

Reinterpretando a posição de garante no Código Penal brasileiro

Mateus Castriani Quirino

Assessor da Procuradoria Regional Eleitoral/MS. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior de Direito/MS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Resumo: O presente artigo versa um dos elementos fundadores da omissão imprópria, especificamente a posição de garantidor, com especial análise de sua normatização à luz do Código Penal brasileiro. Após o exame das duas principais teorias acerca da fundamentação da posição de garantia (formal e material), foi indicado que a interpretação das alíneas do art. 13, § 2º, do CP deve conglobar as referidas teorias de modo a satisfatoriamente delimitar o âmbito de responsabilização de determinados sujeitos especialmente vinculados a certos bem jurídicos.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Posição de garante.

Abstract: The article deals with one of elements of the improper omission offenses, namely the role of the guarantor, analyzing specially the Brazilian Criminal Law article that regulates the issue. After examining the two main theories about the sources of the duty to guarantee, it was indicated that the proper interpretation of the Brazilian Criminal Law requires the integration of both main theories in order to clearly define the role of the guarantor.

Keywords: Improper omission. Role of the guarantor.

Sumário: 1 Introdução. 2 Posição de garante. 2.1 Teoria formal ou clássica. 2.2.1 Função de proteção de um bem jurídico determinado. 2.2.2 Função de vigilância de uma fonte de perigo. 2.2 Teoria funcional ou material. 2.3 Art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro: releitura. 2.3.1 Obrigações de cuidado, proteção e vigilância decorrentes da lei. 2.3.2 Assunção fática da responsabilidade. 2.3.3 Ingerência. 3 Conclusões.

1 Introdução

A estruturação dogmática dos crimes omissivos impróprios no âmbito da teoria do delito, em que pese estar permeada por grandes incertezas e repleta de controvérsias, continua tendo sua análise descuidada, mormente se cotejada proporcionalmente com a atenção conferida a outros institutos.

A precisa definição do conceito jurídico-penal de omissão imprópria, a análise de sua estrutura e os requisitos necessários para a sua configuração são imprescindíveis para a fundamentação satisfatória da responsabilização penal a tal título e representam os pressupostos mínimos para a contenção da irracionalidade do poder punitivo. Trata-se de definir, em última análise, o que permite atribuir, à inatividade de determinados sujeitos especialmente obrigados a um dever de agir para impedir um resultado, a sua produção, tal como se o tivessem causado ativamente.

Entre os critérios que fundamentam a equivalência da omissão imprópria à comissão encontra-se a posição de garante, elemento do tipo objetivo da comissão por omissão, que merece, na sua normatização pelo Código Penal brasileiro, uma releitura interpretativa.

2 Posição de garante

Determinados sujeitos em posição de especial relação com o bem jurídico recebem o dever legal de agir no sentido de evitar seu resultado de lesão e somente eles podem ser autores dos delitos omissivos impróprios¹.

1 Ainda que seja um elemento do fundamento da equivalência normativa entre a comissão e a omissão imprópria, por meio da posição igualmente normativa do sujeito em relação ao bem jurídico, Chorres (2005, p. 67) indica que, tendo em vista “os antecedentes dessa figura e [a forma] como foi inserida definitivamente no vocabulário jurídico-penal, concluir-se-á que esta provém de um sistema dogmático ancorado em uma perspectiva ontológica”. Tradução livre do autor.

A noção fulcral das posições de garantia do bem jurídico em situação de perigo consiste na necessidade de uma prestação positiva de sua tutela por um determinado sujeito, permitindo ao titular do bem jurídico a submissão a riscos que de outro modo evitaria, além de permitir aos demais que confiem na intervenção ativa do sujeito em posição especial².

Tratando-se de elemento do tipo omissivo impróprio, por exigência da regra da legalidade³, o Código Penal brasileiro, com a reforma de 1984, passou a elencar as fontes do dever de agir nas alíneas do § 2º do art. 13.

De maneira prévia à análise individualizada de cada um dos dispositivos legais citados, é preciso proceder a uma breve explicação sobre as teorias desenvolvidas no seio da dogmática penal acerca dos critérios necessários para a configuração da posição de garantia, que consistem basicamente na teoria formal (ou clássica) e na teoria material (funcional) das fontes jurídicas.

2.1 Teoria formal ou clássica

A orientação segundo a perspectiva das fontes formais dos deveres jurídicos arrola como matrizes do dever de garantia, de modo geral, a lei, o contrato e o atuar precedente criador do risco de produção do resultado, aos quais foram acrescentadas as estreitas relações de vida⁴.

2 Nesse sentido, Cirino dos Santos (2006, p. 207) e Jescheck (1993, p. 564). Considerando que “autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado”, Fragoso (2004, p. 287) classifica tais crimes como próprios – no sentido de só poderem ser praticados por determinados sujeitos que reúnam certas condições fáticas e jurídicas (garantes). Igualmente, Prado (2007, p. 323) diz consistirem em crimes especiais.

3 Embora a tipificação não signifique, por si só, cumprimento efetivo às exigências da legalidade.

4 JAKOBS, 1995, p. 968-969; JESCHECK, 1993, p. 564; BIERRENBACH, 2002, p. 74.

A gênese das fontes dos deveres de garantia remonta ao pensamento de Feuerbach⁵, que, partindo da concepção de crime como lesão da liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pelas leis, argumentava não ser a omissão a obrigação originária do cidadão e, assim, para a existência de um delito de omissão, sempre seria necessário um fundamento jurídico especial que desse base à obrigatoriedade do agir (lei ou contrato)⁶. Saliente-se que, por requerer a lei um dever jurídico de agir, sua fonte deve fornecer deveres de cunho jurídico e não estritamente morais⁷.

Por sua vez, Stübel sustentou, em 1828, que, em determinadas situações, um atuar precedente que coloque alguém em perigo geraria o dever de agir para impedir o resultado. Spangenberg defendeu a insuficiência da lei e do contrato, acrescentando como fonte do dever de agir certas relações jurídicas especiais: as estreitas comunidades de vida, reconhecidas pelo Tribunal Supremo do Reich alemão (RGSt), em 1935⁸. Impende salientar que, na opinião de Jakobs, a teoria clássica só é formal na medida em que sustenta surgir o dever da lei ou do contrato, sendo que a complementação dessas matrizes com a “ingerência e a estreita comunidade de vida, suprime a conexão estrita da omissão imprópria com deveres jurídicos formais extrapenais”⁹, dando início à teoria material-funcional desenvolvida por Kaufmann.

Nota-se que a teoria das fontes formais reflete as influências do positivismo naturalista, no seio do qual foi desenvolvida, no sentido

5 JESCHECK, 1993, p. 564. SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 470, nota 8. BITENCOURT, 2006, p. 296. No entanto, Tavares (1996, p. 66) aduz que a concepção formal tripartida (contrato, lei e conduta anterior perigosa) remonta a Mezger.

6 Liszt (2006, p. 208-209), penalista do sistema clássico de delito, adotava como fundamentos do dever de obrar tanto os preceitos positivos da ordem jurídica, imposto pelo Direito Penal ou qualquer outro ramo do Direito, além da ação anterior, “que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como *contratio a elle* o abandono da direcção assumida”.

7 Assim, FRAGOSO, 2004, p. 287.

8 CARVALHO, 2007, p. 36-37.

9 JAKOBS, 1995, p. 968, nota 44. Tradução livre do autor.

da busca por segurança na especificação dos deveres de agir, por meio da utilização de critérios objetivos e sem atenção ao conteúdo. E as principais críticas a ela dirigidas residem justamente na falta de determinação do conteúdo do dever jurídico e de elementos materiais dele delimitadores¹⁰, deixando em aberto quais os bens jurídicos e quais os motivos fundantes e demarcadores do mandato.

2.2 Teoria funcional ou material

Diante das críticas à teoria formal sintetizadas, a denominada teoria material ou funcional, que tem como idealizador Armin Kaufmann, faz a disposição dos deveres de garante de acordo com a orientação de tais incumbências, subdividindo-se em garantes por função de proteção de um bem jurídico e por função de vigilância (controle) de uma fonte de perigo.

2.2.1 Função de proteção de um bem jurídico determinado

No caso do dever de garante de proteção de um bem jurídico concreto, há a criação de deveres, ao sujeito em posição especial de garantia, de proteção e assistência de determinados bens jurídicos contra processos que afetem sua existência¹¹. Nessa hipótese, a função de proteção “consiste na ‘defesa de todos os flancos’ do concreto bem jurídico contra perigos de todos os gêneros”¹².

A função em tela procede da solidariedade natural com o titular do bem, das estreitas comunidades vitais e da assunção da custódia, sendo necessária, em todos os casos, uma relação de dependência entre os sujeitos, a exposição a perigos maiores com

10 TAVARES, 1996, p. 68. JESCHECK, 1993, p. 565. Jakobs (1995, p. 969) reduz a utilidade da teoria formal a apenas um recurso mnemotécnico. Cirino dos Santos (2006, p. 207) fala ainda do desprestígio da teoria em razão da natureza limitada e rígida de suas categorias.

11 JAKOBS, 1995, p. 969.

12 KAUFMANN, 2006, p. 290; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 207; CARVALHO, 2007, p. 39.

base na confiança na atuação do garante ou que, por tal razão, se tenha renunciado a outras medidas de proteção¹³.

Em relação à mencionada solidariedade natural, exige-se a presença de um vínculo jurídico, tendo sua maior expressão nas relações familiares. Assim, por exemplo, o *Bundesgerichtshof* (BGH) já entendeu a existência de deveres de proteção de pais pelos filhos que com eles convivem em relação à vida e à integridade corporal. Igualmente, o dever do pai de impedir a ação abortiva da esposa, por solidariedade natural com o filho, chegando até mesmo a estender o dever a cunhados e noivos com promessa de casamento¹⁴ – ampliação que parece indevida, mas possível no caso de adoção irrestrita da teoria material.

As estreitas relações comunitárias ou vitais envolvem casos de comunhão de riscos, convivência análoga à matrimonial e relações de assistência, baseando-se fundamentalmente na confiança recíproca que gera relações de dependência, exposição a maiores riscos ou renúncia a outras medidas protetivas¹⁵. Assim, por exemplo, as obrigações geradas por uma relação de convivência homossexual com *animus* definitivo etc.

A assunção voluntária funda-se na já mencionada maior exposição a perigos ou dispensa de outros meios protetivos baseados na confiança da intervenção do garantidor. No caso de transmissão lícita dos deveres a um terceiro, há a desobrigação do responsável inicial, sendo certo que pouco importa a validade civil do contrato, mas sim a assunção real e efetiva do dever. São hipóteses os casos de um guia em uma expedição pela floresta em relação aos orientados; do alpinista experiente que leva algumas pessoas em excursão pela montanha; do médico plantonista que deve substituir outros médicos relativamente aos pacientes etc.

13 JESCHECK, 1993, p. 566.

14 Todos as decisões são citadas por JESCHECK, 1993, p. 566.

15 JESCHECK, 1993, p. 566-567.

2.2.2 Função de vigilância de uma fonte de perigo

Em relação à função de vigilância de uma fonte de perigo determinada, o objetivo é a proteção em favor de todos os bens (indeterminados) que potencialmente podem ser afetados por tais fontes de perigo. Trata-se de “pôr fim a uma concreta fonte de perigos; só secundariamente, como efeito reflexo, se deriva a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigo”¹⁶. A função em comento verifica-se basicamente nos casos de conduta perigosa precedente (ingerência), de fontes de perigo no próprio âmbito social de domínio e do controle da atuação de pessoas sob a vigilância do garante¹⁷.

A ingerência funda-se na ideia de que aquele que cria um perigo para um bem jurídico com sua conduta anterior deve evitar que ele se converta em resultado de lesão. Assim, por exemplo, quem adentra um paiol fumando cachimbo e deixa que fagulhas caiam sobre a palha tem o dever de impedir que o incêndio se propague¹⁸.

A vigilância de fontes de perigo sobre o próprio domínio fundamenta-se na confiança naquele que tenha poder de disposição sobre uma área aberta a terceiros ou que sobre eles produza efeitos, em relação ao controle dos riscos que dali advenham, seja por situações perigosas, seja por equipamentos, seja por animais etc. Exemplificativamente, considera-se garante o inquilino que assume o dever de cuidar do piso congelado espalhando sal sobre ele para evitar lesões; o proprietário de um animal que, dentro dos limites do dever de cuidado, responderá por danos que este cause¹⁹.

Por fim, fala-se, ainda, segundo a teoria material, da responsabilidade por atuação de terceiros sob vigilância, em razão de autoridade ou controle. Nesse sentido, haveria dever dos carcereiros de

16 KAUFMANN, 2006, p. 290. CARVALHO, 2007, p. 39.

17 JESCHECK, 1993, p. 567-568.

18 Exemplo citado em Bruno, 1967, p. 315, anterior ao atual art. 13, § 2º, do CP.

19 JESCHECK, 1993, p. 570-571.

evitação do cometimento de delitos pelos internos; por outro lado, não haveria dever de evitação de crimes derivados do vínculo matrimonial nem dos pais em relação a filhos maiores²⁰, por exemplo.

2.2.3 A busca pelos motivos da posição de garantia

A orientação funcional dos deveres de garantia não substitui, mas pressupõe um fundamento jurídico para as posições, uma vez que unicamente elucida a direção e a orientação de tais deveres, segundo as respectivas funções de proteção de um bem jurídico e de controle de fonte de perigo²¹. Não há, destarte, a elucidação do motivo de tais posições.

Além disso, não é possível inferir consequências sistemáticas dessa bipartição, que acaba por permitir o enquadramento de um mesmo caso em ambas as hipóteses. Em outros termos, a teoria poderia levar a uma diferenciação circular: a proteção de bens jurídicos depende da vigilância de fontes de perigo, e a vigilância de uma fonte de perigo é uma forma de proteção de um bem jurídico²².

Desse modo, Silva Sánchez sustenta ser mais satisfatório falar em situações concretas de garantia, pois, em ambos os casos, tratar-se-ia de proteção de determinados bens de certos perigos e a delimitação de tais situações (relação entre perigo e bem jurídico) somente se concretizaria pelo compromisso efetivo do garante, que guarda relação com a fonte de perigo ou com o bem afetado²³.

Acerca do fundamento da responsabilidade, Jakobs entende relevante a determinação do fim de proteção, não percebendo proeminência na distinção entre ação e omissão, dando enfoque à divisão de responsabilidades.

20 JESCHECK, 1993, p. 571.

21 Nesse sentido, JAKOBS, 1995, p. 969.

22 CHORRES, 2005, p. 79.

23 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 464.

Assim, haveria deveres em decorrência de responsabilidade por organização (paralelos aos delitos de domínio por comissão) e deveres em razão de responsabilidade institucional (correlatos aos delitos de infração de dever por comissão)²⁴.

Nos deveres em virtude de responsabilidade por organização, o mandamento se dirige à evitação de consequências de lesão a bens jurídicos pela organização do autor (assegurar perigos derivados de objetos, atividades empresariais etc.), incluindo os casos de comportamento já realizado, em que os efeitos potenciais de tal comportamento delimitariam o alcance da responsabilidade por organização (caso de ingerência)²⁵.

A responsabilidade institucional, por seu turno, refere-se à conexão de círculos vitais, que idealmente devem se conformar agrupadamente e, somente quando tais instituições tenham a mesma importância para a existência da sociedade que a liberdade por organização e a responsabilidade por consequências, é que serão equivalentes à comissão (relação paterno-filial, matrimônio, confiança especial, relações estatais de poder)²⁶.

A posição do penalista de Bonn entende ser a fonte jurídica formal do dever algo secundário, sendo que a lei não criaria a posição de garantia, o que conduz à inviabilidade de seu acolhimento integral no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Também buscando elucidar o conteúdo das posições de garantia, Tavares indica três situações: vinculação especial familiar entre o sujeito garantidor e a vítima; obrigação profissional à proteção de outras pessoas (guia de expedição com os acompanhantes, médico em relação aos pacientes etc.); responsabilidade por fontes de perigo (pais em relação aos atos dos filhos, pessoas

24 JAKOBS, 1995, p. 670-671.

25 Idem, p. 673.

26 Idem, 1995, p. 994.

que detêm autoridade com relação aos subordinados, casos de inge-
rência etc.)²⁷.

De todos os modos, seja considerando as funções preconiza-
das por Kaufmann, seja com base nas inúmeras outras teorias que
buscam um motivo para as posições de garantia, certo é que tais
fundamentos não bastam, por si sós, para a delimitação da fun-
damentação da punibilidade da omissão imprópria, sob pena de
ampliação irrestrita do dever e diante da indeclinável atenção à
regra da legalidade, que impõe a observância, no caso brasileiro, do
disposto nas alíneas *a* a *c* do art. 13, § 2º, do Código Penal.

2.3 Art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro: releitura

A análise da posição de garantia, tanto pela perspectiva formal
como pela funcional, leva à conclusão pela insuficiência isolada de
cada uma delas. Isso porque a teoria formal, como já mencionado,
peca ao não delinear do conteúdo do dever jurídico seus elementos
materiais. De igual maneira, a adoção pura e simples do critério
material representa um grande déficit de segurança jurídica, na
medida da amplitude e difusão de suas categorias²⁸.

A reforma da parte geral do Código Penal, trazida pela Lei
n. 7.209/1984, fez a especificação das fontes do dever de agir em
assonância com o critério formal, segundo grande parte da dou-
trina²⁹. Embora não pareça adequado falar em adoção de uma teoria
pela legislação, nota-se, de fato, clara influência no texto legal.

A crítica recorrente ao dispositivo e suas alíneas consiste no
fato de, ao prescrever a atuação com o fim de evitação do resul-
tado, a lei não se preocupou em precisar o conteúdo do dever de

27 TAVARES, 1996, p. 69.

28 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 207.

29 Por todos, CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 208.

agir nem de delimitar quais os resultados de lesão são atribuíveis ao sujeito em posição qualificada (de garantia) que estabelece³⁰.

Assim, argumenta-se que o art. 13, § 2º e alíneas, do Código Penal, seria problemático na medida em que a mera afirmação de um dever de agir para evitar o resultado, sem a explicitação definida dos componentes embaixadores de sua punibilidade, seria insuficiente para fundamentá-la³¹, ainda que manifeste as situações de sua gênese.

Resumidamente, as censuras ao dispositivo em comento por sua alegada incompatibilidade com o princípio da legalidade podem ser condensadas nos seguintes pontos: o fato de arrolar as fontes do dever de agir, sem explicitar o conteúdo desse dever; e a falta de precisão dos resultados de lesão atribuíveis ao sujeito em posição de garantia³².

A solução *de lege ferenda* para o problema da legalidade, normalmente apontada pelos críticos, consiste no tratamento da matéria de modo semelhante aos delitos culposos, por meio da previsão, na parte geral do Código Penal, de dispositivo prevendo que omissão imprópria só seria punida nos casos expressamente previstos e, na previsão dos crimes em espécie, da pena a ser aplicada no caso de realização típica do delito em comissão por omissão³³.

30 TAVARES, 1996, p. 68; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 202.

31 TAVARES, 1996, p. 81. Em sentido favorável à constitucionalidade do § 13 do Código Penal alemão, Jakobs (1995, p. 954), para quem a “cláusula de correspondência não é, p. ex., uma rede de segurança para as inseguranças na fundamentação de deveres de responder, regendo, isso sim, aqueles delitos nos quais a ação descrita tipicamente não se esgota em qualquer causação do resultado, mas que unicamente certos modos de ação realizam o tipo”. Tradução livre do autor.

32 Nesse sentido, além dos já citados Tavares (1996, p. 68) e Cirino dos Santos (2006, p. 202), também Costa Júnior (1989, p. 134).

33 A solução é de Munhoz Netto, citado por Costa Júnior (1989, p. 134), que indica, também, na p. 141, nota 380, Cunha Luna como partidário. Igualmente, Tavares (1996, p. 82). Reconhecendo a delimitação pouco precisa das posições de garantia dada pelo Código Penal brasileiro, porém, sem maiores argumentações, Bierrenbach (2002, p. 76) entende ser necessário o recurso à teoria material de Armin Kaufmann.

A questão, segundo nos parece, deve ser analisada tendo como parâmetro a regra de legalidade e de um de seus corolários, qual seja, o da máxima taxatividade da lei penal³⁴. Algumas considerações merecem ser feitas acerca do tema.

Nessa esteira, a Constituição prevê, a par da regra geral de legalidade, no inciso II de seu art. 5º, uma regra específica na seara penal (inciso XXXIX do mesmo artigo), que não só enuncia a necessária tipificação prévia de condutas para a motivação de sua sanção criminal, como também indica a indispensabilidade de maiores minúcias ao se tratar do tema no ramo do Direito Penal, relativamente à fundamentação da punibilidade daquelas condutas.

Embora por razões semânticas a precisão absoluta terminológica seja de raro alcance, certo é que todos os recursos técnicos devem ser expendidos pelo legislador de modo a conferir maior exatidão às leis, especialmente penais³⁵, uma vez que, como acertadamente indica Roxin, a imprecisão legal compromete a função autolimitativa do poder estatal, relegando o indivíduo à arbitrariedade; a separação dos poderes, por possibilitar/legitimar qualquer interpretação eleita pelo magistrado, o que poderia infringir a competência legislativa; a eficácia dissuasória legal (prevenção geral³⁶), por não permitir o conhecimento dos precisos contornos da punibilidade pelo indivíduo³⁷.

Diante das considerações acerca do tino especial conferido pela Constituição Federal à legalidade penal, referente à máxima taxatividade das leis deste ramo, é de bom grado a menção a algumas posturas adotadas diante dos conceitos penais genéricos, constantes em diversos diplomas normativos criminais ao redor do mundo.

34 Sobre as decorrências do princípio da legalidade, ver Roxin (1997, p. 140 e ss). Acerca da determinabilidade das leis em geral, Canotilho (1993, p. 372-373).

35 Igualmente, Zaffaroni et al., 2002, p. 116; JAKOBS, 1995, p. 89.

36 Criticamente, acerca do discurso preventivo geral, cf. Zaffaroni et al., 2002, p. 57 e ss.

37 ROXIN, 1997, p. 169.

Assim, e.g., o Tribunal Constitucional alemão já decidiu que o grau de determinação legal variaria de maneira proporcional e direta à austeridade da pena³⁸. Não parece que a solução seja adequada, porquanto a regra da legalidade abrange, de maneira indistinta, o conjunto global das leis incriminadoras, carecendo de fundamento jurídico tal relação com o grau de intensidade da pena³⁹.

Alguns, pouco atentos ao caráter de regra da legalidade, na esteira da classificação das normas propostas por Alexy⁴⁰, argumentam no sentido da necessidade de sua “ponderação” com os interesses de solução justa do caso penal, de “harmonizar as exigências da reserva legal com imperativos de justiça material”⁴¹. O raciocínio pauta-se, basicamente, no fato de que mera indicação das fontes do dever jurídico de agir (no caso, pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal) seria suficiente para o atendimento das exigências do princípio da legalidade⁴², porquanto este deveria ser compreendido “não de forma rígida e absoluta, mas relativa”⁴³.

Embora não nos pareça que o dispositivo seja inconstitucional, é imperioso destacar que a norma referente à legalidade, na esteira

38 A decisão BVerfGE 26, 41 (*Grober Unflug* ou, em vernáculo, “grave desordem”) assim dispõe: “Não se pode dizer em geral qual o grau de determinação legal que cada tipo penal deve ter. A determinação [concreção] legal necessária depende da particularidade do tipo penal e das circunstâncias que levam à regulamentação legal. Em todo caso, a lei deve determinar os pressupostos da punibilidade de maneira tão mais precisa quanto mais rigorosa for a pena prevista (BVerfGE 14, 245 [251])”. MARTINS, 2005, p. 933.

39 Nesse sentido, ROXIN, 1997, p. 180.

40 ALEXY, 1993, p. 81 e ss. SILVA, 2003. Aliás, para seguir a advertência de Silva e evitar um sincretismo metodológico, destacamos que as referências a princípios, em páginas anteriores (v.g., princípio da subsidiariedade, princípio da inversão etc.), não foram feitas tendo em conta a classificação alexyana de princípio como conceito axiologicamente neutro, como ora se faz.

41 Luisi (2003, p. 133), quando tratou especificamente da questão da omissão imprópria. A crítica a sua fundamentação não significa, obviamente, adesão à corrente que pugna pela inconstitucionalidade do dispositivo.

42 Entendendo suficiente uma cláusula genérica de equiparação para a conformação do princípio da legalidade, Vitale (1998, p. 71-130).

43 LUISI, 2003, p. 133.

da classificação de Alexy, é uma regra e não um princípio. Assim, não seria possível falar em atendimento ao “princípio” da legalidade na medida possível, por não se tratar de norma que exprima um dever apenas *prima facie*, um mandamento de otimização a ser executado na maior dimensão possível, diante do contexto fático e jurídico e que poderá, em determinadas circunstâncias de ponderação com princípios colidentes, manifestar-se de maneira mais restrita⁴⁴. Sendo regra válida, a legalidade expressa um comando definitivo, nos exatos termos que prescreve; “nem mais, nem menos”, pondera Alexy⁴⁵.

E ainda que assim não se compreendesse, a suposta “justiça material” somente pode ser alcançada dentro dos marcos democráticos do Estado de Direito, entre os quais se encontra o “princípio” da legalidade, sob pena de consagração de um utilitarismo que relegaria, em última análise, os fundamentos da punibilidade ao decisionismo judicial⁴⁶.

Poder-se-ia objetar que a definitividade do cumprimento da regra da legalidade não contorna o empecilho semântico da multiplicidade de sentidos dos vocábulos e, assim, as leis penais seriam taxativas “na medida do possível”. E acertadamente Jakobs indica que todo conceito genérico é, em medida variável, indeterminado⁴⁷. Ocorre que o problema alegado pelo setor crítico ao § 2º do art. 13 do Código Penal não consiste na existência de um conceito jurídico indeterminado em meio a uma tipificação de conduta (e.g. *injuriar* alguém) ou ao complemento de norma penal em branco, mas na alegada falta de determinação do conteúdo dos

44 ALEXY, 1993, p. 86: “os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais como também das possibilidades jurídicas”. Tradução livre do autor.

45 ALEXY, 1993, p. 87.

46 Sarmiento (2006, p. 200), criticando a deformidade da aplicação dos princípios constitucionais no cenário brasileiro, pondera: “Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

47 JAKOBS, 1995, p. 89, embora não sejam procedentes algumas ilações daí extraídas.

fundamentos da posição de garantidor e da extensão dos resultados lesivos atribuíveis ao garante sob esses fundamentos de atuação.

No entanto, o alegado óbice da indeterminação do conteúdo do dever de agir e de seus pressupostos, isto é, de quais os elementos conferem a um mandato o efeito de dever de agir objetivando impedir um resultado, sob pena de ser tratado como seu “causador”, parece encontrar resposta na interpretação conjunta e limitativa do poder punitivo referenciada à teoria material, aliada à vantagem da limitação que o rol do art. 13, § 2º, CP, proporciona (e.g. não é qualquer estreita comunidade de vida que gera a posição de garantia). Além disso, o próprio CP já determina que os garantes “têm o dever de agir para evitar o resultado” e, em última análise, as hipóteses resumir-se-iam sempre na proteção de determinados bens de determinados perigos⁴⁸.

Assim, a questão da posição de garantidor em face do ordenamento jurídico-penal brasileiro deve ser analisada com base nos limites assinalados pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal, aliados às funções e conteúdos da teoria material, de maneira a melhor delimitar as situações concretas de garantia⁴⁹. A teoria funcional permite essa delimitação do dever de agir, porquanto “precisa os deveres na medida em que no lugar do garante difuso em quanto à sua direção, situa o dever de garante orientado definidamente”⁵⁰ e, ao mesmo tempo, é contida pela enunciação legal taxativa das hipóteses pelas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal.

Primordial é que o fundamento do dever de agir encontre abrigo no ordenamento jurídico vigente. Desse modo, ainda que se tente sustentar um “componente pré-jurídico inafastável” das omissões, baseado no “sentido social empreendido nas relações

48 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 464.

49 Não por estar mais de acordo com “as novas tendências”, como justifica Bierrenbach (2002, p. 76), mas pela necessidade de maior determinação do conteúdo do dever de garantia. Também pela combinação, embora ainda assim continue crítico quando à indeterminação, Tavares (1996, p. 71).

50 TROVATO, 2005, p. 1707.

entre as pessoas, por meio das quais se exige de algumas proteção para com as outras”⁵¹, isso pouco importaria em termos de obrigação estritamente jurídica – ainda que valesse de elemento de valoração extrajurídica pelo legislador⁵².

Superada a questão do conteúdo do dever de garante, é preciso esquadriñar seu âmbito de extensão. Antes, ressalte-se que a posição de garantia é condição necessária, mas não suficiente para a exigida identidade estrutural entre ação e omissão, para que se possa falar em omissão imprópria.

As situações concretas de garantia devem ser determinadas a partir da extensão do compromisso efetivo do garante, relacionado com a função protetiva de certos bens de determinados perigos, dentro das hipóteses limitadoras das alíneas *a* a *c* do § 2º do art. 13 do CP. O âmbito do compromisso pode ser analisado em cada uma das situações, embora seja mais facilmente perceptível nos casos de assunção fática, em que sua análise será retomada.

2.3.1 Obrigações de cuidado, proteção e vigilância decorrentes da lei

A primeira fonte do dever de agir, segundo a alínea *a* do § 2º do art. 13 do Código Penal, é a obrigação, prevista em lei, de cuidado, proteção ou vigilância. As obrigações às quais se refere a alínea podem estar contidas tanto em dispositivos de lei penal como de outros ramos do Direito⁵³.

A nitidez da redação legal não dá margem a outra interpretação senão a da exigência de que as obrigações em comento sejam vinculadas por lei em sentido estrito (Constituição Federal, art. 59, inciso III).

51 TAVARES, 1996, p. 70.

52 No sentido aqui sustentado, Silva Sánchez (2006, p. 125) fala que o referido conteúdo social teria importância para a política jurídica e para a Sociologia do Direito.

53 Continua válida, nesse ponto, a lição de Liszt, 2006, p. 208.

A posição em sentido diverso de que “decretos com valor legiferante, ordem legítima de autoridade [...], preceitos consubstanciados em determinados regulamentos poderão gerar obrigações de intervir”⁵⁴ não se sustenta, não só pelo argumento da legalidade usualmente levantado pela doutrina majoritária⁵⁵, como também pelo fato de competir privativamente à União legislar sobre Direito Penal (Constituição Federal, art. 22, inciso I), por via de lei ordinária.

Admitir outras fontes do dever de agir que não a lei federal, com a conseqüente expansão da esfera de responsabilização penal, consistiria não só violação à legalidade, como à divisão constitucional de competências legislativas, por via oblíqua.

As especificações de cuidado e proteção dizem respeito, em princípio, à função (na teoria material) de tutela de um bem jurídico de determinada pessoa, “para excluir perigos contra a vida e o corpo, mas não inclui os perigos criados pelo protegido contra terceiros (agressões) ou contra si mesmo (suicídios)”⁵⁶, desde que tais ações sejam livremente praticadas por indivíduos com capacidade de compreensão.

O termo vigilância, por seu turno, aparenta permitir abarcar a função de controle de uma determinada fonte de perigo, especificamente a de responsabilidade pela atuação do garantido, nos moldes da teoria material⁵⁷. Assim, o sujeito garantidor não só teria de excluir perigos aos bens do sujeito com o qual detém vínculo especial (nos casos de cuidado e proteção), como também deveria vigiá-lo em relação a seus perigos contra terceiros (caso haja dever de vigilância).

54 Costa Júnior, 1989, p. 135, sob a expressa influência de Hippel e Antolisei, pouco atento, porém, às especificidades de nosso ordenamento.

55 BIERRENBACH, 2002, p. 77; BITENCOURT, 2006, p. 298; FRAGOSO, 2004, p. 288.

56 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 208.

57 Nesse sentido, Cirino dos Santos (2006, p. 208) e Bierrenbach (2002, p. 78), que assevera que não abarcaria os casos de relações entre parentes capazes, como no caso dos cônjuges. Concordamos com a restrição, embora a observação da penalista deva ser retificada pelo fato de cônjuges não possuírem vínculo de parentesco.

Passando à análise de algumas hipóteses de deveres legais⁵⁸, nota-se que a maior expressão da alínea reside nas relações familiares, disciplinadas tanto na Constituição Federal como no Código Civil.

É possível vislumbrar, nessa esteira, o dever de cuidado dos pais pelos filhos menores, por expressa disposição: do art. 229, 1ª Parte, Constituição Federal; art. 22 da Lei n. 8.069/1990; arts. 1.566, IV, e 1.568 do Código Civil. Igualmente, os filhos maiores possuem mencionado dever em relação aos pais idosos, carentes ou enfermos (Constituição Federal, art. 229, 2ª Parte; Lei n. 10.741/2003, art. 3º). Não se vislumbra tal dever, a princípio, dos avós em relação aos netos, a não ser que detenham a guarda jurídica da criança ou por outra hipótese do § 2º do art. 13, CP, como a assunção fática. Tampouco o há entre irmãos, parentes em linha colateral (até o quarto grau) ou por afinidade⁵⁹, por ausência de disposição legal⁶⁰ – ainda que o vínculo de parentesco potencialize a relação entre os sujeitos, isso não basta para a gênese da posição de garantia, subsistindo apenas o dever geral de assistência referente às omissões puras.

Note-se que os mencionados dispositivos referem-se primordialmente aos bens jurídicos vida e integridade física, restringindo, nesses casos (mas não na generalidade das omissões impróprias) o dever de garantia (esfera penal) a esses bens jurídicos. Vislumbra-se também o dever de vigilância, pelos pais, em relação aos filhos menores⁶¹.

58 As obrigações e os dispositivos legais citados no presente item são meramente exemplificativos, não pretendendo abarcar todas as hipóteses de deveres legais de agir, por se tratar de matéria praticamente inesgotável.

59 Ver arts. 1.592 e 1.595, *caput* e § 1º, do Código Civil.

60 Nesse sentido, Tavares, 1996, p. 83. Igualmente, Jakobs, 1995, p. 996, embora por fundamentos diversos dentro de sua teoria (no caso dos irmãos, e.g., por falta de comunidade de vida juridicamente garantida). Vale ressaltar que a ausência de previsão legal não exclui a possibilidade de surgir o dever de garantidor com fundamento nas alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal.

61 Jescheck (1993, p. 566) menciona julgado do BGH, em que se decidiu que o pai, por “solidariedade natural” com o filho, teria o dever de impedir o aborto da esposa.

Quanto aos cônjuges (ou conviventes⁶²) entre si, a doutrina cita comumente o dever de mútua assistência (Código Civil, art. 1.566, inciso III), sem maiores explanações⁶³. No entanto, pouco claros são os limites deste dever. O que se pode excluir, de plano, é o dever de vigilância ou de impedir autolesões conscientes e voluntárias do cônjuge responsável – o que não obstaría, em última análise, a responsabilização por omissão (pura) de socorro⁶⁴.

Outros casos de obrigação legal podem ser citados, como o do carcereiro em relação ao preso⁶⁵, por disposição da Lei n. 7.210/1984, arts. 10 e 14, e, especificamente no caso dos agentes penitenciários federais, pelo disposto no art. 2º da Lei n. 10.693/2003.

Aqui se pode notar como a restrição do âmbito de compromisso afeta também as hipóteses da alínea “a”, com matizações. Assim, a posição de garante do agente penitenciário dependerá do alcance do compromisso, mas – que fique claro – isso não se resume a seu aspecto volitivo (e.g. não poderá eximir-se da responsabilidade com base em negação subjetiva), relacionando-se, isso sim, com a função efetivamente desempenhada.

Como a própria lei indica, alguns podem ater-se apenas à atividade de atendimento ou orientação, ao passo que outros terão, efetivamente, o dever de vigilância e custódia dos internos. Assim, a posição formal de agente penitenciário, por si só, nada permite dizer sobre a efetiva posição de garantia no caso, sendo necessário averiguar citado âmbito de compromisso.

Embora não mencionado expressamente pelo autor, o julgado é anterior ao § 13 atual do StGB.

62 A união estável é reconhecida como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º) e também há, entre os conviventes, o dever de assistência (CC, art. 1.724). Assim, as conclusões de um aplicam-se ao outro, sem que isto configure analogia *in malam partem*, em razão de determinação legal expressa.

63 BIERRENBACH, 2002, p. 77; BITENCOURT, 2006, p. 298.

64 No mesmo sentido, Jakobs (1995, p. 997), mas por fundamentos diversos, com base nos deveres em virtude de responsabilidade institucional.

65 Como aqui, porém, sem remissão aos dispositivos legais, Prado, 2007(a), p. 82.

A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 144, a promoção da incolumidade das pessoas e do patrimônio mediante as polícias federal, ferroviária federal, rodoviária federal, civil, militar e corpo de bombeiros militar. Aqui é possível cogitar a extensão do dever de garantia, para além da vida e incolumidade pessoal, ao patrimônio, por disposição constitucional expressa.

2.3.2 Assunção fática da responsabilidade

Outra fonte geradora do dever de garantia consiste no que descreve o Código Penal como a assunção da “responsabilidade de impedir o resultado”, por outras formas diversas da legal (tratada na alínea anterior).

A hipótese em questão não se esgota em um dever contratual, abarcando todos os casos em que haja uma livre e voluntária assunção da responsabilidade pela proteção de um bem jurídico de determinada pessoa, quer tal ato de vontade seja contratual ou extracontratual⁶⁶. O importante é que a relação de confiança surgida em relação ao sujeito que assumiu voluntariamente a responsabilidade de custódia (tornando-se garante), leve à exposição a riscos maiores dos que se correria em outro caso ou que se prescindia de outros meios de proteção⁶⁷, sendo que a transmissão lícita de deveres ao terceiro libera o responsável primitivo⁶⁸ no período da transferência.

Assim, é o âmbito do compromisso, igualmente, que determinará as situações de garantia do sujeito em posição especial pela assunção fática. Desse modo, no caso do contrato, este só gera uma posição de garantia caso a custódia do bem jurídico consista no seu

66 BIERRENBACH, 2002, p. 79; BITENCOURT, 2006, p. 298; CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209; FRAGOSO, 2004, p. 288. Até mesmo no caso da alínea *a* do art. 11 do Código Penal espanhol, que se refere a “obrigação contratual”, entende a doutrina que o termo deve ser interpretado como “acordo natural de vontades” e não segundo as leis civis, cf. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 557.

67 JESCHECK, 1993, p. 567.

68 JESCHECK, 1993, p. 567.

real objeto convencional, com consequentes relações de dependência daí advindas. Nesse sentido aponta Silva Sánchez:

O compromisso não deve, pois, vincular-se “desde fora” à aceitação de papéis cujo âmbito e obrigações deles derivadas mostraram-se extraordinariamente difusos. [...] Daí que é preciso ser extremamente restritivo em tais casos, procurando antes de tudo não “atribuir” ao sujeito compromissos que este em nenhum momento pensou em assumir; isso, mesmo no caso em que estejam “comumente” unidos à investidura em determinado papel social⁶⁹.

Neste ponto fica mais evidente a ideia do penalista espanhol – que a sustenta de modo geral no âmbito da identidade estrutural na omissão imprópria – da intromissão do sujeito na esfera jurídica alheia que, assumindo um compromisso inequívoco de proteção de um bem jurídico de determinados perigos, para agir como “barreira de contenção” e, ao retirar tal barreira, deixando de controlar o perigo, que se realiza como resultado de lesão, comete delito omissivo com idêntica estrutura normativa que o comissivo.

Como exemplos da hipótese de assunção fática, são reiteradamente citados: o caso do alpinista que convida pessoas inexperientes para expedição, na qual era o único devidamente treinado; o sujeito, na praia, que assume o cuidado de criança a pedido da mãe, que vai se banhar ao mar; a mulher que deixa o filho com a vizinha, que se dispõe a dele cuidar enquanto a outra se ausenta⁷⁰; o salva-vidas de um hotel, em relação aos hóspedes que se banham na piscina; a babá, em relação às crianças cujos cuidados lhe são confiados; a enfermeira, em relação aos pacientes sob seu encargo, entre inúmeros outros⁷¹.

69 SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 465. Tradução livre do autor.

70 BITENCOURT, 2006, p. 298.

71 Para mais casos, ver Tavares (1996, p. 82-83) e Jescheck (1993, p. 567), que cita, ainda criticamente, e alegando tratar-se de ampliação excessiva do dever pela jurisprudência, um suposto dever de impedir furtos na empresa, com base em contrato de trabalho.

Reiterando o fato de a validade ou invalidade civil do contrato não vincular a questão da assunção fática na seara penal, pois o dever de garantia é inconfundível com as obrigações geradas no âmbito privado, tem-se o exemplo do médico⁷² que deixa voluntária e conscientemente morrer o paciente sob seus cuidados, que não se eximiria da responsabilização penal ao demonstrar ser nulo seu contrato de trabalho. Igualmente no caso daquele que permanece além do tempo de sua jornada de trabalho prevista contratualmente⁷³.

Assim, a posição de garantia em tela surgirá mediante o compromisso real e concludente de atuação como barreira de contenção de riscos, assumido pela prática de atos claros de contenção que produzem a sensação de seu controle tanto na coletividade como nos potencialmente afetados, prescindindo-se de outros meios de contenção dos riscos⁷⁴.

De acordo com o já afirmado, o raciocínio é aplicável também à alínea anterior (dever legal). É preciso analisar a extensão concreta da posição de garantia, mesmo quando derivada de dever legal, sem que isso signifique a possibilidade de afastamento da responsabilidade por vontade do sujeito. Assim, e.g., no caso de guarda compartilhada, é preciso verificar quem estava com o filho quando este se atirou na piscina e, pois, deveria agir para evitar o resultado de lesão, isso porque o outro ascendente, com base no compromisso (que deriva igualmente de imposição legal) do detentor da guarda, abdica de outros meios de proteção da criança.

Além disso, o texto do Código Penal permite tal interpretação. Como se nota, a alínea *b* do § 2º do Código Penal fala em outras formas de assumir a responsabilidade de impedir o resultado.

72 Em relação à posição de garantia do médico, ela pode derivar tanto da alínea *a* do § 2º do art. 13 do CP, como indicam Prado (2007a, p. 82) e Bitencourt (2006, p. 298), sem prejuízo da caracterização da hipótese de assunção fática. Acerca do tema, ampliando a extensão do dever do médico de emergência ou plantonista, Souza (2007, p. 432).

73 Nesse sentido, FRAGOSO, 2004, p. 288.

74 SILVA SÁNCHEZ, 1989, p. 376.

O pronome indefinido “outra” remete à distinta forma anterior prevista na alínea a: a obrigação legal. Assim, o próprio Código Penal entende a obrigação legal como uma forma de assumir a responsabilidade de agir para impedir o resultado e, logo em seguida, abre a possibilidade para a assunção fática do compromisso, em hipóteses em que não é decorrente de obrigação legal.

2.3.3 Ingerência

Por fim, a lei penal normatiza o dever de agir àqueles que criam o risco para um determinado bem jurídico com seu comportamento (ação ou omissão) anterior, com vistas a evitar que este se converta em resultado de lesão. Trata-se das hipóteses conhecidas como casos de ingerência e, como se nota, referem-se à posição de garante de vigilância de perigos gerados pelo próprio âmbito de organização das atividades do omitente, segundo a teoria material.

O fundamento do dever de agir pelo atuar perigoso precedente consiste no princípio do *neminem laedere*, segundo o qual, embora haja a liberdade para a configuração do próprio âmbito de organização, os sujeitos devem responder pelos danos que daí advenham aos demais⁷⁵. O mesmo fundamento se aplica no caso de omissão de ação precedente perigosa, em que há a confiança geral no controle de perigos, pelo garante, oriundos de pessoas, máquinas ou animais em área sob seu domínio⁷⁶.

Extremamente controversos são os requisitos da conduta precedente exigidos para a configuração da hipótese de ingerência⁷⁷. As posições variam desde os que entendem que qualquer conduta anterior geraria do dever, passando por aqueles que exigem a vio-

75 BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 555. JESCHECK, 1993, p. 568.

76 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 211.

77 Zaffaroni et al. (2002, p. 579) alegam que desde as formulações que remontam a Stübel, Luden, Glaser, Merkel e Binding, até os dias atuais, a ingerência não possui uma formulação satisfatória.

lação de um dever de cuidado, sua antijuridicidade, a adequação à produção do resultado, entre inúmeros outros atributos⁷⁸.

Analisando os requisitos de maneira pormenorizada, nota-se que determinado setor da doutrina exige que a conduta precedente perigosa represente, em si mesma, a violação de um dever de cuidado⁷⁹, que seja objetivamente antijurídica, ainda que não culpável. Isso leva à conclusão de que condutas dentro do risco permitido, não violadoras do dever de cuidado, não gerariam a ulterior posição de garantia por ingerência⁸⁰ – sem prejuízo da subsistência do dever geral de socorro – embora haja consideráveis posições em sentido contrário⁸¹.

78 CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209; TAVARES, 1996, p. 71; JESCHECK, 1993, p. 568; BIERRENBACH, 2002, p. 81. Toledo (1994, p. 118) entende ser irrelevante a qualificação jurídica da conduta precedente criadora de perigo. Para variar, a jurisprudência nacional, pouco atenta à dogmática da omissão imprópria, já chegou a considerar a conduta de certo sujeito que recebia caçadores em sua casa e guardava seus armamentos, como realização direta do tipo do art. 29, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, pela via omissiva imprópria, tanto por infração a dever legal de agir como por ingerência (Apelação Criminal n. 2003.70.08.000804-8/PR, TRF 4ª Região, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, *DJU* de 11.10.2006). Argumentou-se, para tanto, que “o artigo 29 da Lei 9.605/98 admite a consumação (*sic*) tanto na modalidade comissiva quanto omissiva” e que “ao receber os caçadores e guardar o armamento para os mesmos, em evidente omissão no cumprimento de seu dever de cidadão, o acusado [...] corroborava para o surgimento de um risco real de perseguição dos resultados prejudiciais à fauna local”. A decisão parte de uma interpretação distorcida do art. 225, *caput*, CF, para equiparar uma conduta de simples participação em delito comissivo, por meio de uma via argumentativa tortuosa e pouco coerente, em realização típica omissiva imprópria direta, ignorando que a mera violação de um dever – se é que existente, pois tal interpretação conduziria a entender todo e qualquer cidadão um guardião incessante do meio ambiente, sob pena de responder por violações ao mesmo – é condição necessária, mas não suficiente para a concretização de uma omissão imprópria. Além disso, o recurso final a uma suposta ingerência ignora completamente os pressupostos básicos para sua configuração.

79 Tavares (1996, p. 71) com base em Rudolphi.

80 JESCHECK, 1993, p. 568. WESSELS; BEULKE, 2002, p. 251. No Brasil, CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209 e BIERRENBACH, 2002, p. 84.

81 Cirino dos Santos (2006, p. 210) alegando ser minoritária a doutrina que não exige a antijuridicidade da conduta. Mais referências à posição que se contenta com qualquer ação criadora de perigo para a geração da posição de garantia podem ser encontradas em Jescheck (1993, p. 568, nota 47).

Assim, só responderia por omissão de socorro, prevista no art. 304 da Lei n. 9.503/1997, o motorista que dirige segundo as normas de tráfego e segurança viária e é surpreendido por pedestre que se atira sob seu veículo, fugindo do local sem prestar socorro à vítima para evitar prisão em flagrante por crime que não cometeu⁸². Por outro lado, aquele que empurra de maneira imprudente um sujeito em um tanque de água, com o risco de se afogar, terá o dever de agir para evitar tal resultado, sob pena de responsabilização por homicídio⁸³.

Entendendo que a exigência da violação de dever pela conduta anterior restringiria demasiadamente o dever de agir por ingerência, Jakobs sustenta que, de fato, de uma conduta anterior antijurídica sempre derivaria um dever de salvaguarda.

No entanto, também de ações prévias dentro do risco permitido – entendido, no caso, como conduta “com maior risco que o existente no comportamento cotidiano comum” (risco especial ou *Sonderrisiko*)⁸⁴ – gerariam dever de agir. Refere-se o autor aos casos de uso permitido da liberdade especial de ação, que ultrapassa os limites da liberdade geral e que não exonera o destinatário da liberdade do empenho em limitar suas consequências por tão só situar-se dentro do risco permitido⁸⁵.

Destarte, em alguns casos, uma ação anterior dentro do risco permitido poderia dar ensejo à posição de garantia, nos casos de risco especial⁸⁶, algo criticado por parte de doutrina⁸⁷.

82 O exemplo encontra-se em BIERRENBACH, 2002, p. 84-85.

83 JAKOBS, 1995, p. 984. Há quem possa vislumbrar, em tal caso, uma verdadeira comissão imprudente.

84 JAKOBS, 1995, p. 984. Também em JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* – Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000, p. 139 e ss.

85 JAKOBS, 1995, p. 982.

86 BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 556.

87 Segundo Köhler, pelo fato de a ideia aproximar a sociedade da família. Para Frisch, por angariar considerações civilistas diversas das determinantes para a fundamen-

No caso de condutas prévias justificadas, há certo consenso, embora existam opiniões discrepantes, de que não surgiria o dever de garantia para aquele que age sob manto de causa de exclusão da antijuridicidade em relação ao que suporta a ação, seja, e.g., em legítima defesa, seja em estado de necessidade, subsistindo o dever geral de assistência⁸⁸.

Assim, aquele que se defende dentro dos limites do art. 25 do Código Penal, disparando contra o agressor, o qual vem a falecer posteriormente em razão de hemorragia provocada pelo tiro, não será responsabilizado pelo homicídio por omissão imprópria, mas poderá o ser, de acordo com essa linha majoritária, por omissão de socorro, desde que verificados os pressupostos do art. 135 do Código Penal.

Outra exigência relativamente à ação precedente consiste na necessária criação de um perigo idôneo à produção do dano. Deve haver uma relação de adequação da magnitude do perigo criado para a produção do resultado lesivo, devendo este afigurar-se objetivamente reconhecível⁸⁹. Exemplificativamente, acender uma fogueira na floresta gera o dever de controle dos perigos daí advindos, mas não a hipótese incerta de que um cavalo se assuste, causando um acidente⁹⁰.

Há quem elenque ainda que a conduta contrária ao dever viole norma orientada à proteção do bem jurídico⁹¹. Saliente-se, embora

tação de um dever penal. Para Roxin, por não requerer um domínio efetivo (das causas essenciais da produção do resultado, nos termos da concepção de Schünemann), sendo insuficiente a alusão à tradição ou ao sentimento jurídico. Todos em ROXIN et al., 2000, p. 197 e ss.

88 Nesse sentido, JESCHECK, 1993, p. 569. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, p. 556-557. CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 210. Há quem sustente que a ação precedente justificada em caso de estado de necessidade agressivo geraria a situação de garantia, cf. JAKOBS, 1995, p. 985.

89 JESCHECK, 1993, p. 568. CIRINO DOS SANTOS, 2006, p. 209. BIERRENBACH, 2002, p. 85.

90 O exemplo é de Stratenwerth em BIERRENBACH, 2002, p. 85.

91 JESCHECK, 1993, p. 569.

seja elementar diante das considerações expostas, que, na ingerência, a conduta anterior não causa de imediato o resultado de lesão (como um atropelamento que causa imediatamente a morte), mas somente cria o perigo de sua ocorrência⁹².

Cumprir mencionar ainda a posição de Roxin, que sustenta ser necessária, para a configuração da ingerência, a possibilidade de imputação objetiva do comportamento precedente causador do perigo⁹³, derivando daí que não se origina a posição de garantia se: a) o comportamento precedente não cria um risco juridicamente relevante para a vítima ou caso se mantenha dentro do risco permitido⁹⁴; b) se não há nexos do fim de proteção da norma entre a conduta anterior e o resultado próximo⁹⁵; c) se o perigo provocado pelo comportamento precedente permanece unicamente no âmbito de responsabilidade da pessoa colocada em perigo; d) se a criação de perigo está justificada por legítima defesa.

O texto da alínea *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal, em sua literalidade, aparenta converter em garante aquele que pratica qualquer comportamento anterior perigoso, independentemente de quaisquer delimitações.

No entanto, parece adequado interpretar a norma para restringir as hipóteses de ingerência, exigindo-se da conduta anterior a violação ao dever de cuidado e a idoneidade de produção do resultado de lesão, que deve situar-se dentro do âmbito de proteção

92 BIERRENBACH, 2002, p. 85.

93 O pensamento de Roxin encontra-se em Carvalho (2007, p. 53), o qual indica que, para o penalista alemão, surgiria a posição de garantia no caso de justificção do comportamento anterior por estado de necessidade ou no caso de deixarem de existir os pressupostos de justificção em caso de delito permanente justificdo.

94 Segundo Greco (2005, p. 25 e ss.), há criação de risco quando, segundo um observador objetivo, considerando os fatos conhecidos por um homem prudente e dotado dos conhecimentos especiais do autor no momento da ação, é verificada a possibilidade real de que se lesione um bem jurídico. Sobre a desaprovção jurídica do risco, v. ROXIN, 1997, p. 371.

95 A respeito, cf. GRECO, 2005, p. 95 e ss. e ROXIN, 1997, p. 377 e ss.

da norma e, pois, ser objetivamente reconhecível *ex ante*, segundo a explanação feita acima.

Especificamente no ordenamento jurídico-penal brasileiro há duas hipóteses legais que devem ser analisadas em conjunto com a previsão do dever de garantia por ingerência. Trata-se dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, ambos do Código Penal, que dispõem (grifo nosso):

Art. 121. [...]

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Art. 129. [...]

§ 7º Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

Certo setor da doutrina argumenta que, diante da especialidade das causas de aumento de pena em caso de conduta anterior com violação de dever de cuidado que cria perigo para os bens jurídicos vida, integridade corporal ou saúde de outrem, não se poderia falar, em tais casos, em configuração de situação de garantia por ingerência⁹⁶.

É preciso atentar para o fato de que a incidência dos dispositivos só se daria em casos que, se porventura não existissem os artigos citados, configurariam ingerência por uma conduta negligente anterior, geradora de perigo para os bens jurídicos vida e integridade corporal, com a superveniência do resultado lesivo por não

⁹⁶ BIERRENBACH, 2002, p. 87. BITENCOURT, 2006, p. 300. TAVARES, 1996, p. 71.

ter o agente prestado imediato socorro à vítima ou ter fugido para evitar flagrante – deixando, igualmente, de prestar imediato auxílio. Nessas hipóteses, poder-se-ia afirmar que o agente responderia pelos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, por especialidade, na espécie, em relação ao art. 13, § 2º, *c*, todos do Código Penal.

Contudo, no caso de conduta anterior culposa com a posterior prestação de auxílio pelo ingerente que, no entanto, atua erroneamente na escolha das alternativas de salvamento, vindo a vítima a falecer, a posição de Bierrenbach e outros não se sustenta. Isso porquanto se trata de hipótese não abarcada pelo texto dos dispositivos citados pelos autores para fundamentarem seu raciocínio, sendo um claro caso de ingerência, respondendo o sujeito (no exemplo referido) por homicídio culposo por omissão imprópria, com base no art. 121, § 3º, combinado com o art. 13, § 2º, alínea *c*, todos do Código Penal.

Assim também no caso de conduta anterior negligente criadora de risco, com ulterior resolução dolosa do ingerente de não realizar uma prestação positiva de salvaguarda do bem jurídico, com a superveniência de um resultado de lesão.

Dessa forma, mesmo diante da particularidade dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, no caso brasileiro, é equivocado entender como vazia de aplicabilidade a alínea *c* do § 2º do art. 13 do Código Penal⁹⁷, uma vez que os mencionados dispositivos não abarcam significativas hipóteses que caracterizam situações de ingerência, como as indicadas anteriormente. E isso mesmo desconsiderando a posição defensável de que condutas anteriores dentro do risco permitido são aptas, em certos casos, a gerarem dever de garantia e o fato de o dever de agir não se restringir à tutela unicamente da integridade física e da vida. Trata-se apenas de uma matização que não pode ser generalizada ao extremo, sob pena de grave equívoco.

97 Como o faz Bierrenbach (2002, p. 89), que chega ao exagero de considerar banida de nosso ordenamento a ingerência. Dando razão à autora, sem maiores considerações, Tavares, 1996, p. 71.

3 Conclusões

A posição de garantidor consiste em elemento integrador do tipo objetivo das omissões impróprias, existente em razão da vinculação especial de certos sujeitos com determinados bens jurídicos, fator este que limita o âmbito de possíveis autores, ou melhor, omitentes impróprios.

As críticas ao rol do § 2º do art. 13 do CP, influenciado pela teoria formal ou clássica das fontes da posição de garantia, cingem-se basicamente à pouca definição que fornece ao conteúdo do dever de agir. A censura parece encontrar resposta se na interpretação conjunta e limitativa do poder punitivo referenciada à teoria material, aliada ao elenco taxativo das alíneas *a a c* do art. 13, § 2º, do CP.

A posição de garantia fundada na obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância encontra substrato necessariamente em lei em sentido estrito (CF, art. 59, III), de natureza penal ou extrapenal.

Outra fonte do dever de agir consiste na hipótese de assunção fática da responsabilidade pela proteção de um determinado bem jurídico. Sua origem não se reduz à mera relação contratual, pouco importando a eventual invalidade civil de suas cláusulas quando existente. A extensão da assunção fática se delimita pelo âmbito de compromisso real e concludente do garante, em razão da ideia de controle de riscos aparentada para os demais sujeitos e para os potencialmente afetados, que, por tal razão, prescindem de outros meios de contenção de riscos.

Finalmente, a hipótese de ingerência caracteriza-se pela imposição do dever legal de garantia para aquele que cria o risco para um determinado bem jurídico com seu comportamento anterior, devendo agir para evitar que este se converta em resultado de lesão. Refere-se, assim, à vigilância de perigos gerados pelo próprio âmbito de organização das atividades do sujeito, havendo grandes contravérsias quanto aos requisitos da conduta precedente, prevalecendo

a necessidade de que viole o dever de cuidado e seja idônea para a produção do resultado, que deve situar-se dentro do âmbito de proteção da norma e, pois, ser objetivamente reconhecível *ex ante*.

Em relação à problemática específica do art. 121, § 4º, e do art. 129, § 7º, ambos do CP, em que a especialidade das causas de aumento de pena em caso de conduta anterior com violação de dever de cuidado supostamente tornaria inaplicável a ingerência no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que tais dispositivos não abarcam significativas hipóteses que caracterizam situações de ingerência, como naquelas em que ocorre prestação posterior de auxílio com violação do dever de cuidado e superveniência do resultado, além do âmbito de extensão das omissões impróprias não se limitar à vida e à integridade corporal.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Edward Rocha de. *Estudo sistemático dos crimes omissivos*. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

CHORRES, Heshbert Benavente. *La imputación objetiva en la comisión por omisión*. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juearez. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte geral*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução: Joaquín Cuello Contrera. José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comanares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007a.

———. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007b.

ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general*. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus *et al.* *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607–630.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciário*. Madrid, n. 38, p. 367–404, 1989.

———. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O médico e o dever legal de cuidar: alguns aspectos jurídico-penais, *Revista dos Tribunais*, v. 863, p. 425–434, set. 2007.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TROVATO, Gustavo Fabian. Incorporación legislativa de la comisión por omisión: ¿Más costos que beneficios? (A propósito del análisis de Jesús M. Silva Sánchez al art. 11 CPen. español). *Revista de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires, n. 15, p. 1699-1711, nov. 2005.

VITALE, Gustavo L. Estado constitucional de derecho y derecho penal. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 71-130, 1998.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht allgemeiner teil*. 32. ed. rev. Heidelberg: C.F. Müller, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.