar danos a terceiros, assim como os perigos que sujeito pôs em marcha por um atuar precedente.

As principais críticas feitas a tal corrente são a ofensa ao princípio da legalidade e a falta de uma definição clara do conceito central da omissão imprópria, o dever de garante. Há uma ofensa ao princípio da reserva legal pois a imputação da omissão se daria por meio de um tipo penal não escrito, paralelo ao comissivo, de sorte que seria um processo analógico, já que, quando construída, não havia, no Código Penal Alemão,

¹²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 79.

¹²² KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. P, 290.

uma cláusula de equiparação. Bottini expõe, ainda, que a proposta de Kaufmann carece de precisão e não possuem um fundamento de legitimação autônoma, para além do aspecto fenomenológico, o professor da Universidade de Bonn apenas expôs quais seriam as espécies de dever de garantia, mas não indicou seus contornos; o autor não apresentou, assim, um elemento material para fundamentar as funções de garantia apresentada, de forma que se aproxima de uma versão mais sofisticada da teoria dos deveres formais¹²³.

Jorge de Figueiredo Dias expõe que a doutrina alemã apresentou diversas variantes da teoria central de Armin Kaufmann, entre as quais se destacam as propostas de Bernd Schünemann e Günther Jakobs¹²⁴.

3.2.O domínio sobre o fundamento do resultado de Bernd Schünemann

Com a finalidade de buscar uma razão para a mesma intensidade da imputação tanto a uma ação como para uma omissão, Bernd Schünemann (Universidade de Munique) busca o *tertium comparationis* entre os dois institutos. Isso porque, se os delitos de omissão imprópria são equiparados à realização do tipo na forma comissiva, então a omissão deve apresentar uma estrutura ontológica equiparável sob o mesmo aspecto valorativo reitor. Em outros termos, como se trata de um crime comissivo que se deu mediante uma omissão, deve-se levar em consideração a realidade própria dos crimes comissivos¹²⁵¹²⁶.

Para chegar a este fator comum, o Professor de Munique, não parte do texto da lei, mas da natureza das coisas¹²⁷. Todavia, se dirigirmos ao próprio comportamento

¹²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 80 – 81.

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.091

¹²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*. p, 163.

¹²⁶ Assim como Armin Kaufmann, Schünemann, em 1970, escreveu sua *tesis doctoral* denominada “*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*” na Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen. Portanto, sua tese é anterior à cláusula geral de equiparação da omissão imprópria, que veio a ser prevista no Código Penal Alemão no ano de 1975.

¹²⁷ Idem. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 277.

em sua forma ontológica, na natureza das coisas não há qualquer igualdade, mas somente diversidade, logo aqui não se pode encontrar nada comum que possa servir, em caráter geral, como fundamento lógico-objetivo da punibilidade dos crimes de comissão por omissão¹²⁸. Por isso, Schünemann entende que o requisito para resolver a problemática da equiparação está nos tipos ou categorias de ação – notadamente os tipos de resultado – cominados com pena e suas peculiaridades que indicam em cada caso o fundamento lógico-objetivo de sua punibilidade. Desta forma, é possível uma concreção da decisão valorativa legal de castigar como delitos de omissão imprópria unicamente omissões que são iguais à comissão.

Um delito de resultado se dá sempre junto a uma ação. O autor não é responsável somente por sua ação, mas também pelo resultado produzido no mundo exterior, portanto ao autor se imputa o evento. Por outro lado, o fundamento dessa imputação é, obviamente, a ação. Neste passo, para se conhecer a peculiaridade da ação que constitui o fundamento da punibilidade, é imperioso saber como se imputa ao autor a responsabilidade por um resultado devido a uma ação.

A resposta óbvia seria: porque a ação causou o resultado no sentido das ciências naturais. Mas, como na omissão falta uma causalidade mecânica, parece que haveria uma barreira para essa equiparação. Schünemann, então, propõe que este raciocínio é insuficiente dado que explica apenas o fundamento da imputação do resultado à ação, mas não explica a imputação da pessoa. Portanto, o próximo passo é buscar na ação um elemento especial que dá lugar à conexão automática entre a pessoa e o resultado.

Na ação, o fundamento da imputação é a relação entre o centro de direção pessoal e o movimento corporal que causa o resultado. A relação entre a pessoa e o movimento corporal consiste no domínio absoluto da pessoa sobre o próprio corpo. A pessoa psicofisicamente intacta domina seus movimentos corporais de uma maneira que minimiza e mediatiza qualquer outra influência; os movimentos corporais com relevância

¹²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 279

penal têm seu fundamento justamente na liberdade de agir, no domínio do comando pessoal, que possibilita a pessoa iniciar o nexo causal, por meio de um movimento corporal, no sentido do resultado. Assim, uma vez que o movimento corporal, devido ao nexo causal, aparece como fundamento imediato do resultado, o domínio imediato deste fundamento imediato do resultado é, portanto, o fundamento mediato do resultado que permite a imputação à pessoa. Desta forma, conclui-se que a imputação de um resultado a uma pessoa em virtude de uma ação se dá em função do princípio geral de que se imputa aquele que exerce o domínio sobre o fundamento do resultado¹²⁹.

Em outras palavras, nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado e o movimento corporal que é a sua causa, e o fundamento que permite imputar esse resultado ao sujeito ativo é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, pois é a causa ou fundamento mediato do resultado. Então a imputação do resultado, nos crimes omissivos impróprios, de forma semelhante, deve se dar mediante a aferição de duas etapas: (i) indagar sobre a causa ou fundamento do resultado e (ii) verificar se o omitente exercia o domínio real, não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado¹³⁰. Portanto, o *tertium comparationis* seria o domínio sobre o fundamento do resultado.

Posteriormente, em artigo publicado em homenagem à Knut Amelung, Schünemann acrescentou ao “domínio sobre o fundamento do resultado”, o acontecimento global do fato como essência da autoria, na medida em que o movimento corporal do autor apenas é fundamento do resultado quando ele funda uma autoria, e que, assim deve também existir na posição de garantia do autor por omissão para que se possa construir uma relação comparável com o resultado em forma de um domínio sobre um aspecto essencial do acontecimento global¹³¹.

¹²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 281 – 282.

¹³⁰ Idem. Ibidem. p, 285.

¹³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão impropria*. p, 171. Há de se destacar que o mencionado artigo foi escrito após 1975, ou seja, após a previsão da cláusula geral de equiparação no Código Penal Alemão.

Definido isto, faz-se necessário aplicar este fundamento em raciocínio analógico à omissão imprópria, por meio da generalização do princípio de imputação.

E o conceito de domínio do fato, segundo Schünemann, é a ponte decisiva para esse raciocínio analógico, na medida em que não fundamenta a autoria nos delitos comissivos na mera causalidade, mas sim no domínio conferido pela conduta comissiva do acontecimento global que conduzia à lesão do bem jurídico.

Essa equiparação da omissão com a conduta ativa sob o aspecto do domínio do fato se dá quando o autor exerce um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação, e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação, ou seja, como domínio potencial.

Com base nessa equiparação material, Schünemann supera a divisão da posição de garante fundada em deveres de proteção de determinados bens jurídicos e na responsabilidade por determinadas fontes de perigo, e passa para um sistema construído a partir das condições lógico-materiais do domínio sobre o acontecimento: o domínio sobre o fundamento do resultado decompõem-se em: *(i) domínio sobre o desamparo do bem jurídico*: com as posições de garantidor mais específicas da comunidade de vida, comunidade de perigo e da assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado, aqui entrariam as relações de pais e filhos ou outras relações sociais estreitas; e *(ii) domínio sobre uma causa essencial do resultado*, que engloba as posições de garantidor dos deveres de asseguramento no sentido do controle sobre coisas perigosas e do domínio sobre pessoas ou funções perigosas. O sujeito que inobservou tais deveres de proteção ou asseguramento possuem o domínio sobre o fundamento do resultado e deve ser castigado como autor omissivo.

A equiparação entre ação e omissão se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma fun-

ção de vigilância sobre determinada fonte de perigo. Ademais, os limites do domínio demarcam sempre os limites da posição jurídico-penal de garantidor, de tal sorte que quando se perde o domínio sobre a fonte de perigo se está na mesma relação que qualquer outro com referência aos acontecimentos ulteriores.

3.2.1. Roxin e a ingerência

Para Roxin, o critério proposto por Schünemann é o mais plausível porque por meio semelhança do “domínio do fato” se tem uma base para a equivalência legal e um núcleo descritivo-gráfico que garante resultados ou conclusões revisáveis empiricamente¹³²¹³³. Todavia, Roxin discorda de Schünemann justamente no que diz respeito à ingerência, pois entende que a posição de garante derivada de um atuar precedente é, em princípio, possível e compatível com o critério de domínio do controle como critério supremo de equiparação. O Professor de Munique entende que não há razão em prevenir a causação de perigos para bens jurídicos alheios e não aceitar que, uma vez surgido tal perigo o seu desenvolvimento posterior para um resultado típico não deve também ser evitado¹³⁴.

Roxin situa a ingerência como uma nova fonte de perigo criado pelo próprio omitente que deve ser controlada antes de transformada em um resultado típico. O interessante da proposta é o autor de Munique subordina a ingerência aos critérios de imputação objetiva, de forma que, antes de fundamentar a posição de garantia, deve-se observar: (a) a limitação objetiva da causalidade, (b) o risco permitido, (c) âmbito de responsabilidade do sujeito e (d) ilicitude do fato.

¹³² ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 852.

¹³³ Roxin já expressou a opinião segundo a qual uma total equiparação entre comissão e omissão somente se pode afirmar onde uma atuação é esperada de antemão com lastro em regras sociais. Seria o caso da alimentação do bebê pela mãe e dos cuidados do médico com o paciente. Todavia, na última edição de seu tratado adotou como base a bipartição das posições de garantia proposta por Schünemann. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 856.

¹³⁴ Idem. Ibidem. p, 903.

Em sentido similar Tavares situa a ingerência nas fontes de perigo, as quais estariam divididas em fontes estáticas e fontes dinâmicas. A verdadeira ingerência pertenceria a segunda porque tem por base um comportamento positivo anterior e não um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável. O Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, assim como Roxin, limita a ingerência por meio dos critérios de imputação objetiva supramencionados¹³⁵. Tal aspecto será mais bem aprofundado no transcorrer do presente trabalho.

3.3.Os deveres decorrentes de competência institucional e os decorrentes de competência organizativa de Günther Jakobs

Günther Jakobs (Universidade de Bonn) parte do pressuposto de que o fundamento da posição de garante independe da qualidade do comportamento, seja ele comissivo, seja ele omissivo, todos, sob uma perspectiva jurídica, tem como base uma violação de um dever de garantia¹³⁶. O critério proposto por Jakobs tem um fundo puramente normativo que oferece dois vértices para a fundamentação material da posição de garante, sendo eles os deveres oriundos de responsabilidade por organização e os deveres da responsabilidade institucional¹³⁷.

O professor da Universidade de Bonn entende que o reconhecimento de alguém como pessoa se dá pela liberdade desta para organizar sua vida da maneira que bem entender, mas deve assegurar que de tal esfera de competência não advenham efeitos externos para a esfera de organização dos demais cidadãos. Isso decorre da expectativa social de que os cidadãos não causem danos a terceiros (*neminem laedere*), para tanto são impostos deveres negativos cuja finalidade é a não criação de risco para as esferas de competência alheia¹³⁸. O âmbito de organização pode ser definido por ações, isto é, pela vulneração do asseguramento com base no próprio corpo, quando

¹³⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 248.

¹³⁶ COSTA, Fernando Calix Coelho da. *A fundamentação da posição de garantia*. p, 387; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 99.

¹³⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p, 971; ESTE-LLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 78

¹³⁸ Idem. *Ação e omissão no direito penal*. Barueri: Manole, 2003. P, 2 – 5.

tratar-se de crimes comissivos, ou por via de meios materiais, objetos ou pessoas, cujo perigo o garante deve assegurar que não prejudique terceiros¹³⁹. O agente, devido ao seu direito de organização, deve garantir que, quando em contato com uma organização alheia, a sua própria esfera se mantenha dentro do risco permitido. Portanto, sob outra perspectiva, todo titular de um círculo de organização é garantidor da prevenção de um *output* que exceda o risco tolerado¹⁴⁰. Por exemplo, o dono de um cachorro deve evitar que este lese os demais, o dono de uma indústria deve garantir que o seu processo produtivo esteja de acordo com as medidas de cuidado. Há de se destacar que, no entendimento de Jakobs, aqui estaria inserida a ingerência, pois o agir precedente é um ato de organização que gera um perigo cuja existência o autor é possui o dever de controlar. Ainda nos deveres decorrentes da esfera de organização estariam os deveres oriundos da assunção do domínio do risco, que se dá quando alguém assume a tutela de um bem jurídico, de tal sorte que o seu titular diminua os esforços para protegê-la¹⁴¹.

Os deveres provindos da competência institucional estão relacionados com âmbitos vitais, de um mundo que, idealmente, é configurado pelo altruísmo. Tais deveres positivos decorrem, como o próprio nome diz, de instituições e somente serão equivalentes à comissão se esta for de uma importância básica para a manutenção da sociedade, aqui entram a relação paterna, o matrimônio, a relação especial de confiança (no caso da tutela do patrimônio alheio), as relações estatais de poder (no caso da função policial em relação à segurança pública e a legalidade dos atos no caso da Administração Pública e da Justiça)¹⁴². Nestes deveres, devido a importância do papel social, há uma especial qualidade do autor que difere dos deveres de responsabilidade organizacional.

No que diz respeito ao critério proposto por Jakobs, é de rigor trazer a crítica feita por Juarez Tavares, segundo o qual os deveres de organização são próprios de

¹³⁹ Idem. *Derecho penal: parte general*. p, 972 – 973.

¹⁴⁰ Idem. *Ação e omissão no direito penal*. Barueri: Manole, 2003. P, 36 – 39.

¹⁴¹ Idem. *Ibidem*. p, 41 – 42; COSTA, Fernando Calix Coelho da. *A fundamentação da posição de garantia*. p, 389.

¹⁴² Idem. *Derecho penal: parte general*. p, 994; COSTA, Fernando Calix Coelho da. *A fundamentação da posição de garantia*. p, 389; ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 91.

considerações de direito privado, voltadas para atribuição de responsabilidade em entidades e corporações, e não de pessoas¹⁴³¹⁴⁴. E tais deveres, em regra voltados para um processo de trabalho ou produção não pode ser transferido para o direito penal, que exige uma responsabilidade subjetiva e individual. Neste, a imputação não se faz exclusivamente porque determinado órgão ou pessoa teria descumprido deveres inerentes ao sistema organizativo em que se vê inserido; muito pelo contrário, a responsabilidade penal deve ser lastreada no fato de que o dano causado possa ser atribuído ao agente como obra sua, que se constitua como uma opção deste. Dito de outra forma, quando se fala em infração de deveres de organização leva-se em consideração fatos que se desenvolvem em uma estrutura, e não em um processo individual de dano ou de perigo¹⁴⁵.

3.4.Critério da origem do risco proposto por Pierpaolo Cruz Bottini

Assim como Jakobs, Pierpaolo Cruz Bottini (Universidade de São Paulo) se afasta de um lastro ontológico de sorte a caminhar para um conceito normativo. Em seu entendimento a posição de garantia opera em função da qualidade do risco criado, isto é, se trata de um risco próprio ou um risco alheio.

No primeiro caso há um comportamento anterior do omitente que cria um risco para o bem jurídico e um curso causal em direção a uma possível lesão, por exemplo, quando um motorista embriagado que, ao dirigir, cria um risco para as demais pessoas. A ideia de risco próprio, como expõe o próprio Professor da Universidade de São Paulo, aproxima-se do Jakobs identifica como os riscos advindos da transgressão dos deveres organizacionais. O fundamento encontrado é, pois, de teor normativo, pautado na premissa do *neminem laedere*. Por tal princípio, a criação de riscos próprios gera um dever

¹⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 89 – 90.

¹⁴⁴ Por exemplo, no direito civil, a responsabilidade por deveres de organização pode decorrer do contrato, de normas legais gerais – tais como o artigo 1.061 do Código Civil de 2002, pelo qual os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções –, de normas relativas à responsabilidade administrativa – como o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 – ou de normas específicas que impunham deveres a uma determinada profissão (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 90).

¹⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 91.

de agir, cuja superveniência é condicionada ao surgimento de uma conduta positiva necessária para manter o risco criado nos limites do permitido, ou retorná-lo para este patamar. A omissão relevante seria a falha na gestão de tal risco, criado pelo agente, mas não administrado por este de forma cuidadosa. Bottini entende, assim, que se trata de uma inatividade associada a um risco não tolerado de forma que o seu desvalor se equipara ao da comissão, uma vez que ambos estão pautados pelo dever de não lesão ao outro¹⁴⁶.

Um aspecto interessante da teoria proposta por Bottini é que os riscos próprios não exigiriam uma cláusula extensiva na Parte Geral do Código Penal, porque a omissão que segue a criação de um risco próprio pode ser equiparada à comissão pelo próprio teor do tipo penal, ou seja, o artigo 13, §2º, alínea c, do Código Penal seria despicienda¹⁴⁷.

No que diz respeito aos riscos alheios, eles estão relacionados ao princípio de solidariedade, pelo qual, na vida comum, é necessário que certas pessoas, em determinados contextos, ajam para proteger ou salvar bens jurídicos de riscos estranhos ao seu âmbito de organização pessoal, criados por terceiros ou pela própria natureza. Como pontua Bottini, tratam-se de deveres positivos de colaborar com a coletividade, de suprir o bem-estar dos demais. A ideia de riscos alheios se aproxima do Jakobs entende como o dever de agir em decorrência da competência institucional, todavia aqui a obrigação não visa a proteger as instituições sociais, mas sim os bens jurídicos tutelados.

O fundamento da equiparação neste caso é o dever de solidariedade, o qual pode ser genérico, de sorte a se estender por toda a coletividade; ou especial, quando o agente possui uma característica própria. Em relação a este último, o legislador trabalha com a fixação de expectativas especiais em relação à certas pessoas, que desempenham determinados papéis ou que estão em situações concretas específicas de forma a gerar uma expectativa de proteção do bem jurídico e de controle de riscos.

¹⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p, 116.

¹⁴⁷ Idem. Ibidem. p, 115.

Outrossim, aqui o perigo de lesão ao bem jurídico é oriundo de um curso causal alheio ao omitente, portando a relação do resultado com o sujeito não é condição positiva, e sim condição negativa. Por ser uma condição negativa, não seria possível extraí-la de tipos penais que não preveem a forma omissiva, razão pela qual é necessária uma cláusula geral de adequação típica, que, no Brasil estaria prevista no artigo 13, §2º, alíneas *a* e *b*, do Código Penal¹⁴⁸.

3.5. Tomada de posição

No que diz respeito aos critérios propostos por Bernd Schünemann e Günther Jakobs, nota-se uma certa semelhança entre o conceito de domínio sobre o foco de perigo, proposto pelo primeiro, e os deveres oriundos da competência organizativa, proposto pelo segundo¹⁴⁹. Além disso, em relação aos deveres oriundos de competências institucionais, estes se aproximam da relação de custódia sobre o desamparo do bem jurídico defendido por Schünemann¹⁵⁰.

A base exclusivamente normativa proposta por Jakobs, a despeito de esboçar uma elaborada construção de esferas de liberdade individuais e da dicotomia entre liberdade-responsabilidade, tendo a concordar com Estellita, quando a Professora da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo assevera que esta padece não só de falta de clareza – afinal o que seria uma esfera de liberdade?, como pode conduzir a uma incontrolada amplitude das posições de garantia em uma sociedade cada vez mais regulada. Ademais, seu caráter normativo elimina o necessário apoio empírico, passível de prova, que conecte o comportamento humano ao resultado típico e que seja capaz, ao mesmo

¹⁴⁸ Idem. Ibidem. p, 119 – 120.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 852. No mesmo sentido: ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 94.

¹⁵⁰ Neste sentido: ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 854; ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 94.

tempo, de explicar, e legitimar, a igualdade da severidade da resposta penal atribuída ao garantidor¹⁵¹.

Por outro lado, o critério proposto por Schünemann não enfrenta tal deficiência, uma vez que o parte de uma premissa empírica, sendo passível de prova. Não se desconhece, todavia, que o problema desta posição está em se determinar, com precisão, quando se deve afirmar que o resultado está no domínio da causalidade do agente¹⁵². Esta t é a preocupação de Claus Roxin, para quem a teoria do domínio do controle deve ser usada como diretiva para solução de diversos casos na vida real, contudo, sem excluir a necessidade de uma limitação normativa¹⁵³.

Não se pode negar que há um fundo normativo na posição de garantia, afinal a criação do instituto é uma ficção jurídica. A omissão não existe em si mesma, ela apenas ganha relevância penal quando prevista pelo legislador com o fim de evitar a lesão a um bem jurídico em perigo. Nessa hipótese, a omissão de uma possibilidade certa de salvamento equivale à causação de uma lesão, de forma a possuir, portanto, um cariz político-criminal.

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; é dizer: o particular pode lançar mão de qualquer comportamento, desde que este não esteja proscrito pelo ordenamento jurídico, de sorte que o agente deve zelar para que sua conduta não gere riscos acima do tolerado para os demais. Por outro lado, é natural que no seio da sociedade se criem especiais relações de confiança, seja em âmbito familiar, seja em âmbito profissional e, devido a esta especial relação, a vítima ou é incapaz de criar uma esfera de proteção ou abre mão desta, transferindo-a ao garante, de tal sorte que passa a confiar que este irá assegurá-la.

¹⁵¹ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 94.

¹⁵² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 159.

¹⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 853.

Mas, para que se fale em uma especial relação entre o bem jurídico e o omissivo, é imprescindível a assunção fática do domínio sobre a causa do resultado típico, seja sobre o desamparo do bem jurídico, seja em relação à fonte de perigo. Dito de outra forma, tanto a relação especial, como a fonte de perigo não são condições suficientes para que se fale em posição de garantia, pois é essencial que o sujeito tenha o domínio real, não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado. E, por ter este domínio deve garantir que os riscos que caminham em direção ao bem jurídico permaneçam dentro do permitido.

Outro ponto a ser levado em consideração é que ao contrário da legislação alemã e espanhola, o Código Penal brasileiro, no artigo 13º, §2º, coloca como pressuposto da posição de garantia a possibilidade de agir. Isso vai de encontro ao critério do domínio. “Domínio” é a influência decisiva sobre algo ou alguém. “Poder”, a seu turno, é passível de ser interpretado como possibilidade ou capacidade de algo. Ora, quem não detém a capacidade, naturalmente não tem o domínio. O primeiro é condição necessária para o segundo e vice-versa. Com efeito, aquele que não é capaz de agir não é garante, a uma porque não possui o domínio sobre a causa ou fundamento do resultado, a duas porque não pode a sociedade ou o ordenamento jurídico criar a expectativa de que aquele que não tem capacidade físico-real de evitar a lesão ao bem jurídico irá fazê-lo.

Portanto, para que seja possível a incidência das hipóteses de incidência da posição de garantia, é necessário que o agente tenha o domínio sobre o fundamento do resultado, seja pelo controle sobre o desamparo da vítima, seja pelo controle da fonte de perigo. Em suma, o sujeito deve dominar o controle sobre o assecuramento ou a lesão do bem jurídico

Se pensarmos no exemplo exposto no item 2.2., no caso do médico que não compareceu ao plantão, ocasião na qual a vítima, com quadro clínico grave, veio a falecer, de fato, havia uma expectativa de que o médico comparecesse ao nosocômio. Assim, pode-se discutir se sua atitude foi imoral, que se distanciou em muito do Juramento de Hipócrates. Todavia, o médico não assumiu o domínio fático sobre o desamparo da

vítima, porque não possuía o controle sobre a causa que levou ao resultado morte, ou seja, a enfermidade. Dito de outra forma, jamais possuiu o domínio sobre a vida e a morte do paciente. Portanto, não é possível atribuir-lhe a posição de garante e, por conseguinte, não poderia ter respondido por omissão imprópria.

Cabe questionar se, caso o garante se coloque deliberadamente na situação de incapacidade, essa situação o livra de tal qualidade. Neste cenário, deve-se levar em consideração, de forma analógica, a teoria da *actio libera in causa*. Afinal de contas, quando o agente, sabendo de sua posição de garantia, coloca-se dolosamente em situação de incapacidade, há a criação de um risco não permitido para o bem jurídico.

4. Garante de proteção e garante de vigilância

Parte de Kaufmann a divisão das posições de garantidor em função das tarefas de proteção de um bem jurídico e de vigilância sobre uma fonte de perigo, enquanto o primeiro deve assegurar o bem jurídico de ameaças advindas de fora da esfera de proteção, independente de uma conduta própria anterior, o segundo deve controlar os riscos oriundos da fonte de perigo para se mantenham dentro do tolerado e, caso extrapolem tal umbral, devem evitar que este risco se transforme em uma lesão a bens jurídicos de terceiros¹⁵⁴. Evidentemente que tais funções podem ser sobrepostas, por exemplo, no caso de uma máquina cuja operação é perigosa, deve ser controlada tanto para que não cause danos a terceiros fora da empresa (vigilância), quanto aos próprios empregados (proteção)¹⁵⁵. Cabe aplicar a tal distinção funcional o critério de domínio, tomando como base o entendimento proposto por Heloísa Estellita.

4.1. Garantidor de proteção.

A finalidade da posição de garantidor de proteção é a contenção dos perigos que, oriundos do mundo exterior, caminham em direção ao bem jurídico desamparado.

¹⁵⁴ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 95.

¹⁵⁵ Idem. Ibidem. p, 96.

A seu turno, o fundamento do garante de proteção, que em Schünemann advêm da custódia, tem como base a especial relação de dependência entre o detentor do bem jurídico e o garantidor, ou nas palavras de Mir Puig, uma absoluta dependência existencial de uma pessoa em relação a outra¹⁵⁶. Tal relação pode nascer tanto de uma proximidade sócio existencial na vida em comunidade, quanto da assunção voluntária de uma função de proteção ou guarda de bens jurídicos determinados¹⁵⁷.

A relação de dependência é estabelecida quando o desamparado é vulnerável por suas próprias condições ou quando ele se coloca em situação de perigo confiando no garantidor, ato que não faria se não fosse a força de tal relação. Nesta constelação, o garantidor é encarregado de adotar as medidas de proteção, porque o titular do bem jurídico deixa de adotar ulteriores precauções destinadas à sua proteção, suportando um risco maior¹⁵⁸. Em função do risco suportado pelo titular do bem jurídico, o garantidor passa a dominar as causas que podem gerar lesão.

4.1.1. Relações de proteção familiar

É o exemplo da posição de garantia dos pais em relação aos filhos menores que vivem na casa familiar. Nesta situação, ainda que as normas oriundas do Direito Civil não sejam tidas como decisivas, os pais são considerados garantidores porquanto exercem o domínio sobre o cuidado da criança. Isso porque, devido à sua situação de desamparo, não possuem aptidão para zelar por sua integridade por si próprio¹⁵⁹. Portanto, os ascendentes precisam garantir aos descendentes menores os devidos cuidados, seja com alimentação, seja com higiene, como também preservá-los dos perigos do mundo exterior e de comportamentos auto lesivos.

¹⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. p, 321.

¹⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.093.

¹⁵⁸ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 95; JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p, 669.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 857.

Há de se destacar, ainda, que a relação sócio existencial de pais e filhos permanece não obstante a ausência física momentânea¹⁶⁰, pois mesmo neste cenário devem tomar os cuidados com o objetivo de minimizar perigos externos, como é o caso dos pais que deixam a casa para uma tarefa, ocasião na qual devem garantir que as crianças – caso não possuam a idade e a maturidade adequada para ficarem sozinhas – sejam deixadas sob os cuidados de uma pessoa adequada¹⁶¹. Por outro lado, pode ser que as condições fáticas conduzam a um distanciamento tão grande entre os ascendentes e descendentes que não seria racional exigir um cuidado¹⁶², como, por exemplo, no caso de separação entre os pais, na qual se estabelece que apenas um deles ficará encarregado pela guarda da criança¹⁶³. Neste cenário, o pai que não vive mais com o filho não se encontra em posição de garantia porque não tem o domínio da assistência e supervisão.

Importante trazer a baila a observação feita por Claus Roxin, no sentido de que as regras de proteção são relativizadas na medida em que as crianças necessitam de certa liberdade e autonomia dentro do marco do educativamente razoável ou defensável para se desenvolverem como pessoas responsáveis. Afinal de contas, seria equivocado que o Direito Penal exigisse a criação de crianças superprotegidas. Pelo contrário, os descendentes, na idade adequada, devem sair com seus amigos sem a vigilância constante de seus pais, devem utilizar o transporte público e, por exemplo, ir a excursões¹⁶⁴. Trata-se, aqui, de um risco tolerado.

O dever jurídico de garante dos pais em relações aos filhos cessa quando estes atingem a maioridade e, naturalmente, saem da esfera de proteção dos genitores para seguirem seu próprio caminho. Há, todavia, discussão na doutrina. Wessels, Beulke e Satzger entendem que mesmo após a saída da casa familiar, o dever de garante permanece quando os filhos adultos requerem ajuda em caso de perigo grave à vida, à

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.093.

¹⁶¹ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 97.

¹⁶² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 248; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ BATISTA, Nilo/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. vol. II. p, 360.

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 858.

liberdade ou à integridade¹⁶⁵. Tendo a entender que, em relação aos filhos maiores, irá depender do caso concreto, porque na medida em que se trata de pessoas cuja esfera de autonomia é, em princípio, absoluta, não há como se falar em controle por parte dos pais. Tal contexto, pode ser alterado, por exemplo, se os pais assumirem a função de proteção quanto a uma enfermidade, quando retomará a posição de domínio.

A regra da comunidade familiar, naturalmente, estende-se a avós e netos, filhos adotivos e pais adotivos, enteados e parceiros do pai ou da mãe. Já no que diz respeito aos filhos maiores em relação aos pais, tal cenário também marcado por esferas de autonomia totalmente independentes, de tal sorte que será necessário um evento concreto para que haja a posição de garantia.

4.1.2. Comunidades de vida

Cabe questionar se a especial relação de proteção também se dá no seio da relação conjugal ou de outras relações análogas. Para Jescheck, porquanto estas têm origem em recíprocas relações de dependência e confiança quanto ao cuidado, há o dever de garantia¹⁶⁶. Conforme já exposto o artigo 1.566, inciso III, do Código Civil de 2002 prevê o dever de mútua assistência entre os cônjuges. A doutrina civilista apresenta o conteúdo de tal dever como cuidados pessoais na moléstia, ao socorro nas desventuras, ao apoio na adversidade e ao auxílio constante em todas as vicissitudes da vida¹⁶⁷. Não se pode esquecer, no entanto, que tratam-se de duas pessoas auto responsáveis que gozam de âmbitos de autonomia individuais, como, por exemplo, podem regular suas relações de tal forma que cada um seja responsável por um negócio privado, ou pratique determinada atividade privada. Com efeito, na medida em que no âmbito da relação conjugal, em princípio, há duas esferas de liberdade separadas, não é possível se falar em domínio e, portanto, não há posição de garantia quando um dos consortes se encontra no âmbito de autodeterminação. Suponhamos um casal em um restaurante,

¹⁶⁵ WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut. *Derecho Penal*. p, 503.

¹⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. p, 670.

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol V. 29. ed. São Paulo: Saraiva. p, 151.

contexto no qual há uma briga, um dos cônjuges está embriagado e quer dirigir o seu automóvel, enquanto o outro, devido à rusga, decide ir para casa de táxi. É inegável que dirigir embriagado é uma atividade que causa riscos à integridade física, todavia o sujeito decidiu fazê-lo dentro do seu âmbito de autodeterminação, por conseguinte não pode se dizer que o outro consorte tinha o domínio daquela situação; não há, pois, posição de garante. Não se pode colocar uma regra geral no sentido de que os cônjuges cuidem um do outro, em todos os casos, afinal de contas não pode o Estado querer regular como vive um casal. Deve se analisar o caso concreto. Neste cenário, a mera norma de Direito Civil não é condição suficiente para a atribuição da posição de garante, a qual se dará contanto haja vulnerabilidade de determinado bem jurídico em razão da confiança, cuja constelação se opere o domínio de determinado cônjuge. É o caso da superveniência de um acidente, ou enfermidade, ocasião na qual o outro cônjuge tem um dever de evitar o resultado. Ora, naturalmente, o consorte acredita que caso sofra um mal súbito, o seu companheiro irá assisti-lo, é dizer: há uma situação de vulnerabilidade e um confia que o outro adotará as medidas de proteção, contexto em que haverá a posição de garantia. Em suma, caso o cônjuge tenha o domínio sobre o desamparo da vítima será garante com fundamento no artigo 13º, §2º, alínea “a”, do Código Penal.

4.1.3. Assunção de funções de proteção

Outro fundamento da posição de garantia radica da assunção, por parte do garante, da função de guarda e assistência de determinado bem jurídico do desamparado de proteção ou de terceiro em favor do carente. Como pontua Jorge de Figueiredo Dias, o que oferece fundamento ao dever não é uma relação contratual, mas sim a assunção fática de uma função de proteção materialmente baseada em uma relação de confiança¹⁶⁸. Ainda, a assunção deve vir de uma vontade de domínio, ou seja, deve ser

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I.* p, 1.096.

produto de um ato de vontade¹⁶⁹. Então, o sujeito que aceita cuidar de uma criança enquanto sua mãe sai para fazer uma atividade, mesmo que não tenha qualquer relação com o petiz, passa a ter uma posição de garantia. É o caso, por exemplo, do professor de natação, que se obriga a dar lições, com a respectiva função de guarda e assistência dos alunos. Ainda, dentro deste âmbito, é possível colocar o exercício de atividades perigosas, a relação médico-paciente e o exercício de funções ou serviços públicos.

Dentro da esfera do exercício de atividades perigosas entram os clássicos casos do instrutor de alpinismo que leva o grupo para uma expedição exploratória¹⁷⁰. Neste cenário, os aventureiros conquanto saibam a extensão do perigo da atividade, aceitaram fazê-la pois acreditam nos especiais conhecimentos do instrutor. Assim, devido a sua especial condição, o instrutor se encontra em uma posição de garantia.

Os médicos se assentirem a tratar do paciente, incluem-se na posição de garantidor. Como expõe Tavares, diante da relevância do exercício da profissão e dos fundamentos de confiança neles depositados pelo paciente, a assunção da responsabilidade se inicia com o tratamento¹⁷¹. A vulnerabilidade do paciente perante o médico é patente, pois deixa de tomar medidas proteção, ou, a depender do caso, nem sequer sabem quais cuidados tomar, e confiam que o médico irá ajuda-lo. Mas, frisa-se, que apenas será garante o médico que de fato assumir o domínio sobre o desamparo do paciente, ocasião na qual terá o domínio sobre a vida do paciente.

Ponto interessante é a assunção de deveres de proteção frente ao patrimônio alheio, como por exemplo, possibilidade de o delito de estelionato (artigo 171, *caput*, do Código Penal) ser praticado por meio de comissão por omissão. Tendo a acreditar não ser impossível. Imagine que uma consultoria ofereça a uma empresa um grande investimento em um planejamento tributário consistente na compra de soja em grão e a, pos-

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria*. p, 392.

¹⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. p, 671.

¹⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 329.

terior, exportação desta refinada, para gerar créditos tributários. Sendo que tanto transporte, como a exportação da soja ficariam a cargo da empresa de consultoria, ou seja, a empresa contratante nem sequer verá de fato a soja. Apesar do alto lucro, o risco de tal negócio é elevado, nada obstante a companhia decide aceitar tal perigo porquanto uma *Big Four*, sob a responsabilidade de um contador de renome, irá auditar as operações no aspecto físico e contábil. Tendo em vista que a *Big Four*, em princípio adotaria, as medidas de precaução, a empresa contratante deixa de adotá-las. A empresa, neste contexto, compra a soja, paga seu beneficiamento e, por fim, após a empresa de consultoria apresentar o documento de que a soja foi exportada, a empresa contratante aproveita dos créditos tributários, pois a auditora comprovou a veracidade da operação. Eis que se descobre que as operações eram fraudulentas, tratando-se de operações simuladas, ou seja, a empresa contratante pagou por uma soja inexistente e, se não havia soja, os créditos tributários apurados eram indevidos. Neste caso, na medida em que o contador assumiu a função de proteger o patrimônio da empresa durante a operação é garante, de sorte que, caso comprovado o dolo, deverá responder por estelionato por comissão por omissão (artigo 171, *caput*, c.c. artigo 13º, §2º, alínea *b*, ambos do Código Penal).

Por fim, no que diz respeito ao exercício de funções ou serviços públicos, ainda que não regulamentados, ou regulamentados genericamente podem fundamentar uma posição de garantia, cuja base não se encontra na lei ou contrato, mas sim na aceitação da própria incumbência do cargo ou da função pública¹⁷². Para mais, o funcionário público apenas poderá ser responsabilizado como se resultado tivesse causado atividade se tiver o domínio do acontecimento, e não por uma mera inobservância do dever formal¹⁷³. O diretor de um estabelecimento de execução penal deve proteger os presos porque possui o domínio sobre o desamparo destes em relação aos perigos específicos ligados à prisão. O funcionário de repartição pública ligada proteção do meio ambiente domina o seus atos administrativos, mas não os comportamentos dos demais cidadãos, logo responderá por poluição à título de omissão imprópria (artigo 54 da Lei nº 9.605/98

¹⁷² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 331.

¹⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria*. p, 173.

c.c. artigo 13º, §2º, alínea b, do Código Penal) caso não revogue, por exemplo, uma licença ilegal de uma indústria que não observa os métodos destinados a controlar a contaminação da água ou do solo. Porém, por outro lado, não responderá por omissão imprópria se, fora de seu âmbito de tarefas e competências, não intervir contra dos cidadãos caso este cometa um delito ambiental.

Da mesma forma, os agentes e as autoridades policiais, uma vez que assumiram a incumbência de proteger os bens jurídicos dos particulares, tais como a vida, a integridade física, a liberdade e o patrimônio, passam a ser garantes. E tal dever, conquanto esteja previsto da lei, desta não deriva, e sim da própria função, cujo exercício concreto implica a aceitação de encargos individuais¹⁷⁴. Para que haja um estado de paz os componentes da sociedade cedem ao Estado parte de sua esfera de liberdade, pois acreditam que as armas de tal Ente irão protegê-los. A polícia por ser, na segurança pública, justamente este braço armado cuja finalidade é proteger os particulares, cria uma relação de confiança, de tal sorte se instala o domínio de tal função pública sobre o desamparado dos bens jurídicos dos cidadãos. Assim sendo, caso o policial se depare com uma situação de perigo ou lesão a um bem jurídico, caso possível, deve intervir. Cabe pontuar ainda que este dever apenas se aperfeiçoa em relação às efetivas vítimas de delitos.

4.2. Garante de vigilância sobre uma fonte de perigo

Os deveres de garante decorrentes da função de vigilância e segurança face a uma determinada fonte de perigo são muito mais estreitos do que os deveres de proteção. Isto porque, os primeiros estão vinculados ao controle apenas da nascente do risco, ao passo que no segundo a exigência de defesa é em face de todas as espécies de situações que podem afetar o bem jurídico¹⁷⁵.

¹⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. p, 331.

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.099.

Para Estellita, a responsabilidade dos garantidores de vigilância decorre do uso de sua liberdade de organizar a sua vida como bem entender (autonomia individual), desde que não interfira nas esferas alheias de autonomia. Em tal contexto, estão proibidas tanto as ações perigosas, como a omissão da adoção de condutas de manutenção do risco já criado para patamares seguros. A criação da fonte de perigo legitima a exigência de que o particular a controle dentro dos patamares permitidos e, caso extrapole-os, que os reconduza ao tolerado. Esta incumbência, pontua a professora da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, é um contraponto da liberdade reconhecida juridicamente de possuir objetos com exclusividade e de organizar e controlar pessoas, excluindo a interferência dos demais, portanto deve impedir que de tais fontes saiam lesões a terceiros¹⁷⁶. =

A doutrina divide este grupo em três espécies: o dever oriundo de um atuar precedente perigoso (ingerência), a responsabilidade por coisas perigosas e a responsabilidade por pessoas perigosas.

A ingerência já foi tratada nos itens 2.4 e 2.5.2.1, é verdadeira, como observa Roxin, criação, pelo próprio omitente, de uma nova fonte de perigo que deve ser controlada antes de transformada em um resultado típico. Há de se destacar, ainda, que o resultado, antes de tudo, deve ser objetivamente imputável ao sujeito, para que se fale em comissão por omissão. Assim, não se torna garante aquele que com seu fato precedente atua dentro dos limites do risco permitido. Com efeito, o operador de uma máquina que mantêm o risco advindo desta dentro do risco tolerado, não irá responder por comissão por omissão caso esta venha a gerar danos. O mesmo se diz do motorista que, adotando todas as medidas de cuidado, vem a colidir com outro veículo e, da colisão se produza uma lesão a um terceiro. Neste contexto, caso não auxilie a vítima, o motorista responderá por omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal). Para mais, caso a

¹⁷⁶ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 99.

criação do risco tenha sido objetivamente lícita, mesmo que não culposa, não há como fundar uma posição de garante¹⁷⁷.

A responsabilidade por coisas perigosas vem do dever de controle de fontes de perigo que operam no âmbito do domínio próprio. Aquele que possui, em sua esfera de domínio, coisas móveis ou imóveis que podem causar danos a bens jurídicos alheios, deve adotar as medidas de cuidado para que este perigo não se realize¹⁷⁸. Assim, aquele que controla uma fonte de riscos determináveis dentro de um âmbito de atuação objetivável deve atuar no sentido de afastar ou minimizar os perigos que pode gerar para o exterior¹⁷⁹. É o caso das plantas industriais e instalações que devem ser mantidas, por quem as explora, em um estado apropriado¹⁸⁰. Além disso, podem ser vistas como coisas perigosas um cão, uma barragem, ou um carro¹⁸¹.

Em relação ao dever de garante face à atuação de terceiros, não se pode esquecer que, pelo princípio da auto responsabilidade, se desprende que, em regra, não existe dever de controlar o comportamento de outras pessoas¹⁸². Este princípio, contudo, pode ser relativizado em certas situações, como é o caso de sujeitos cuja responsabilidade é limitada ou diminuída. Nestes cenários, a comunidade jurídica pode atribuir a alguém, que exerça o controle ou o domínio, a responsabilidade de vigiar tais pessoas. Assim será com os pais em relação aos filhos e os médicos de uma clínica psiquiátrica em relação aos pacientes.

CAPÍTULO IV CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que:

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.101.

¹⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. p, 337.

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. tomo I*. p, 1.102.

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 886.

¹⁸¹ ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes (...)*. p, 99.

¹⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II*, 2014. p, 886.

A expectativa social não é condição suficiente para que se possa falar em relevância penal, porquanto existem fatos antiéticos, imorais, desleais e desviantes que não são jurídico-penalmente relevantes. E isso se dá pela própria função do Direito Penal, que é proteger os bens jurídicos mais essenciais para o desenvolvimento do indivíduo perante a sociedade. O delito omissivo, portanto, deve caminhar neste sentido. Desta forma, para que a omissão cumpra sua função político-criminal, é necessário que a ação omitida, em determinada situação no espaço-tempo, pudesse resguardar um bem jurídico que se encontrava em perigo.

Os delitos omissivos, dividem-se em próprios e impróprios, sendo que a diferença entre elas é a posição de garante do autor. O Código Penal brasileiro adotou as teorias das fontes formais, pelas quais o dever de garante nasceria da lei, do contrato ou da ingerência. Todavia, além do direito pátrio não prever uma cláusula de equivalência entre ação e omissão que justifique a punição desta como se o sujeito tivesse causado o resultado ativamente, as fontes taxativas não são suficientes para resolver de forma satisfatória uma gama de casos. Neste passo questionou-se a possibilidade de alavancar um conceito material de garante.

No presente trabalho, caminhamos no sentido proposto por Bernd Schüne-
mann, temperada com a ingerência e os critérios normativos propostos por Claus Roxin e Heloísa Estellita. O artigo 13º, §2º, do Código Penal coloca como condição da posição de garantia o “poder agir”. O “domínio” é pressuposto do “poder”. Aquele que não é capaz de agir não é garante, afinal não pode a sociedade ou o ordenamento jurídico criar a expectativa de que aquele que não tem capacidade físico-real de evitar a lesão ao bem jurídico irá fazê-lo. Portanto, apenas será garantidor aquele que tenha o domínio sobre o fundamento do resultado típico, que tinha o controle sobre o asseguramento ou a lesão do bem jurídico. As hipóteses de incidência das alíneas do supramencionado dispositivo, seja a obrigação legal, seja assunção da responsabilidade, ou seja a ingerência devem ser interpretadas de acordo com o critério do domínio.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 16. Ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal – parte geral*. trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906. Tübingen: Mohr.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. vol. I*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- _____. *Da omissão imprópria por ingerência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 134, set.. 2020
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense. p, 297
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- COSTA, Fernando Calix Coelho da. *A fundamentação da posição de garantia*. In: COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. 8ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. *Curso de direito penal. vol. I*. São Paulo: Saraiva. 1995
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. tomo I. 3. ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. vol V*. 29. ed. São Paulo: Saraiva. p, 151.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas 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*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HÚNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I. tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Derecho penal: parte general*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

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

SEELMANN, Kurt et al. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Campinas: Russell Editores, 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini/ DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. Parte General*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958. p, 118

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editora Reppertor, 2006. p, 313

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p, 217

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. vol. I. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. vol. I. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. tomo I. Madrid: Editorial as, 1997.

_____. *Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Civitas-Tomson Reuters, 2014. p, 755.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial – A omissão do empresário como crime*. In: *Coleção de Ciência Penal Contemporânea*. vol. V. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal*. vol. I. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996. p, 81 – 82;

_____. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1970

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/ SATZGER, Helmut. *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general* 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

_____ / BATISTA, Nilo/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. *Direto penal brasileiro*. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p, 359.

_____ / PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019..