

TEORIAS DA FUNÇÃO DE GARANTIA E RESPONSABILIDADE PESSOAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

Lucas Vinicius da Silva Santos (PIC/UEM), e-mail:
lucas7calixto@gmail.com; Érika Mendes de Carvalho (Orientadora), e-mail:
erika.mendes0510@hotmail.com

Universidade Estadual de Maringá / Centro de Ciências Sociais Aplicadas
Direito, Direito Público e Direito Penal

Palavras-chave: Omissão imprópria; teorias da equivalência; teorias da função de garantia.

Resumo:

Este trabalho tem por escopo analisar as origens das teorias da equiparação entre a causação ativa e a não-avoidance por omissão de um resultado penalmente desvalorado, e aproximar-se criticamente de um dos institutos mais controvertidos da dogmática penal moderna: as fontes do dever de garantia - no intuito de analisá-las e sintetizá-las para, ao fim, estabelecer quais seriam as balizas legítimas e limitadoras da punição pela não-avoidance de resultados no contexto de um Estado democrático de Direito.

Introdução

A omissão por si só não existe no mundo do ser, o que existe é o inadimplemento de uma conduta devida no mundo do dever ser. Nesse sentido, o omitir não significa apenas um deixar de fazer, mas sim o deixar de fazer alguma coisa. Contudo, quando o assunto são os delitos omissivos impróprios, a omissão não é o mero deixar de fazer alguma coisa, mas sim o deixar de fazer na condição de garantidor de um bem jurídico. E, por essa razão, os delitos omissivos impróprios são qualificados, não por sua gravidade, mas pelas condições essenciais ao autor desses delitos (TAVARES, 2018, p. 134). Em suma, a figura do garantidor é a condição que destaca uma pessoa de todas as outras e a faz responsável pela incolumidade de um bem jurídico, incumbindo-a da obrigação de interferir nas engrenagens causais com fito de impedir resultados lesivos em face deste, sob pena de ser responsabilizada como se os tivesse produzido (GRACIA MARTIN, 1999, p.127-135).

Modernamente, o garantidor é tido como peça fundamental para que haja a equiparação entre a não-avoidance de um resultado e a sua causação ativa; para que exista, por assim dizer, uma omissão com *status* de causa de um resultado. Antes dessa elaboração, procurou-se fundar a equiparação na antijuridicidade da omissão, depois na causalidade de uma ação coetânea ou precedente à omissão proibida, até que, por fim, chegou-se na figura do

garantidor, que firma a equiparação no terreno da tipicidade (HUERTA TOCILDO, 1987, p. 60-65). Assim, assentou-se que, para que a omissão seja punível, ela precisa ser típica; para que ela seja típica é necessário que o omitente esteja vinculado pelos especiais deveres de garantidor.

Há quase um século, essa elaboração é amplamente aceita pelas ciências jurídico-penais latino-americanas e euro-continentais, desde então a bibliografia acerca do tema tornou-se “casi inabarcable (GIMBERNAT ORDEIG, 1997, p. 6)”. Certa sensação de vertigem para aqueles que se debruçam ao estudo aprofundado do tema mostra-se justificada pela multiplicidade de argumentos, metodologias, perspectivas humanas e filosóficas, concepções de sujeito e Estado, que, ao fim e ao cabo, mais que esclarecer, obscurecem as problemáticas em torno dessa forma de manifestação do crime (SCHÜNEMANN, 1998, p. 210). Por conseguinte, com a ampliação do âmbito do proibido manifestada no direito penal secundário (v.g. direito penal econômico, ambiental etc.), o legislador penal fez da omissão uma de suas ferramentas diletas de criminalização - o que, conseqüentemente, fez com que a delinquência por omissão ocupasse hoje, nas atenções da dogmática penal contemporânea, o lugar que outrora pertencera à delinquência comissiva dolosa.

Materiais e métodos

Seguindo o método lógico-dedutivo, realizou-se a revisão bibliográfica de livros nacionais e estrangeiros, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e legislações e jurisprudências pertinentes ao tema.

Resultados e Discussão

Os delitos omissivos impróprios, como mencionado, não se movem em terreno pacífico. Por não serem escritos, mas sim deduzidos de tipos comissivos, são considerados delitos de tipo aberto, de modo que precisam ser “fechados” pelos juízes, o que não responde satisfatoriamente as exigências do princípio da legalidade. A posição de garantia surge como uma tentativa de, senão contornar, mitigar a ofensa ao postulado da legalidade, uma vez que busca restringir o círculo de autores em potencial, reduzindo-o àqueles que possuem especial conexão com os bens jurídicos protegidos. Ainda que se concorde com essa assertiva, é preciso definir o conteúdo da relação que vincula o garantidor ao bem jurídico. De um conteúdo capaz de alcançar a tão almejada “paz teórica”, espera-se que, por um lado, não seja demasiado amplo, sob pena de se perverter a função corretiva da posição de garantia, da mesma forma que, por outro lado, tampouco poderia ser excessivamente restritivo ao ponto de tornar impraticável a responsabilização por omissão imprópria. Em apertada síntese, há dois de grupos de teorias da função de garantia: o primeiro deles é o das teorias jurídico-formais, que fundamentam a posição de garantidor na lei, no contrato e no agir ingerente; e o segundo é o das teorias

funcionais-materiais, que se valem da proximidade do garantidor com o bem jurídico para deduzirem o especial dever de agir, atribuindo a posição de garante a quem exerça materialmente uma função de proteção de um bem jurídico ou uma função de vigilância ou de controle de uma fonte de perigo (TAVARES, 2018, p. 316-318).

Com relação a esses grupos de teorias pode-se observar que ambos compartilham de uma inadequação com o princípio da legalidade. Enquanto, as teorias jurídico-formais apresentam problemas relacionados às exigências de determinação e taxatividade das leis penais, as funcionais-materiais levam ao menoscabo completo do princípio da legalidade. Muito embora, as primeiras advoguem pela existência de uma cláusula geral de equiparação na parte geral dos códigos penais - visando constituir e estender a punibilidade de um tipo da parte especial que, em princípio, proibia somente a causação de um resultado de modo que ele também pudesse abarcar a não-avoidance desse resultado -, os deveres oriundos da lei, do contrato ou da ingerência não delimitam com precisão a responsabilidade por omissão imprópria (CARVALHO; KASSADA, 2016, p.11), por padecerem de indesejável insubsistência: ora, são muito amplos, ora, são muito restritivos. Quanto as segundas, percebe-se que por reduzirem os deveres de garante ao plano estritamente material, elas se mostram um tanto abrangentes e flexíveis em suas hipóteses de responsabilização; não oferecem nenhuma margem legal de determinação da autoria por omissão imprópria, nem sequer uma cláusula genérica na parte geral, à semelhança das jurídico-formais. De tal sorte, o que se propõe aqui é a razoável união dos dois grupos de teorias de maneira a afastar ou reforçar a responsabilidade de quem é, ou nem sequer é, formalmente garantidor de um bem jurídico (CARVALHO; KASSADA, 2016, p.11).

Conclusões

Após mais de dois séculos, os delitos omissivos não encontraram o tão sonhado consenso científico, aliás, quanto mais perduram as discussões tanto mais se distanciam dele. Depois de décadas buscando identidade no que era diverso, depois de inúmeras teorias confusas e idas e vindas retóricas, a ciência jurídica penal parece ter-se contentado com a equiparação fundada na posição de garante. Como se observou não estão ainda devidamente prescritos os seus contornos, mas há, sem dúvidas, um avanço com relação às formulações pretéritas e, se bem utilizada, a função de garantia pode funcionar como eficaz barreira de contenção à onda de expansionismo penal que marca nosso tempo.

Por ora, a teoria formal-material mostra-se mais adequada no que diz respeito à limitação do poder punitivo, porquanto, além de corrigir a insubsistência da teoria formal, por meio das relações funcionais concretamente existentes entre bem jurídico e garantidor, permite que os deveres oriundos da lei e do contrato sirvam de base e limite para os critérios materiais, servindo a estes de moldura e estes servindo de

conteúdo àquela. Em favor da verdade, nenhuma formulação a respeito da posição de garante será suficientemente satisfatória, uma vez que há interesses conflitantes: de um lado, o interesse relativo à busca por um instituto dogmaticamente correto pautado pelos valores do direito penal liberal; de outro lado, o interesse em manter a omissão como uma espécie de “cláusula de reserva de punibilidade”. O primeiro interesse redundaria na extinção da omissão imprópria do rol de fatos puníveis, subsistindo apenas a omissão própria, que tem por bases legítimas, porquanto sua responsabilidade tem por fundamento a omissão em si, legalmente prevista e penalmente tipificada e não um resultado alheio ao omitente. A omissão imprópria é exceção a quase todos os postulados do direito penal de cariz garantista: a anterioridade da lei penal, a legalidade, a proporcionalidade, etc. e, por isso mesmo, funciona como válvula de escape do direito penal liberal. A omissão imprópria parece ser um cadáver adiado que a dogmática penal se recusa enterrar; enquanto não há seu sepultamento, o conteúdo formal-material da posição de garantidor, ao nosso sentir, pode ser usado para amenizar seu odor de arbitrariedade.

Agradecimentos

Agradeço à minha orientadora, minha mestra, Érika Mendes de Carvalho, pela generosidade no processo de orientação, mas, sobretudo, pelo aprendizado que me foi transmitido. Serei eterno devedor dessa incipiente autonomia científica que acusa despontar em mim.

Referências

GRACIA MARTIN, Luís. **La comisión por omisión en el derecho penal español**, Nuevo Foro Penal, nº 61. 1999, pp. 125-168.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La omisión impropia en la dogmática alemana**. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. L, 1997, pp. 6 – 112.

HUERTA TOCILDO, Susana. **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. Madrid: Ministerio de Justicia – Centro Publicaciones, 1987.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

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

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. **O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais?** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº280, março de 2016, pp. 10-11.