

revista
Liberdades

Revista Liberdades
nº 04 - maio-agosto de 2010
ISSN 2175-5280



revista eletrônica



EXPEDIENTE

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

Presidente: Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente: Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária: Juliana Garcia Belloque

2º Secretário: Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro: Édson Luís Baldan

2º Tesoureiro: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito, Carlos Alberto Pires Mendes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Sérgio Salomão Shecaira, Theodomiro Dias Neto

revista
Liberdades

Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM

DEPARTAMENTO DE INTERNET

Coordenador-chefe:

Luciano Anderson de Souza

Coordenadores-adjuntos:

João Paulo Orsini Martinelli

Luis Eduardo Crosselli

Regina Cirino Alves Ferreira

ARTIGO

1

CRIMES OMISSIVOS: ESTUDOS DOGMÁTICOS INTRODUTÓRIOS

Guilherme Rodrigues Abrão

Renata Jardim da Cunha Rieger

Sumário:

Introdução; 1. Noções Introdutórias; 2. Distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios; 3. Dever de garantia. História dogmática do instituto. Considerações sobre os critérios formal, material e material-formal.

Resumo:

O artigo discute os principais aspectos dogmáticos dos delitos omissivos. Inicialmente, referiu-se que o crime omissivo tem natureza meramente normativa, não gerando alterações no “real verdadeiro” (Faria Costa). Verificou-se, ainda, que não se confunde com o crime comissivo, sendo, em regra, menos grave do que este. Logo depois, foram analisados os principais critérios de distinção entre delitos omissivos próprios e impróprios, optando-se pelo critério do tipo legal (Armin Kaufmann). Posteriormente, foram estudadas as fontes do dever de garantia, passando-se pelas teorias formal, material e material-formal. Concluiu-se que esta é a mais adequada, na medida em que possibilita a busca do sentido social do dever de garantia e, ainda, confere limites não verificados na teoria material. Por fim, acrescentou-se que, especificamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o estudo do dever de garantia deve partir do art. 13, § 2º, do Código Penal, sob pena de agressão ao princípio da legalidade. Ressaltou-se, contudo, que a invocação deste dispositivo legal não é suficiente, sendo necessário buscar a relação comunicacional-base, que seja capaz de ancorar, em cada situação, legitimamente, o chamado dever jurídico de garante.

Palavras-chave:

Delitos Omissivos - Natureza normativa - Critério do tipo legal (Armin Kaufmann) - Fontes de dever - Teoria material-formal - Relação comunicacional-base.

I. Noções introdutórias

Atualmente, existe um significativo consenso doutrinário acerca da natureza meramente normativa do crime omissivo¹. Trata-se de uma realidade a ser buscada não mais na dimensão do ser, mas sim na do dever ser da normatividade jurídico-penal².

Como explica Fragoso³:

A omissão é algo inteiramente distinto da ação. No plano ontológico existem apenas ações. Omissão não é inércia, não é não-fato, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer algo, que o sujeito podia e devia realizar. Em consequência, não se pode saber, contemplando a realidade fenomênica, se alguém omite alguma coisa. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar.

No mesmo sentido, posiciona-se Faria Costa, identificando o fazer enquanto alteração do real verdadeiro e o omitir enquanto alteração de um real construído:

O fazer releva-se, sem dúvida, através de uma qualquer conduta, só que esta conduta arrasta, implacavelmente, uma mudança no mundo exterior do real verdadeiro. O “omittere” é de igual modo – desde que olhado pela óptica de uma apreensão global da vida enquanto “comunicatio” – uma manifestação inequívoca do modo-de-ser humano, um comportamento que, como tal, deve ser lido e valorado, mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro⁴.

Assim sendo, a natalidade do crime omissivo está condicionada à normatividade, “in casu”, jurídico-penal. “A omissão, enfim, surge para assumir o papel do fenômeno jurídico-penalmente relevante, diante do ‘descumprimento de um mandamento

1 Como observa Fábio D’Avila, durante algum tempo, o ilícito-típico esteve estruturado a partir de um conceito natural de ação e voltado ao desvalor do resultado. Neste período, surgiram teorias em prol de uma concepção naturalística da omissão, cujos principais expoentes foram Luden e Beling. Aquele propõe que se identifique a causa de hipóteses omissivas em uma ação positiva. Isso porque, enquanto omite, o destinatário da norma realiza uma outra conduta que é, sempre, uma conduta positiva, quer seja um simples observar, quer seja um distanciar-se do local. Já em Beling, a omissão era compreendida enquanto um processo físico do agente, configurando-se na “contenção dos nervos motores”: D’AVILA, Fábio. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos*. *Studia Iuridica* n° 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 184 e ss.

2 D’AVILA, 2005, p. 186 e ss.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 44.

4 FARIA COSTA, José de. Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria). *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXII, 1996, p. 392.

que, recepcionado em âmbito jurídico-penal, obrigava o sujeito a atuar⁵.”

Nesse contexto, é possível distinguir o crime omissivo do comissivo: aquele deriva da violação de uma norma mandamental, preceptiva; este, por sua vez, da violação de uma norma proibitiva. Justamente por isso, o delito omissivo representa um impacto maior na liberdade do sujeito.

Reconhece-se que, em geral, o delito omissivo é menos grave que o comissivo, “sempre que se trata de obstar à verificação de um resultado típico a violação de deveres de acção não se apresenta, em regra, tão grave como a violação das proibições correspondentes.⁶” Justamente por isso, no que tange ao delito omissivo impróprio, o Código Penal Português, no seu art. 10⁷, consagra uma causa de atenuação de pena⁸⁻⁹.

II. Distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios

Passa-se a analisar, ainda que sucintamente, os principais critérios para a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios, quais sejam, o do resultado e do tipo legal¹⁰⁻¹¹. O critério do resultado, também chamado de tradicional, é

5 D’AVILA, Fábio. 2005, p. 189.

6 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 925.

7 “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.”

No Direito Penal brasileiro, não há cláusula expressa consagrando a atenuação. Parece, contudo, possível a incidência da atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal: “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

8 Nas palavras de Faria Costa: “Ninguém duvida, ou melhor, para uma quase totalidade da comunidade afigura-se líquido que, por exemplo, o homicídio levado a cabo por acção, se comparado com o perpetrado por omissão, deve ser mais fortemente punido. há no ‘facere’, um potencial, um transporte de energia e uma realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o ‘omittere’ não pode beneficiar ou sequer reivindicar.”: FARIA COSTA, 1996, p. 392.

9 A atenuação não incide nos delitos omissivos próprios, “aí a moldura aplicável é expressamente prevista pelo tipo legal de crime, tudo se passando como se de um crime de acção se tratasse”. FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 926.

10 Insta referir que a primeira diferenciação foi realizada por Luden. O autor trabalhou com as categorias de crimes omissivos em sentido próprio (que consistiriam na violação de um dever mandamental previsto em lei, independentemente de lesar direito subjetivo alheio) e crimes cometidos através de uma acção omissiva (nos quais o fundamento da omissão reside no resultado, ou seja, “em um determinado resultado que, por sua vez, conferiria à omissão as características de uma conduta comissiva”, ocorrendo a violação de um direito subjetivo de outrem). Note-se que a distinção de Luden, de acordo com sua época, não menciona a questão de bem jurídico, ou seja, não parte da premissa de lesão ao bem jurídico, pois tais idéias eram, ainda, incipientes. Assim, não se falava em bem jurídico, mas em lesão a um direito subjetivo de outra pessoa. Evidente que isso fez com que o trabalho de Luden fosse perdendo força ao longo da evolução da dogmática penal, embora não esteja em total dissonância com o que se estuda hoje acerca do tema, tendo servido de importante ponto de partida. D’AVILA, 2005, p. 216 e ss.

11 Fábio D’Avila elenca e distingue outros quatro critérios classificatórios. O primeiro deles é o critério

o mais comum, sendo adotado pela maioria dos países, e vale-se de alguns elementos trazidos por Luden (primeiros esboços sobre a distinção) e, ainda, de certos aspectos dos critérios normológico e de Herzberg. Compreende-se que os crimes omissivos próprios consistem na desobediência ao mandamento legal (aquilo que é imposto pela lei), independentemente de ocorrer o resultado.

No que concerne aos crimes omissivos impróprios, entende-se que estão vinculados à ocorrência de um resultado, pois têm como fundamento a relevância do resultado, desde que haja a condição de garante. Ou seja: “os crimes omissivos impróprios são aqueles cuja existência está vinculada à ocorrência do resultado (típico) que tem o sujeito, na condição de garante, o dever de evitar”¹²⁻¹³.

O critério do tipo legal, também denominado de formal, foi elaborado por Kaufmann. Neste, a classificação entre crime omissivo próprio e impróprio depende do tipo penal. Assim, os crimes omissivos próprios estariam todos tipificados, ou seja, haveria um tipo penal específico o prevendo, o que, de certa forma, não traria maiores problemas. Os delitos omissivos impróprios, por sua vez, não teriam um tipo específico, pois seriam resultado da combinação de uma cláusula geral com o tipo penal de um crime comissivo.

Dessa forma, a omissão imprópria é equiparada à ação, ou, ainda, quando a equiparação não é resolvida pelo Legislador, seria, então, resolvida pela doutrina e jurisprudência, o que não refletiria nos crimes omissivos próprios, haja vista sua previsão legal. Este critério conta com importantes adeptos, como o italiano Giovanni Findaca¹⁴, cuja lição se transcreve:

A nostro avviso é, dunque, preferibile operare la distinzione tra reati omissivi propri e impropri in funzione della diversa “tecnica di tipizzazione” adottata dal legislatore. In base a

normológico, que se vale da norma violada. Sendo esta preceptiva, haveria delito omissivo próprio; sendo proibitiva, ter-se-ia um delito omissivo impróprio. O segundo é o critério de Herzeberg, segundo o qual os crimes omissivos próprios são aqueles cujo tipo admite sua realização apenas na forma omissiva; enquanto que, por crimes omissivos impróprios, se entendem aqueles cuja realização admite tanto na forma omissiva quanto comissiva. O terceiro critério apontado por Fábio D’Avila é do garante: o elemento distintivo seria o “dever de garante”, fundamental nos delitos omissivos impróprios e ausente nos omissivos próprios. O quarto critério é o lógico objetivo de Schünemann, o qual trabalha com a equiparação aos delitos comissivos: impróprias são as omissões equiparáveis às ações, e próprias são aquelas não equiparáveis. D’AVILA, 2005, p. 217 e ss.

12 D’AVILA, 2005, p. 220.

13 É nessa linha que Bitencourt aponta que os crimes omissivos próprios “são crimes de mera conduta, como, por exemplo, a omissão de socorro, aos quais não se atribui resultado algum”, enquanto os crimes omissivos impróprios “são crimes de resultado”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol.1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 172. É o que também coloca Gomes ao afirmar que os crimes omissivos próprios “são os que não descrevem e, por conseguinte, não exigem nenhum resultado naturalístico para a consumação formal, isto é, a simples transgressão da norma mandamental já é suficiente para a sua configuração (formal ou fática)”, sendo que os crimes omissivos impróprios “são crimes que exigem resultado naturalístico e que se caracterizam pela não execução (omissão) pelo agente da conduta esperada para evitar esse resultado”: GOMES, Luiz Flavio. *Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 428.

14 FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale: parte generale*. 3.ed. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 528 e ss.

questo criterio, sono da definire “propri” i reati omissivi direttamente configurati come tali dal legislatore penale (sia o no presente un evento naturalistico nella loro struttura); “impropri” gli illeciti omissivi carenti di previsione legislativa espressa e ricavati dalla conversione di fattispecie create, in origine, per incriminare comportamenti positivi.

Esta é, também, a compreensão do português Figueiredo Dias¹⁵:

Crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a PE referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Diversamente, delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, como tal legalmente prevista e punível na PG [...]

Este parece ser o melhor critério para estudar a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios, pois “a classificação de Kaufmann não apenas apresenta-se como a mais simples e clara entre todas as demais, como não se compromete com o conteúdo material do objeto classificado.” Pelo contrário, como observa Fábio D’Avila, “confere abertura e flexibilidade no desenvolvimento dos elementos constituintes do ilícito-típico omissivo próprio e impróprios, o que, ‘in casu’, em razão do seu estágio ainda incipiente de desenvolvimento, é especialmente benéfico”¹⁶.

III. Dever de garantia. História dogmática do instituto. Considerações sobre os critérios formal, material e material-formal

Garante é aquele sobre o qual recai um dever de, pessoalmente¹⁷, evitar um resultado; é aquele que – podendo impedir o resultado e não o fazendo – deve responder como se tivesse gerado-o. Nas palavras de Faria Costa, é no dever de garantia que se encontra a razão de ser para que um “non facere” possa merecer o mesmo desvalor, quer de omissão, quer de resultado, que o próprio “facere”¹⁸.

A idéia do dever de garantia não é, como observa Faria Costa, terra de ninguém: “pelo contrário, há uma forte tradição jurídica a dar-lhe conteúdo útil”¹⁹. O instituto pressupõe uma relação de responsabilização primitiva e tem por fundamento as

15 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 913 e ss.

16 Ainda, o autor coloca que “ademais, é também muito claro que a distinção feita por Kaufmann é a que melhor agrupa os problemas jurídico-dogmáticos dos crimes omissivos”. D’AVILA, Fábio. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos*. Studia Iuridica n° 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 228 e ss.

17 Não se trata, portanto, de qualquer dever geral, mas de concretos deveres que ligam o garante à proteção de bens jurídicos determinados ou à fiscalização de fontes de perigo igualmente determinadas: FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 934.

18 FARIA COSTA, 1996, p. 391.

19 FARIA COSTA, 1996, p. 397.

relações locutivas, vinculadas a uma certa expectativa juridicamente vinculante²⁰.

A história dogmática do dever de garantia, da posição de garante, conta com diversas teorias. Inicialmente, Feuerbach identificou que o especial fundamento jurídico do dever de garantia advém da lei ou do contrato. Stübel acrescentou um terceiro elemento, qual seja, a situação de perigo anterior criada pelo omitente. Lei, contrato e ingerência constituem, assim, as três fontes do dever de garantia daquela que ficou conhecida como a “teoria formal do dever de garantia”²¹.

Esta teoria é fruto do pensamento naturalista e positivista, dominante até princípio do século XX. Sobre ela, Figueiredo Dias²² aborda:

E compreende-se facilmente o que motivou a aceitação de um catálogo tão estrito e rigoroso – mas ao mesmo tempo, assim se acreditava, tão claro –, que nomeadamente, a devida obediência, que desta maneira se pensava levar a cabo pelo melhor, aos mandamentos de certeza e segurança do direito, de garantia dos cidadãos e de paz jurídica comunitária ínsitos no ‘nullum crimen sine lege’.

Entende-se que este foi o critério adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro²³. Isso porque o art. 13, §2º, do Código Penal prevê que o “dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; c) com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado.”

Contudo, esta teoria não traz o fundamento material, o sentido social, do vínculo de garantia. Segundo Figueiredo Dias, acaba por renunciar à consideração dos “conteúdos” dos deveres que assim se criavam; revelando-se incapaz de proporcionar um critério material de ilicitude da inobervância do dever de atuar²⁴⁻²⁵.

Reconhecidas as fraquezas da teoria formal, doutrina e jurisprudência

20 FARIA COSTA, 1996, p. 397.

21 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 934.

22 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 935.

23 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 221, e SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 120.

24 FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 935.

25 Mostrou-se, assim, ilusória a certeza da teoria formal. A lei e o contrato nem sempre fundamentam a posição de garante. Nem, inversamente, a invalidade de um contrato furta, necessariamente, a responsabilidade do omitente. No que tange à ingerência, a situação é ainda mais complexa, não se podendo falar em um dever jurídico formal que exista para a generalidade dos casos: é imprescindível saber os requisitos que deve assumir o fato anterior perigoso para que possa desencadear a responsabilidade do agente a título de comissão por omissão. Sobre o assunto, conferir: FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 934 e ss.

Faria Costa compreende que propugnar que qualquer das realidades normativas – e muito particularmente o contrato e a situação de ingerência – poderia, “ex abrupto”, criar o dever jurídico de garante determinaria uma violação da legalidade (tipicidade) e do princípio da reserva de lei. FARIA COSTA, 1996, p. 397.

voltaram-se a uma concepção material. A palavra decisiva aqui pertenceu a Armin Kaufmann, através da concepção que ficou conhecida por teoria das funções.

Segundo esta teoria, os deveres de garantia fundam-se numa função de guarda a um bem jurídico concreto (deveres de “proteção” e “assistência”) ou numa função de vigilância de uma fonte de perigos (deveres de segurança e de controle). Naquela situação, o bem jurídico deve ser protegido de todos os perigos, enquanto nesta, o garante tem deveres vinculados a fontes de perigo determinadas²⁶⁻²⁷.

De acordo com Jescheck, a concepção material “señala un camino para resolver la problemática del garante sobre la base del sentido social de los diferentes deberes”²⁸. Nesse sentido (utilizando-se de referências teóricas originais à discussão), é pertinente a observação de Faria Costa no sentido de que é nas omissões impuras que de forma mais patente se revela a relação de cuidado-de-perigo, originada de um dever jurídico de evitar a produção do resultado jurídico. E esta relação se dá em uma realidade construída, portanto, meramente normativa.

Assim, se o resultado ocorre devido à conexão entre o resultado proibido e a violação do dever pessoal de garante – porque, em outro nível, se violou o dever de cuidado que, no caso concreto, seria o de ver reforçada a própria relação de cuidado – então, o não agir tem, em princípio, a mesma densidade axiológica de um “facere” violador da relação de cuidado-de-perigo conducente à proteção do mesmo bem jurídico²⁹⁻³⁰.

26 Nas palavras de Kaufmann, “la tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar ‘vigilante’ para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la ‘defensa en todos los flancos’ del concreto bien jurídico contra peligros de todo género.”[...] “Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada ‘fuente de peligros’, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el ‘poner coto a la concreta fuente de peligros; solo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar.”: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289 e ss.

27 A teoria de Kaufmann encontrou algumas variantes. Jakobs, por exemplo, fala em “deveres por força de uma competência institucional” e “deveres por força da competência de uma organização”: CARVALHO, Edward Rocha de. *Estudo Sistemático dos Crimes Omissivos*. Dissertação de Mestrado. Curitiba, 2007. p. 43 e s. e JAKOBS, Gunther. *A imputação penal da ação e da omissão*. Trad: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 8 e ss.

28 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. parte general. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 565.

29 FARIA COSTA, José de. *O perigo no direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 422. nota 131.

30 Importante referir que a relação de cuidado-de-perigo, por si só, não gera a garantia. Aquela é relação onto-antropológica fundante, matricial, que pode gerar em outros níveis de modo-de-ser individual e comunitário, relações outras em que, por certo, podem configurar a relação de garante. Esta, a relação

Jescheck observa que não se pode prescindir da origem dos deveres de garantia pelo perigo de uma ampliação sem limites, devendo-se, por isso, buscar um critério material-formal³¹. Idêntica posição é adotada por André Leite, para quem não se pode abrir mão dos desenvolvimentos teóricos da teoria formal e nem promover excessivo alargamento da posição de garante que colocariam em causa outros valores constitucionais. Diante disso, o autor português opta, expressamente, pela teoria material-formal:

Atentos os pressupostos materiais de que parte, esta orientação não despreza a imagem que a sociedade no seu todo tem de uma dada posição de garante, ou seja, é-lhe importante estabelecer como planos do respectivo dever hipóteses de vida social juridicamente reguladas que mereçam, por parte da comunidade, uma percepção directa ou indirecta de que, sobre um indivíduo colocado perante uma dada situação, impende uma obrigação jurídica de evitar um resultado lesivo de bens jurídicos alheios³².

No mesmo sentido, posiciona-se Figueiredo Dias, para quem é indispensável a busca de uma “determinação rigorosa dos deveres de garantia” e de um “catálogo mais estrito e determinado possível”. Deve-se recusar que aí reentrem cláusulas gerais, mais ou menos indeterminadas, e, ainda, uma exagerada funcionalização do catálogo, que o faça perder o conteúdo material³³. E o autor descreve aquela que seria a verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia:

A verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside em algo muito mais profundo, a saber, na valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo penal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação concreta, por força das existências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade³⁴.

As limitações aos deveres de garantidor não encontram consenso entre os defensores da teoria material-formal. Pelo contrário: cada autor apóia-se em determinados elementos, encontrando-se consistentes e interessantes construções na doutrina portuguesa³⁵.

de garante, é relação construída, “norma de norma”: FÁRIA COSTA, José de. *O perigo no direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 446.

31 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. parte genereal*. Traducción José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 565.

32 LEITE, André Lamas. *As posições de garantia na omissão impura. Em especial a questão da determinabilidade penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 192/193.

33 FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 924.

34 FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 938.

35 Figueiredo Dias, por exemplo, parte dos dois elementos da “teoria das funções” (bem jurídico e fonte de perigo). No que tange aos deveres de proteção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo, identifica três situações de garantia, a saber, as relações de proteção familiares ou análogas, de estreitas relações de comunidade (nomeadamente, dentro de uma estrutura organizada) ou, ainda, da assunção voluntária de proteção ou de guarda a determinados bens jurídicos. Em qualquer situação,

Especificamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o estudo do dever de garantia deve partir do art. 13, § 2º, do Código Penal, sob pena de agressão ao princípio da legalidade. Deve-se, contudo, ter sempre presente que não é suficiente a invocação deste dispositivo legal: é necessário buscar a relação comunicacional-base, que seja capaz de ancorar, em cada situação, legitimamente, o chamado dever jurídico de garante³⁶.

Bibliografia:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol.1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Edward Rocha de. *Estudo Sistemático dos Crimes Omissivos*. Dissertação de Mestrado. Curitiba, 2007.

D'AVILA, Fábio. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos*. *Studia Iuridica* nº 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

FARIA COSTA, José de. Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria). *Boletim da Faculdade de Direito*. v. LXXII, 1996, p. 391-402.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FINDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale: parte generale*. 3.ed. Bologna: Zanichelli, 2000.

GOMES, Luiz Flavio. *Direito penal: parte geral*. Vol.2. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JAKOBS, Gunther. *A imputação penal da ação e da omissão*. Trad: Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. parte general*.

considera imprescindível a existência de relações fáticas (no sentido de proximidade sócio-existencial) entre aquele que tem um dever e o bem jurídico, nomeadamente uma situação real de dependência entre este e aquele. No que tange à fonte de perigo, Figueiredo Dias observa, acertadamente, que os deveres são mais estreitos, porque não se fala na proteção de um dado bem jurídico de todas as formas de perigo: o dever de garantia está vinculado ao controle e à vigilância apenas da fonte de perigo. Também aqui, o autor identifica três subgrupos, quais sejam, a “ingerência”, o âmbito do domínio próprio e a atuação de terceiros. Por fim, Figueiredo identifica outra causa de dever de garantia, consistente no domínio fático absoluto da fonte de perigo (posições de “monopólio”). Aqui, é necessário observar alguns requisitos, quais sejam: 1) o agente estar efetivamente investido, mesmo que só por circunstâncias ocasionais, em uma posição de domínio fático absoluto e próximo da situação; 2) o perigo ser agudo e iminente e 3) o senhor da situação possa levar a cabo uma ação esperada, sem incorrer em situação perigosa para si mesmo: FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 939 e ss.

36 FARIA COSTA, 1996, p. 397 e ss.

Traducción José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Guilherme Rodrigues Abrão

Advogado, Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), especialista em Direito Penal Empresarial (PUC/RS) e em Ciências Criminais (Rede LFG) e Professor de Direito Penal da Ulbra.

Renata Jardim da Cunha Rieger

Advogada, Mestranda em Ciências Criminais (PUC/RS) e especialista em Direito Penal e Processual Penal (Faculdade IDC).