

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

Luisa Cançado Cyrino

**RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DO FABRICANTE PELOS PRODUTOS  
DEFEITUOSOS INTRODUZIDOS NO MERCADO**

Belo Horizonte

2023

Luisa Cançado Cyrino

**RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DO FABRICANTE PELOS PRODUTOS  
DEFEITUOSOS INTRODUZIDOS NO MERCADO**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), como requisito parcial para obtenção do título de mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

C997r Cyrino, Luisa Cançado

Responsabilidade penal omissiva do fabricante pelos produtos defeituosos introduzidos no mercado [manuscrito] / Luisa Cançado Cyrino.-- 2023.

131 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 123-131.

1. Direito penal - Teses. 2. Responsabilidade penal. 3. Crime por omissão. I. Rocha, Fernando Antonio N. Galvão da.  
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.  
III. Título.

CDU: 343.232



## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA LUIA CANÇADO CYRINO

Realizou-se, no dia 28 de abril de 2023, às 08:30 horas, videoconferência, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DO FABRICANTE PELOS PRODUTOS DEFETUOSOS INTRODUZIDOS NO MERCADO*, apresentada por LUIA CANÇADO CYRINO, número de registro 2021654367, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha - Orientador (Faculdade de Direito da UFMG), Prof(a). Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG), Prof(a). Gilmar Ferreira Mendes (IDP), Prof(a). Alaor Carlos Lopes Leite (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Prof(a). Pierpaolo Cruz Bottini (USP).

A Comissão considerou a dissertação:

( X ) Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 100 (cem).

( ) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2023.

Assinado de forma digital por FERNANDO ANTONIO NOGUEIRA GALVAO DA ROCHA:79298877749 (05/01/2022 ~ 04/01/2025)  
Data: 28/04/2023 11:22:01

Prof(a). Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha ( Doutor ) Nota 100 (cem)

LEONARDO AUGUSTO MARINHO  
MARQUES:00373518692  
Assinado de forma digital por LEONARDO AUGUSTO MARINHO MARQUES:00373518692  
Dados: 2023.04.28 11:24:50 -03'00'

Prof(a). Leonardo Augusto Marinho Marques ( Doutor ) Nota 100 (cem)

Prof(a). Gilmar Ferreira Mendes ( Doutor ) Nota 100 (cem)

Prof(a). Alaor Carlos Lopes Leite ( Doutor ) Nota 100 (cem)

Prof(a). Pierpaolo Cruz Bottini ( Doutor ) Nota 100 (cem)

## AGRADECIMENTOS

A escrita de uma dissertação não é um processo fácil. É um percurso desafiador e solitário que requer comprometimento e, também, muitas renúncias. Este trabalho, por certo, não seria possível sem o apoio e o incentivo que recebi ao longo do caminho. Agradeço, em primeiro lugar, ao Prof. Fernando Galvão, pela cuidadosa e atenciosa orientação. Ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, nas pessoas do Prof. Frederico Horta e do Prof. Luís Augusto Sanzo Brodt, pela contribuição ao trabalho. À Prof.<sup>a</sup> Jamilla Sarkis e à Prof.<sup>a</sup> Lília Finelli, por me encorajarem e não me deixarem desistir. Aos amigos de sala de aula, pelas enriquecedoras discussões sobre o árduo tema da omissão. Agradeço à minha família e aos meus amigos, pela compreensão e pelo carinho diário. Aos meus colegas do TJMG, por viabilizarem a conciliação do trabalho com o mestrado. Em especial, gostaria de agradecer ao Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor, por sempre acreditar em mim. Por fim, não poderia me esquecer jamais de agradecer à Universidade Pública e plural, que me fez compreender o Direito, antes de tudo, como uma forma de combate às opressões e de defesa dos mais vulneráveis.

Talvez o esquecimento, como uma nevasca suave, pudesse entorpecer aquilo tudo. Mas tudo aquilo era parte de mim. Era minha paisagem.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> PLATH, Sylvia. *The Bell Jar*. Londres: Farber and Farber, 1963. p. 227. Tradução nossa, no original: “Maybe forgetfulness, like a kind snow, should numb and cover them. But They were part of me. They were my landscape”.

## RESUMO

A responsabilidade penal omissiva do fabricante pelo produto defeituoso refere-se à discussão em torno da possibilidade de imputar o resultado lesivo, causado por um bem de consumo, ao fornecedor, quando a nocividade se tornou conhecida somente após a inserção no mercado. A questão fundamental é entender se a omissão do dever de omissão e de retirada é equiparável à ação típica, o que envolve a complexa problemática dos crimes omissivos impróprios. Nesse viés, neste trabalho, objetiva-se determinar se, nessas circunstâncias, o fabricante possui um dever especial de agir, com fundamento no art. 13, §2º, alínea “c”, do Código Penal. O estudo terá natureza jurídica-exploratória e será desenvolvido por meio da vertente metodológica jurídico-dogmática. A decomposição do tema-problema será realizada mediante um procedimento crítico-analítico, com base em um raciocínio dedutivo.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Crimes omissivos impróprios. Responsabilidade penal pelo produto.

## RIASSUNTO

La responsabilità penale omissiva del produttore per il prodotto difettoso si riferisce alla discussione sulla possibilità di imputare il risultato lesivo, causato da un bene di consumo, al fornitore, quando la nocività è diventata nota solo dopo l'immissione sul mercato. La questione fondamentale è capire se l'omissione del dovere di omissione e di rimozione è equiparabile all'azione tipica, il che comporta la complessa problematica dei reati omissivi impropri. In questo senso, questo lavoro mira a determinare se, in queste circostanze, il produttore ha un dovere speciale di agire, sulla base dell'articolo 13, paragrafo 2, lettera "c" del Codice penale. Lo studio avrà una natura giuridica-esplorativa e verrà sviluppato attraverso il metodo giuridico-dogmatico. La decomposizione del tema-problema sarà effettuata mediante un procedimento critico-analitico, basato su un ragionamento deduttivo.

**Parola Chiave:** Diritto Penale. Reati omissivi impropri. Responsabilità penale per il prodotto.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT	Ato das disposições constitucionais transitórias
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
art.	Artigo
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial
CP	Código Penal brasileiro
CR/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
inc.	Inciso
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1</b>	<b>CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS</b> .....	<b>13</b>
<b>1.1</b>	<b>Critérios de equiparação entre omissão e ação</b> .....	<b>16</b>
<i>1.1.1</i>	<i>Teorias causais</i> .....	<i>17</i>
<i>1.1.2</i>	<i>Teoria do Dever Formal</i> .....	<i>24</i>
<i>1.1.3</i>	<i>Teorias do Dever de Garantidor</i> .....	<i>30</i>
<i>1.1.3.1</i>	<i>Teoria das funções de Armin Kaufmann</i> .....	<i>30</i>
<i>1.1.3.2</i>	<i>As teorias do domínio de Bernd Schünemann, Claus Roxin e Enrique Gimbernat Ordeig</i> .....	<i>33</i>
<i>1.1.3.3</i>	<i>A teoria das competências organizacional/institucional de Günther Jakobs, Jesús Maria Silva Sánchez, Juarez Tavares e Pierpaolo Cruz Bottini</i> .....	<i>46</i>
<b>1.2</b>	<b>Fundamentos materiais do Dever de Garante no Código Penal Brasileiro</b> .....	<b>60</b>
<b>2</b>	<b>INGERÊNCIA</b> .....	<b>65</b>
<b>1.4</b>	<b>A negação da ingerência</b> .....	<b>65</b>
<b>1.5</b>	<b>Roxin e a ingerência</b> .....	<b>69</b>
<b>1.6</b>	<b>Jakobs e a ingerência</b> .....	<b>72</b>
<b>1.7</b>	<b>Silva Sánchez, Gimbernat Ordeig, Dopico Gómez-Aller e a ingerência</b> .....	<b>74</b>
<b>1.8</b>	<b>Juarez Tavares, Pierpaolo Bottini e a ingerência</b> .....	<b>79</b>
<b>1.9</b>	<b>A ingerência no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	<b>85</b>
<b>3</b>	<b>RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DO FABRICANTE PELOS PRODUTOS DEFEITUOSOS INTRODUZIDOS CORRETAMENTE NO MERCADO</b> .....	<b>88</b>
<b>3.1</b>	<b>A proteção das relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro</b> . .....	<b>89</b>
<b>3.2</b>	<b>A posição de garantidor do fabricante</b> .....	<b>93</b>
<i>3.2.1</i>	<i>A conduta antecedente do art. 13, §2, do CP: a fabricação do produto defeituoso e os deveres de cuidado</i> . .....	<i>109</i>
<i>3.2.2</i>	<i>A extensão do dever de agir: deveres de vigilância, advertência e retirada do produto do mercado</i> . .....	<i>115</i>
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>121</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>123</b>

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal pelo produto insere-se, normativamente, no âmbito da proteção penal das relações de consumo e refere-se à discussão em torno da responsabilidade criminal dos fabricantes, dos distribuidores e dos comerciantes pelos danos causados à vida, à saúde e à integridade física dos consumidores decorrentes do uso normal de produtos defeituosos.

Como objeto do Direito Penal, a temática é, relativamente, recente e remonta ao final da década de 1980, impulsionada por decisões judiciais paradigmáticas que iniciaram um profundo debate doutrinário. O estudo da responsabilidade penal pelo produto revela uma gama de novos problemas jurídico-penais, que refletem a tensão entre as necessidades político-criminais da sociedade de consumo e os limites dos institutos tradicionais de imputação. Dentre os pontos controversos, cinco se destacam: (i) a relação de causalidade entre a conduta do fabricante e o resultado; (ii) a definição de a quem pode ser imputado o resultado, dentro da complexa estrutura empresarial; (iii) se a suspeita da nocividade do produto pode fundamentar o dolo ou somente a culpa; (iv) a ambivalência da conduta penalmente relevante (comissão ou omissão?); (v) a existência de um dever especial de agir por parte do fabricante, apto a fundamentar uma responsabilidade por omissão imprópria (ingerência), quando a nocividade do produto se tornou conhecida somente após sua inserção no mercado.

Por escolhas metodológicas, é a esse último questionamento que este trabalho busca responder. Isto é, objetiva-se determinar se o fabricante será garantidor, nos termos do art. 13, §2º, alínea “c”, quando a nocividade do produto se tornou conhecida somente após a sua inserção no mercado.

Nesses casos, o fabricante realiza uma primeira conduta — produzir uma mercadoria defeituosa a ser inserida no mercado — e, posteriormente, pratica uma segunda conduta, dessa vez omissiva, de não retirar o bem do mercado e deixar de comunicar às autoridades e aos consumidores a periculosidade do produto. Em razão da imprecisão legal quanto à delimitação da ingerência, torna-se difícil determinar se há um dever de garante de realizar o recall e/ou advertir a comunidade sobre a nocividade da mercadoria. Ao tratar desse recorte, adicionam-se à complexa responsabilidade pelo produto os problemas próprios da ingerência.

Definida como fonte do dever especial de agir, segundo a qual será garantidor aquele que “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (art. 13, §2º, do Código Penal - CP), a ingerência apresenta contornos turvos. Isso porque, enquanto as fontes do dever de garantia — dever legal de cuidado, proteção e vigilância e assunção fática da

responsabilidade de evitar o resultado — têm seu conteúdo e âmbito de incidência delimitados, na ingerência a indefinição legal deixa em aberto questões essenciais, especialmente quanto à natureza do risco criado (permitido ou não permitido) e à extensão do dever de agir.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho será determinar se o fabricante possui um dever especial de agir, com fundamento no art. 13, §2º, alínea “c”, do Código Penal (CP), quando o defeito do produto se torna conhecido somente após a sua inserção no mercado. O estudo terá natureza jurídica-exploratória e será desenvolvido por meio da vertente metodológica jurídico-dogmática. A decomposição do tema-problema será realizada mediante um procedimento crítico-analítico, com base em um raciocínio dedutivo.

A dissertação será dividida em três capítulos, cuja ordem do conteúdo foi escolhida para seguir a argumentação dedutiva: premissa geral, premissa singular e conclusão. No primeiro, objetiva-se identificar o fundamento material da equiparação da omissão à ação típica, sob a luz do Código Penal Brasileiro. Para esse fim, será realizada a revisão bibliográfica do tema, para, posteriormente, contrapor os entendimentos doutrinários com as disposições legais.

O segundo capítulo terá enfoque na ingerência, a fim de delimitar a natureza do risco criado pela conduta até a extensão do dever de agir. A estrutura será a mesma apresentada no primeiro capítulo: revisão bibliográfica seguida da análise dos posicionamentos sob enfoque do ordenamento jurídico pátrio, considerando a premissa geral estabelecida.

Por fim, no terceiro capítulo, os conceitos dogmáticos serão aplicados à responsabilidade penal omissiva do fabricante pelos produtos defeituosos, para a resolução do problema. Para tanto, será apresentada a legislação consumerista brasileira, com objetivo de compreender a proteção às relações de consumo estabelecidas pela ordem jurídica, essencialmente no que tange os produtos defeituosos e as medidas de segurança impostas ao fabricante. Em um segundo momento, será exposta a discussão doutrinária quanto ao dever especial de agir do fabricante, seguida da análise dos requisitos da ingerência no âmbito da cadeia de consumo.

Antes de adentrar no texto, contudo, é mister apresentar algumas definições. Por consumidor, entender-se-á “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, conforme extrai-se do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por outro lado, o conteúdo do termo “fabricante” derivará da restrição do conceito de “fornecedor”, previsto no art. 3º, *caput*, do CDC, e designará toda pessoa física que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção e transformação de produtos. Para os fins deste trabalho, os termos fabricante, produtor e fornecedor serão utilizados como

sinônimos. Com efeito, exclui-se do objeto deste trabalho a responsabilidade da pessoa jurídica e dos entes despersonalizados, bem como as atividades de importação, exportação, distribuição e comercialização.

Observa-se, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor determina que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º, §1º). Esse conceito é complementado pelas normas contidas no Livro II do Código Civil (Lei n. 10.406/2002).<sup>2</sup> A definição legal é, inegavelmente, ampla, pois abarca itens de natureza, qualidade e destinação extremamente distintas, isto é, desde objetos corpóreos como casas, eletrodomésticos, celulares, computadores, veículos automotores, alimentos, medicamentos, até direitos reais, pessoais de caráter patrimonial, energias que tenham valor econômico, entre outros.

É preciso, portanto, uma limitação adicional, que partirá da própria política nacional de consumo, a que se destina a tutela penal que se estuda neste trabalho. Nessa perspectiva, por “produtos” entender-se-ão aqueles construídos, produzidos, fabricados, montados e transformados para serem disponibilizados no mercado (no sentido econômico) para fruição do consumidor, como destinatário final.

Feita essa necessária delimitação, resta conceituar o que se entende como “produto defeituoso”. Nesse ponto, para fins desta dissertação, o termo será compreendido, ao menos em parte, da forma como prevista na legislação, ou seja, um “produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dela se esperam e a época em que foi colocado em circulação” (art. 12, §1º).

Cumprido registrar que a legislação consumerista diferencia produtos defeituosos daqueles impróprios ao consumo (art. 18, §6º), que são aqueles fora do prazo de validade (inciso I); deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (inciso II); e, também, os que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (inciso III). Diante disso, o

---

<sup>2</sup> Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta. Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a unidade, forem removidas para outro local; II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem. Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações. Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis, readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

conceito de produtos defeituosos utilizado neste trabalho abarcará também aqueles denominados pela legislação como “impróprios ao consumo”, restringidos, contudo, aos vícios que representam um perigo à saúde e à segurança do consumidor.

## 1 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Os crimes omissivos impróprios apresentam desafios relacionados à sua natureza, à sua estrutura e à sua punibilidade.<sup>3</sup> Nesses delitos, imputa-se ao omitente o resultado previsto em uma norma penal, que descreve somente o comportamento ativo, em razão de uma qualidade do sujeito,<sup>4</sup> de forma que a legitimidade da incriminação está atrelada à relação existente entre a ação e a omissão.<sup>5</sup> Isso porque a inatividade, *per se*, não possui significado, apenas adquire sentido normativo sob a perspectiva de um elemento externo: a ação.<sup>6</sup> Assim, a delimitação da omissão penalmente relevante decorre da sua vinculação à conduta comissiva, que atua, nas palavras de Juarez Tavares, como “elemento orientador” desse processo.<sup>7</sup> E é daí que a discussão doutrinária quanto à natureza e aos pressupostos da omissão punível apresenta papel central na compatibilização da tipificação dessa espécie delitativa com o princípio da legalidade e, por conseguinte, na racionalidade da incidência do poder punitivo estatal.<sup>8</sup>

Sintetizado sob a máxima *nullum crimen sine lege*, o princípio da reserva legal é o pilar do Estado de Direito.<sup>9</sup> Consagrado na Constituição da República de 1988 (CR/1988), determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX).<sup>10</sup> A submissão do poder público aos limites da lei geral, escrita e abstrata, é o que resguarda a liberdade do cidadão contra a arbitrariedade estatal, confere previsibilidade à atuação das autoridades e garante a segurança jurídica.<sup>11</sup> Em última instância, legitima a imposição da pena porquanto assegura que a aplicação da sanção “não seja um mero ato de força, que recaí como uma desgraça sobre o súdito, mas uma consequência previsível das suas ações e, assim, objeto de uma possível escolha do seu consentimento”.<sup>12</sup>

Por conseguinte, para além da sua função constitutiva, a legalidade assume protagonismo na proteção dos direitos fundamentais, pois atua como verdadeiro limite ao poder

<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 28.

<sup>4</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 80.

<sup>5</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 77.

<sup>6</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 71.

<sup>7</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 81.

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 80; BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal: análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 246.

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 67.

<sup>10</sup> O texto constitucional é reproduzido, na íntegra, no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña et all. t. I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>12</sup> HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 27, v. 155, p. 51-70, mai. 2019.

punitivo,<sup>13</sup> ou seja, à intervenção estatal mais violenta na esfera do indivíduo como sujeito de direito. Sob esse viés garantista, extraem-se quatro corolários lógicos do princípio da legalidade:<sup>14</sup> a proibição da retroatividade da lei penal,<sup>15</sup> da criação de crimes pelo direito consuetudinário,<sup>16</sup> do uso da analogia<sup>17</sup> e, por fim, das incriminações vagas e indeterminadas.<sup>18</sup> Com efeito, para que a incriminação contida no tipo seja legítima,<sup>19</sup> não basta a existência de lei formal, é imprescindível que seu conteúdo e seu alcance sejam inteligíveis porque, se os elementos do delito forem genéricos, ambíguos e indetermináveis, não seria possível cumprir a finalidade própria da reserva legal: a limitação da *ius puniendi* estatal.<sup>20</sup>

À luz do princípio da legalidade, portanto, o discurso dogmático tem o dever de definir, com clareza, os contornos do fato punível, a fim de afastar qualquer incoerência, insegurança, imprevisibilidade e arbitrariedade na intervenção penal.<sup>21</sup> É por esse motivo que o tratamento comum entre a ação e o não agir é essencial para a legitimidade dos crimes omissivos impróprios,<sup>22</sup> afinal “uma omissão por omissão se torna incompreensível”.<sup>23</sup>

A existência de uma cláusula geral de equiparação, como a prevista no art. 13, §2º, do CP, não é suficiente para compatibilizar os crimes omissivos impróprios ao princípio da reserva legal. A redação é por demais imprecisa e ambígua.<sup>24</sup> Seja pela referência a deveres extrapenais não especificados em lei ou pela indeterminação da semântica em seu sentido denotativo, a disposição quanto às posições de garante ampliam por demais o âmbito de incidência da incriminação, transferindo à doutrina e à jurisprudência não só a restrição do alcance, mas, também, o próprio conteúdo da omissão imprópria.

Nesse sentido, Juarez Tavares defende que a cláusula geral não é suficiente para fundamentar o tratamento igualitário entre ação e omissão e, também, não embasa o porquê da

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 137; HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade. p. 56.

<sup>14</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 68; ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 140.

<sup>15</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 68-69; ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 161-169.

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 70-74; ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 159-161.

<sup>17</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 74-77; ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 147-158.

<sup>18</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 78-83; ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 169-175.

<sup>19</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 44: “a construção de um tipo de delito deverá ser declarada ilegítima sempre que, tanto na formação da proibição ou dos comandos jurídicos quanto na sua concretização judicial, possa suscitar dúvidas quanto ao seu objeto, seu alcance e à forma de ofensa ao bem jurídico”.

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 169; BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. p. 78.

<sup>21</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?. Lima: ARA Editores, 2009. p. 43.

<sup>22</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 144.

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 71.

<sup>24</sup> O conteúdo do art. 13, §2º, do CP será melhor detalho no item 1.2 infra.

diferença da resposta jurídico-penal em relação a sujeitos que realizaram condutas similares.<sup>25</sup> Para o autor, a referência ao dever de garante, conforme exposto no CP, *per se*, não é capaz de cumprir as exigências do princípio da legalidade, de forma que um processo de justificação da punibilidade deverá perpassar um processo de diferenciação e, posteriormente, de equiparação entre a omissão e a ação.<sup>26</sup>

Ao tratar da necessidade da fundamentação material da equiparação entre ação e omissão, Heloísa Estellita apresenta a seguinte situação hipotética: uma criança (“C”) é assassinada por “E” na frente do pai (“P”) e de um amigo do genitor (“A”), que assistem à cena sem fazerem nada para evitar a morte do infante, apesar de terem capacidade físico-real para tanto.<sup>27</sup>

Não há dúvidas de que “E” será responsabilizado como incurso nas penas do art. 121 do CP (“matar alguém”). “A”, no máximo, responderá pelo delito de omissão de socorro com resultado morte, previsto no art. 135, § único, do CP, sujeito a uma pena bem menor. “P”, por sua vez, será punido, também, pela prática de homicídio por omissão imprópria, equiparando a reprovabilidade da inatividade à da intervenção comissiva de “E”.<sup>28</sup>

Ontologicamente, é certo que a conduta de “A” e “P” são semelhantes, mas a resposta penal ao comportamento do pai é muito mais severa. Nesse cenário, é preciso que exista algum fundamento material que justifique o tratamento diferenciado, isto é, que justifique a equiparação do desvalor da *omissão* do pai ao desvalor da *ação típica* praticada por “E”.<sup>29</sup> Para a autora brasileira, o tipo legal, em conjunto com o disposto no art. 13, § 2º, não exclui a necessidade de um fundamento para a equiparação do desvalor da omissão ao da comissão, que seria uma exigência, também, do princípio da igualdade, em seu sentido material.<sup>30</sup>

A grande dificuldade, portanto, dos crimes omissivos impróprios é a equiparação da omissão à ação típica, para que seja imputado ao sujeito o resultado lesivo como se tivesse realizado a conduta comissiva prevista na lei penal. Se, por um lado, na ausência de uma cláusula de equiparação, o intérprete deverá recorrer aos pressupostos teóricos dos crimes

<sup>25</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 70.

<sup>26</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 30.

<sup>27</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85

<sup>28</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 85.

<sup>29</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 86.

<sup>30</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 86.

omissivos impróprios; por outro, presente a cláusula geral, como no ordenamento brasileiro, deve-se socorrer a uma exegese incerta.<sup>31</sup>

Assim, a equiparação entre a ação e a omissão é chave para a determinação do conteúdo dos crimes omissivos impróprios e, por consequência, da estrutura e dos pressupostos dessa espécie delitiva. A definição de um critério de equivalência, portanto, é a base da legitimidade da incriminação e da justificação racional da punibilidade. Diante disso, no próximo tópico serão expostas as diferentes teorias elaboradas pela doutrina sobre esse tema, com o objetivo de compreender os fundamentos desse tratamento igualitário e embasar a análise dogmática necessária para a solução do problema proposto.

### 1.1 Critérios de equiparação entre omissão e ação

Em que pese não ser aferível de forma empírica, a equiparação entre ação e omissão é fruto de um esforço dogmático de legitimar os delitos omissivos impróprios, ante a necessidade de compatibilização destes ao princípio constitucional da legalidade.<sup>32</sup> A tarefa não é fácil.<sup>33</sup> Apesar de ter sido objeto de estudo das diferentes escolas penais, a discussão em torno do fundamento dessa equivalência, como elemento de justificação da punibilidade, ainda não foi superada.<sup>34</sup> Em verdade, o estado da arte da matéria, como bem definiu Bernd Schünemann, encontra-se em um genuíno “caos dogmático, que não pode ser questionado, em razão da aparente unidade nos resultados partilhados pela doutrina dominante, e dentro do qual todo autor busca favorecer sua própria dedução, irredutível a outras posições [...]”.<sup>35</sup>

Ao longo do desenvolvimento dogmático, foram apresentadas diversas propostas — empíricas e normativas — que visavam identificar o fundamento de equiparação entre a omissão e ação, no plano ontológico ou normativo.<sup>36</sup> A seguir serão apresentadas algumas das teorias criadas pela doutrina acerca do tema, suas consequências sistêmicas e as críticas

<sup>31</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión: o de comisión por omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. 2003. p. 56-57.

<sup>32</sup> COSTA, Victor. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 115

<sup>33</sup> Nesse sentido, afirma ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña et al. t. II. Madrid: Civitas, 2014. p. 845: “la problemática de la equivalencia em los delitos improprios de omisión representa el capítulo aún hoy más discutido e oscuro em la dogmática de la parte general”.

<sup>34</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21; BACIGALUPO, Enrique. *La renovación de la dogmática penal*. p. 242.

<sup>35</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 160.

<sup>36</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. II. p. 50.

elaboradas a cada uma delas. Em um segundo momento, essas construções dogmáticas serão analisadas sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao modelo adotado pelo Código Penal brasileiro a partir da cláusula de equiparação prevista no art. 13, §2º, do CP.

### 1.1.1 Teorias causais

Influenciada pela ideologia iluminista e pelo naturalismo positivista, a escola clássica buscou a construção de uma sistemática penal fundamentada em realidades empíricas e mensuráveis. A ação é entendida como um movimento corpóreo voluntário ligado ao resultado típico (alteração no mundo real)<sup>37</sup> por um nexo de causalidade, compreendido, sob um viés naturalístico, como “um processo positivo de produção de efeitos”,<sup>38</sup> afastando o conceito do contexto normativo de imputação.<sup>39</sup> Sob essa perspectiva, a responsabilidade penal individual e, também, as estruturas dogmáticas dependeriam da aferição da causalidade mecânica entre a conduta do sujeito e a lesão ao bem-jurídico,<sup>40</sup> contudo, a omissão, conforme os princípios da metafísica (*ex nihilo nihil fit*)<sup>41</sup>, não causa nada.<sup>42</sup>

A configuração do delito, portanto, dependeria, em todos os casos, de uma conduta ativa, de forma que, para ter relevância jurídica, a omissão deveria estar vinculada à ação, integrando uma única “unidade de imputação”.<sup>43</sup> Para os defensores dessa proposta, a causalidade da omissão não existiria a partir da inatividade, mas decorreria da ação precedente, que sozinha deveria conter o potencial de gerar o resultado lesivo, que fosse previsível ao tempo da realização da conduta antecedente.<sup>44</sup>

Há uma cisão entre a causalidade e o dever de evitar o resultado, de forma que a omissão teria relevância penal quando, por meio de um atuar positivo prévio, o sujeito tivesse assumido para si um dever de evitar o resultado,<sup>45</sup> como elemento fático da relação de causalidade.<sup>46</sup> A

<sup>37</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo do Rabello de Britto (org). Notícia do Direito brasileiro. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

<sup>38</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 105.

<sup>39</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 57.

<sup>40</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 41.

<sup>41</sup> CARO JOHN, José Antonio. Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión. La reforma del derecho penal y del derecho procesal em el Perú. Anuario de Derecho Penal. 2009. p. 87.

<sup>42</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 57. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 68.

<sup>43</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 57.

<sup>44</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 108.

<sup>45</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 251.

<sup>46</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 58; KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 254.

ação seria, portanto, um conceito mais amplo, que englobaria o comportamento ativo, como condição necessária para a lesão ao bem jurídico, ao qual se acresceria a omissão referente a essa não evitação do resultado.<sup>47</sup>

Assim, no caso do proprietário de um cachorro que vê seu cão atacar um transeunte sem atuar para impedir o dano,<sup>48</sup> a responsabilidade penal não decorreria somente do deixar de evitar o resultado, mas da conduta antecedente (de transportar o animal), que seria a causa.<sup>49</sup> Arremata Bottini: “o omitente, nesse caso, não violou o dever de parar o cachorro, mas uma proibição de lesionar outro por meio de uma conduta precedente. Assim, não foi a omissão que causou o resultado, mas a ação anterior que criou condições para a sua ocorrência [...]”.<sup>50</sup>

Esse tratamento unitário entre as duas modalidades da conduta delitiva (comissiva e omissiva) é o que legitimava a criminalização da omissão imprópria frente ao princípio da legalidade, porquanto ambas as formas de comportamento estariam abarcadas pelos tipos penais da parte especial.<sup>51</sup> Ocorre que essas teorias da ação antecedente não se sustentam quando colocadas à prova.<sup>52</sup>

Em primeiro lugar, as propostas esbarram no dolo subsequente,<sup>53</sup> que não é aceito para fins de imputação.<sup>54</sup> Isso porque, como visto, a imputação do resultado não estaria justificada na omissão, mas na conduta antecedente, que criaria o curso causal. Ocorre que, quando o comportamento ativo aconteceu, não existia o dolo do resultado, que só surgiria com a inatividade posterior.<sup>55</sup>

No caso do cachorro, se o ataque acontece após o cão fugir por imprudência de um terceiro, mas o dono, ao ver a situação, deixa de chamá-lo, mesmo tendo capacidade físico-real, a imputação do homicídio doloso somente seria permitida se fosse considerado no momento da omissão, pois, ao tempo da realização da conduta antecedente (comprar ou adotar o animal) não

---

<sup>47</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 252; TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 108.

<sup>48</sup> Exemplo apresentado por BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 65.

<sup>49</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 65.

<sup>50</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 65.

<sup>51</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 69.

<sup>52</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 69 ss; KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 275 e ss.

<sup>53</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 65-66: “Entende-se por dolo subsequente o surgimento da vontade de realização típica após a consumação do resultado”.

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. In: ROXIN, Claus. Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal. Lima: ARA Editores, 2009. p. 14.

<sup>55</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 66.; KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 275.

existiria sequer culpa. Com efeito, se a causalidade está na ação prévia, seria necessário aceitar o dolo subsequente.<sup>56</sup>

Ao deslocar a análise da causalidade para uma etapa anterior (momento em que a conduta comissiva é realizada), transporta-se, também, o exame dos elementos subjetivos, de forma que a imputação por omissão imprópria, nos termos propostos, vai de encontro ao princípio da culpabilidade.<sup>57</sup> Como explica Enrique Bacigalupo, não há uma correspondência temporal entre a condição positiva (ação antecedente) e o dolo, que surge somente com a omissão posterior.<sup>58</sup> Segundo Dopico Gómez-Aller, essa é uma consequência da concepção da ação como movimento corporal casual, que entende que a conduta delitiva termina com o fim do comportamento ativo, de forma que a omissão fica deslocada no tempo, “como um dolo sem ação”.<sup>59</sup>

Para além, outra crítica à teoria da conduta antecedente é que ela não explica o dever de evitar o resultado que não decorre de um comportamento anterior do omitente.<sup>60</sup> No caso clássico da mãe que deixa o filho morrer de inanição, não há uma ação precedente que fundamente a responsabilidade por omissão imprópria, a não ser que se considera a própria gravidez como o comportamento ativo prévio.<sup>61</sup> Mas, mesmo que isso fosse aceito, tal resposta é incongruente quando a mulher não atuou ativamente para que isso acontecesse, como ocorre nos casos de estupro.<sup>62</sup> Retomando o exemplo apresentado por Heloísa Estellita, o pai “P” que assiste ao assassinato do filho “C” por “E” e nada faz, apesar de ter condições fáticas de intervir, será responsabilizado pelo homicídio doloso, em razão da existência de um dever de agir, mas este não está fundamentado em uma ação precedente do genitor. Da mesma forma, sob essa lógica, se o médico<sup>63</sup> se mantém inerte ao observar um paciente morrer em virtude de uma hemorragia causada por um acidente, não responderá pelo resultado lesivo, mas tão somente pela omissão de socorro, por ausência de um atuar próprio anterior.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 66.

<sup>57</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 254; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 65. Ainda: VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. p. 210.

<sup>58</sup> BACIGALUPO, Enrique. Conducta precedente y posición de garante em el Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XXII, Madrid: Ministerio de Justicia, 1970. p. 36.

<sup>59</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 82. Tradução nossa, no original: “como um dolo sin acción”.

<sup>60</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p.67; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 70

<sup>61</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 67.

<sup>62</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 70.

<sup>63</sup> Atualmente, a doutrina majoritária fundamenta a posição de garantidor do médico deriva da assunção fática da função de proteção, em razão do domínio sobre o desamparo da vítima. Ver: SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e direito penal da medicina. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 386.

<sup>64</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 67.

Não é difícil perceber que essa primeira proposta, ao se restringir à posição de garantidor por ingerência, não consegue explicar os demais casos de omissão imprópria que extrapolam essa hipótese da ação precedente perigosa.<sup>65</sup> Jakobs critica a teoria da conduta antecedente por tomar por base o grupo de casos em que a omissão se assemelha aos delitos comissivos, isto é, no caso da ingerência, e estender as conclusões aos demais, sem conseguir explicar o motivo pelo qual a ação culposa e a inatividade dolosa, em conjunto, constituem um delito doloso.<sup>66</sup>

Dopico Gómez-Aller, por sua vez, argumenta que a causalidade da conduta prévia é insignificante, pois o que importa para o direito é valoração da ação humana e não sua característica física.<sup>67</sup> O tabagista, por exemplo, poderá atuar como condição causal para que um fumante passivo desenvolva câncer no pulmão, mas não seria responsabilizado criminalmente pelo resultado lesivo.<sup>68</sup> Nesse sentido, a vinculação do fundamento da punibilidade desses crimes a esse conceito mecânico-natural, além de vazia, ampliaria, em demasia, as omissões penalmente relevantes.<sup>69</sup>

Para superar as inconsistências da teoria da conduta antecedente, os adeptos ao sistema causal desenvolveram novas propostas que identificam a omissão, *per se*, como causa de um resultado, sem que a fundamentação dependa da conduta ativa precedente.<sup>70</sup> Dentre elas destacam-se duas: a teoria da interferência<sup>71</sup> e a da ação esperada.

De acordo com a teoria da interferência,<sup>72</sup> a omissão penalmente relevante não seria um mero não agir, mas uma decisão consciente de não impedir o resultado lesivo e seria essa “*contenção da vontade*” a causa determinante para a concretização do delito.<sup>73</sup> A causalidade, portanto, ainda seria o cerne da legitimação dos crimes omissivos impróprios. A diferença é que, segundo essa concepção, a inatividade também seria *conditio sine qua non*.<sup>74</sup>

<sup>65</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 72.

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción e de la omisión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 26.

<sup>67</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 73.

<sup>68</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 74.

<sup>69</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 74.

<sup>70</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 253.

<sup>71</sup> Importante ressaltar que não existe uma única teoria da interferência, mas todas elas se convergem no sentido de entender que a omissão, também, é causa do delito, de forma idêntica à conduta comissiva, em razão da decisão consciente de não impedir o resultado lesivo. Nesse sentido: DÓPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 84-85.

<sup>72</sup> A teoria da interferência a que se refere esta dissertação é a elaborada por Karl Binding, discutida nas obras referenciadas. Ver: DÓPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 87 e ss; TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II, p. 110 e ss; BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 253-254; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 67.

<sup>73</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 253; BOTTINI, Pierpalo Cruz. Crimes omissivos. p. 67.

<sup>74</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 85.

A ação seria composta por diversas condicionantes, que poderiam ser tanto positivas quanto negativas. Aquelas resultariam em uma modificação no mundo real, enquanto estas decorreriam do ato volitivo de não interferir no curso causal.<sup>75</sup> Afasta-se da fundamentação dos crimes omissivos impróprios a infração do dever jurídico, esse seria responsável para a formação do ilícito por transformar a omissão em antijurídica. Como causa, assim como o comportamento comissivo, o não agir violaria normas proibitivas e não mandamentais,<sup>76</sup> porquanto, sob essa concepção, a obrigação de atuar transformaria a inatividade em uma proibição, de forma que imposição de uma conduta omissiva seria tão somente uma derivação lógica do processo de causalidade.<sup>77</sup>

A omissão causal produziria as condições favoráveis à concretização do resultado lesivo, o que ocorreria, em suma, quando o sujeito não interferisse no processo causal do delito, ao qual deu início anteriormente.<sup>78</sup> Se um homem leva o cachorro para passear, sem coleira, com a intenção de chamá-lo por um assobio caso algo acontecesse, estaria criando condições positivas e negativas para eventual resultado lesivo, que, se viesse a ocorrer em razão de uma inatividade dolosa ou culposa do sujeito, seria a ele imputado por omissão imprópria.<sup>79</sup> Há uma evidente semelhança entre essa teoria e a da ingerência. Mas, enquanto para esta a conduta ativa integra o processo de imputação, para aquela é apenas pressuposto necessário.<sup>80</sup>

Ao determinar que o momento causal está no ato volitivo<sup>81</sup> de não interferir no curso causal, objetiva-se solucionar o problema relativo ao dolo subsequente. Para os adeptos à teoria da interferência, o elemento subjetivo estaria na própria omissão, que é a conduta determinante para a imputação, por conter a vontade de impedir o resultado, criando condições favoráveis para a sua concretização.<sup>82</sup> Compreendia-se que, dessa forma, a causalidade e a culpabilidade<sup>83</sup> coincidiriam no tempo.<sup>84</sup>

A teoria da interferência, ao que parece, apresenta uma incoerência interna que merece destaque. A proposta se baseia em uma causalidade subjetiva, na qual o fundamento determinante é a contenção da vontade. Não obstante, esses elementos se contradizem, uma vez

<sup>75</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 68.

<sup>76</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 87.

<sup>77</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 253.

<sup>78</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 87.

<sup>79</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 275-276.

<sup>80</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 88.

<sup>81</sup> O ato volitivo na teoria da interferência refere-se à conduta dolosa e, também, culposa. Nesse sentido: KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 275.

<sup>82</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 89.

<sup>83</sup> A construção dogmática vinculada às teorias causais entendia que o dolo e a culpa integravam a culpabilidade e não a tipicidade. Ver: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. p. 310.

<sup>84</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 254.

que, se o sujeito possui o dolo de se omitir, não há vontade de agir e, por consequência, de conter. Nesse sentido, Kaufmann refuta o critério psicológico como orientador da causalidade da omissão. Quando o sujeito deixa de interferir no curso causal lesivo, não há, necessariamente, um ato psíquico. Voltando ao caso do dono que se mantém inerte diante do ataque do seu cão a outrem, o autor aponta que, talvez, não exista, no momento da omissão, uma decisão, mas apenas a manutenção da vontade de não fazer nada.<sup>85</sup>

Para além, essa teoria não é compatível com as hipóteses de responsabilidade penal por omissão imprópria que não podem ser fundamentadas em um comportamento anterior,<sup>86</sup> porquanto o não agir somente seria causa quando as condições (positivas e negativas) tiverem sido postas pelo próprio sujeito.<sup>87</sup> Dopico Gómez-Aller aponta, ainda, que os conceitos utilizados pela teoria da inferência não são capazes de resolver a controvérsia da equiparação e amplia o grupo de omissões penalmente relevantes, pois recai no problema do regresso ao infinito, por não existir uma limitação da obrigação de impedir o resultado, vinculando o sujeito a todos os possíveis cursos causais de sua conduta.<sup>88</sup>

A teoria da ação esperada, por sua vez, acrescenta um elemento normativo ao conceito ontológico da causalidade.<sup>89</sup> A omissão é compreendida como causa do resultado quando a evitação do resultado é esperada pelo ordenamento, o que aconteceria quando existisse um dever jurídico nesse sentido.<sup>90</sup> A distinção entre ação e omissão, sob a perspectiva naturalista, é irrelevante para essa concepção porque a causalidade mecânica de um resultado lesivo difere do seu conteúdo normativo (contrária ao direito), que é o que de fato importaria para a dogmática penal.<sup>91</sup> Sob essa perspectiva, se a mãe deixa o filho morrer de fome, a imputação do resultado morte decorrerá não da conduta antecedente, isto é, gerar a criança, mas da violação ao dever de alimentá-la.<sup>92</sup>

Não deixa de existir uma causalidade própria da omissão, mas a ela são acrescentados elementos valorativos. Afere-se a relevância penal de uma conduta omissiva a partir de um juízo hipotético de eliminação da condição negativa. Isto é, deve-se verificar se a consumação da ação esperada afastaria o resultado lesivo.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 276.

<sup>86</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 254

<sup>87</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 276.

<sup>88</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 91 e 96.

<sup>89</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 97.

<sup>90</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 255.

<sup>91</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 98.

<sup>92</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 68.

<sup>93</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 127.

Ao estender o instituto da causalidade à inatividade, assinalada como condição negativa do resultado, o conceito adquire um sentido normativo e deixa de ser concebido apenas sob um viés naturalístico, relacionado à alteração do mundo real. É nesse sentido que Juarez Tavares afirma que a proposta, em verdade, é uma teoria da imputação e não da causalidade, exatamente pela penetração dos critérios valorativos.<sup>94</sup> Ainda entre nós, Pierpaolo Bottini argumenta que a noção da omissão causal, como fundamento da imputação, necessita do *dever especial de evitar o resultado* ou qualquer inatividade poderá ser considerada causa. Mas isso acarreta uma ruptura do sistema causal, porquanto o conteúdo desse dever é, em essência, normativo.<sup>95</sup> Kaufmann, de forma similar, defende que o esforço dogmático das teorias causais, em verdade, objetiva fundamentar a tipicidade da omissão de evitar o resultado em relação à conduta ativa. A causalidade e a natureza da omissão não seriam o fim, mas o meio de justificar o porquê dessa modalidade de comportamento ser punida segundo os pressupostos e a estrutura dos delitos comissivos.<sup>96</sup> Segundo o autor, essas propostas estariam fadadas ao fracasso, pois não seria possível construir critérios dogmáticos de equiparação entre a omissão imprópria e os delitos comissivos a partir de uma metodologia pautada por elementos axiológicos.<sup>97</sup>

No século XIX, Franz Von Liszt foi o primeiro<sup>98</sup> a apontar que a problemática dos crimes omissivos impróprios estaria na equiparação entre a não evitação do resultado e sua produção ativa.<sup>99</sup> Para o autor alemão, a omissão penalmente relevante seria o deixar, voluntariamente, de realizar uma conduta exigida (implícita ou explicitamente) pelo ordenamento jurídico ou em razão de uma conduta anterior que torne a inatividade contrária ao direito.<sup>100</sup> Assim, a causalidade não interferiria na punibilidade dessa espécie delitiva, que dependeria da conformidade ao comportamento imposto pelo Direito e recairia no âmbito da antijuridicidade.<sup>101</sup> Claus Roxin coaduna, em parte, com essa posição. Apesar de reconhecer que a conduta omissiva pode ser *conditio sine qua non* de um delito, entende que, para fins de imputação, o conceito é inútil.<sup>102</sup> Também assim posiciona-se Juarez Tavares, para quem a omissão está sempre relacionada à existência de um dever, que é um elemento normativo, que depende da valoração jurídica, de modo que os critérios naturalísticos não se sustentam.<sup>103</sup> Silva

<sup>94</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 68-69.

<sup>95</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 70-71.

<sup>96</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 253.

<sup>97</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 279.

<sup>98</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 256.

<sup>99</sup> VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. p. 213.

<sup>100</sup> VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. p. 208.

<sup>101</sup> VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Alemão. p. 207; BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 256.

<sup>102</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 768.

<sup>103</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 82.

Sánchez, por outro lado, identifica uma causalidade mecânica na omissão, mas esta deve ser analisada no âmbito da imputação objetiva do resultado. Isso porque, segundo o espanhol, considerar que todas as condições positivas e negativas são, igualmente, causas do delito acarretaria a relevância penal de todas as omissões.<sup>104</sup>

Verdade seja, ao longo do desenvolvimento dogmático, a discussão em torno da causalidade própria da omissão revelou-se inócua e inacabável.<sup>105</sup> Conforme expõe Juarez Tavares, as teorias causais, assim como as propostas que as sucederam, não foram capazes de dirimir o problema.<sup>106</sup> De qualquer forma, o esforço doutrinário em incluir a omissão no sistema causal foi importante para incluir a normatividade ao fundamento da equiparação entre ação e omissão.

### *1.1.2 Teoria do Dever Formal*

Com a superação do naturalismo, o foco da problemática em torno da omissão imprópria tornou-se a violação a um dever especial de agir, de forma que as discussões doutrinárias passaram a dizer respeito ao seu conteúdo.<sup>107</sup> Buscou-se afastar os conceitos ontológicos, identificando a equiparação entre ação e omissão a partir de uma “especial posição ocupada pelo sujeito na ordem jurídica”.<sup>108</sup>

O primeiro passo na direção dessa construção dogmática foi a elaboração da teoria do dever formal, que encontrou nos preceitos jurídicos (penais e extrapenais) uma forma de racionalizar a resposta para o dilema da correspondência entre os delitos comissivos e os omissivos impróprios.<sup>109</sup> Os adeptos a essa proposta reconheceram a lei, o contrato, e, mais uma vez, a conduta antecedente como fontes da posição de garantidor.<sup>110</sup> Nesse sentido, a mãe que deixa o filho morrer de inanição será responsabilizada pela morte da criança, não em razão da causalidade existente entre a conduta, mas por ter violado um dever cível de alimentar o filho. O salva-vidas que se mantém inerte ao ver um banhista se afogar responderá pelo crime

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Estudios sobre los delitos de omisión. Lima: Grijley, 2004. p. 37.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 766.

<sup>106</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 365.

<sup>107</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 258.

<sup>108</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 133.

<sup>109</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 130.

<sup>110</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión y injerencia en Derecho Penal. p. 120.

de homicídio, por ter assinado um contrato que impôs a ele um dever de proteção e vigilância.<sup>111</sup> A ingerência, também, aparece como fonte do dever especial de agir, mas como integrante do dever legal, relacionada à responsabilidade civil por danos, ao direito consuetudinário e até a um princípio geral de atuação em casos de conduta perigosa.<sup>112</sup>

Ao vincular a posição de garantidor às fontes formais, essa proposta permite uma delimitação legal dos deveres especiais de evitar o resultado, em uma tentativa de compatibilizar os crimes omissivos impróprios ao princípio da legalidade.<sup>113</sup> Eliminam-se, portanto, do âmbito criminal obrigações que se baseiem somente na moral e na ética social, um mérito que deve ser ressaltado.<sup>114</sup>

Contudo, a ausência de um substrato material e a vinculação a deveres extrajudiciais demonstram a incompatibilidade da proposta com o princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade.<sup>115</sup> Assim, Dopico Gómez-Aller aponta que a teoria do dever formal parte de duas premissas falsas: o positivismo exacerbado e a ideia de que os diversos ramos do direito podem estabelecer consequências próprias e distintas para uma determinada infração.<sup>116</sup> Por sua vez, Tavares entende que a teoria do dever formal não é apta a justificar um modelo de imputação, porquanto não possui qualquer dado empírico que permita colocar a construção à prova. Para o autor, a causalidade, *per se*, não é suficiente para equiparar a ação à omissão. Contudo, da mesma forma, não é admissível que a correspondência se dê, exclusivamente, em razão da posição do sujeito frente à ordem jurídica.<sup>117</sup>

O caso clássico da babá que, por desatenção, permite que a criança sob sua proteção sofra um acidente demonstra as incoerências da teoria do dever formal. Sob essa concepção, a cuidadora seria garantidora, pois teria o dever de evitar o resultado, em razão do contrato de trabalho. No entanto, caso, um pouco antes do acidente, o contrato tenha sido rescindido, não existiria um substrato jurídico para responsabilizar a babá por omissão imprópria.<sup>118</sup> De forma similar, se a madrasta deixa o enteado morrer de inanição, não subsiste o fundamento para a

<sup>111</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 71.

<sup>112</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 120.

<sup>113</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 155.

<sup>114</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Delitos omissivos improprios o de comisión por omisión. I-III. FORO FICP. n. 2022.1. p. 14-194, 2022. p. 86.

<sup>115</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 82-83.

<sup>116</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 135.

<sup>117</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 155.

<sup>118</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 73. De forma similar: BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 259; ASSIS, Augusto. Responsabilidade Penal omissiva dos dirigentes de empresas. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLO, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017. p. 55.; SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 270.

imputação, porquanto, ao contrário dos genitores, não existe um dever legal que imponha a essa mulher o dever de alimentar o infante. Assim, enquanto, na mesma situação, a mãe seria responsabilizada pelo resultado morte, a conduta da madrasta não estaria abarcada pela previsão típica, apesar de os comportamentos terem o mesmo desvalor.<sup>119</sup> Sob a perspectiva do olhar político-criminal e, também, do princípio da igualdade não parece contundente não as responsabilizar criminalmente, especialmente quando atitudes que possuem o mesmo desvalor são punidas por omissão imprópria.<sup>120</sup> Por meio desses exemplos, evidencia-se que a teoria do dever formal carece de uma fundamentação sólida, isto é, revela-se inapta para legitimar a posição de garantidor que extrapole a lei e o contrato, como esses casos de assunção apresentados acima.<sup>121</sup>

Sob essa mesma linha de raciocínio, Roxin afirma que as tais teorias são obsoletas, pois os deveres legais e contratuais não são suficientes para fundamentar a posição de garante. Sob a perspectiva da responsabilidade penal pelo produto, o autor ilustra que, no famoso caso *laderspray*, os deveres cíveis de vigilância e retirada do produto foram utilizados para embasar a posição de garantidor de fabricante. Contudo, a resposta do dever formal se mostra incongruente quando se observa que outros princípios de responsabilidade próprios do direito ao consumidor não são admitidos para esse fim. Da mesma forma, no âmbito jurídico-penal, as obrigações contratuais não são relevantes nos casos em que elas não são, de fato, assumidas pelo omitente. Se um Guia turístico não comparece para acompanhar um alpinista, não poderá responder, por omissão imprópria, pela morte do viajante que sofre um acidente após decidir realizar a atividade sozinho.<sup>122</sup>

Nesse mesmo sentido, na ingerência, a teoria do dever formal encontra seu principal obstáculo.<sup>123</sup> Em relação à posição de garantidor baseada na conduta antecedente perigosa do omitente, não existe qualquer disposição positivada que fundamente a equiparação da inatividade à ação típica. Se um motorista atropela um pedestre e não oferece ajuda, não é clara a existência de um dever formal que embase a imputação do resultado (lesão corporal, homicídio) por omissão imprópria.<sup>124</sup> É preciso destacar que, à época em que essa proposta foi apresentada, as cláusulas de equiparação, presentes em diversos ordenamentos, inclusive o

<sup>119</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 259.

<sup>120</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 73; BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 259.

<sup>121</sup> BACIGALUPO, Enrique. La renovación de la dogmática penal. p. 259; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 73.

<sup>122</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 849.

<sup>123</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 139. Ver, también: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 74.

<sup>124</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 850.

brasileiro, eram estranhas à dogmática jurídico-penal. Para tentar compatibilizar a proposta apresentada e a ingerência, então, justifica-se a punibilidade no direito consuetudinário, na responsabilidade e em um princípio geral de atuação.<sup>125</sup>

Contudo, como expressa Dopico Gómez-Aller, tal construção dogmática contraria a pretensa racionalidade do argumento das fontes formais.<sup>126</sup> Isso porque tais conceitos são, demasiadamente, indeterminados, de modo que, se aceitos, tornariam sem razão de ser a tríade clássica da posição de garantidor (lei, contrato e ingerência), pois são tão abstratos que abarcariam todas essas hipóteses.<sup>127</sup> Roxin rechaça tal fundamentação, por entender que a remissão ao direito consuetudinário e às obrigações cíveis é inaceitável, uma vez que viola a legalidade. Na visão do autor, a ingerência, como fundamento no paradigma da teoria do dever jurídico, nada mais é do que uma retomada dos critérios causais-naturalísticos, que se mostraram inadequados.<sup>128</sup> Esse, também, é o posicionamento de Schünemann, que considera que a ingerência não se adequa a uma fundamentação lógico-objetiva, violando a legalidade que tanto prezava a teoria do dever formal.<sup>129</sup>

A partir da análise das repercussões práticas da aplicação da teoria do dever formal, é possível identificar que a proposta, em razão da ausência de um conteúdo material, não consegue estabelecer quando existem, ou não, deveres especiais de evitar o resultado, aptos a fundamentar a omissão imprópria.<sup>130</sup> Isso porque não há critérios sólidos para compreender quais deveres formais, dentre todos os previstos em outros ramos do ordenamento jurídico, merecem a proteção penal e abre-se brecha para alterar o próprio conteúdo das normas penais.<sup>131</sup> Na omissão de socorro (art. 135 do CP), impõe-se ao omitente um dever de cuidado, contudo, o sujeito, nesse caso, não é garantidor, o que demonstra que, para a delimitação da imputação por omissão imprópria necessita-se de um elemento a mais em relação ao mero dever legal.<sup>132</sup>

Assim, a teoria, por vezes, amplia, em excesso, o âmbito de incidência da norma penal, exatamente por não conseguir definir, com clareza, os deveres formais penalmente relevantes, possibilitando que todos sejam utilizados para responsabilizar alguém por omissão imprópria.

<sup>125</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 120; ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 850.

<sup>126</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 140.

<sup>127</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 141.

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 850.

<sup>129</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 369.

<sup>130</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 134.

<sup>131</sup> ASSIS, Augusto. Responsabilidade Penal omissiva dos dirigentes de empresas. p. 54.

<sup>132</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109.

Contudo, por outras tantas, a restringe demais, deixando de fora das condutas puníveis comportamentos que exigem a intervenção penal, até por necessidades político-criminais.<sup>133</sup>

Por outro lado, a dependência da teoria a preceitos jurídicos extrapenais desafia a concepção da subsidiariedade, que percebe o Direito Penal como a *ultima ratio* do ordenamento. Luís Greco e Augusto Assis apontam que não é admissível permitir que as normas extrapenais fundamentem, de forma automática, o dever de evitar o resultado, o que só poderia acontecer a partir de uma valoração, propriamente, penal. Argumentam que os demais ramos do ordenamento podem ser mais gravosos do que a própria tutela penal, como seriam o caso do regime jurídico administrativo dos funcionários públicos, as regras trabalhistas civilistas, a regulação das relações de consumo e até o *compliance*. E, ao contrário, os negócios jurídicos firmados entre particulares, a exemplo dos regimentos internos empresariais, não tem o condão de afastar qualquer responsabilidade criminal. Para esses autores brasileiros, portanto, a posição de garantidor não pode se basear somente nas fontes formais, pois a submissão aos preceitos de outros ramos do ordenamento jurídico, ao ferir a subsidiariedade, ocasionaria soluções inadmissíveis frente à sistemática penal.<sup>134</sup> Ainda entre nós, Bottini critica a teoria do dever formal por violar a subsidiariedade e a fragmentariedade da norma penal.<sup>135</sup> Embora afirme que, diante da cláusula de equiparação do art. 13, §2º, alínea “a” e “b”, do CP, não há afronta direta ao princípio da legalidade, entende que é preciso um conteúdo material que sirva de parâmetro de interpretação do processo de imputação. Isso porque, da forma proposta pela teoria do dever formal, a responsabilidade penal por omissão imprópria dependeria de uma extensão, estrita, do tipo que prevê o resultado, vinculada às normas de outros ramos do Direito, sem qualquer valoração penal.<sup>136</sup>

Schünemann afirma que a falha da teoria é conceber uma identidade entre a posição de garantidor e os deveres extrapenais, o que colocaria os critérios de imputação da omissão imprópria à mercê das percepções valorativas do julgador.<sup>137</sup> Segundo o autor, o dever de evitar o resultado não deriva, diretamente, dos institutos meta-juridicopenais. Em verdade, esse dever teria uma base pré-jurídica, conhecida, anteriormente, pelo ordenamento posto.<sup>138</sup> Partindo da diferenciação entre o caráter secundário (subsidiário) e acessório do Direito Penal, o alemão

<sup>133</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 134; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 75.

<sup>134</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato. p. 109-110

<sup>135</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 72.

<sup>136</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 73.

<sup>137</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 265.

<sup>138</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 264.

conclui que os deveres de garantidor não estão vinculados às normas extrapenais.<sup>139</sup> Estas tão somente seriam responsáveis por demarcar o âmbito da antijuridicidade, sob o qual poderá incidir a proteção penal. Isso significa dizer que a subsidiariedade atuaria negativamente, impondo limite à punibilidade da omissão imprópria, não permitindo a repressão criminal de condutas tidas como permitidas pelo restante do ordenamento.<sup>140</sup> Assim, só seria possível extrapolar a zona de antijuridicidade estabelecida pelos demais ramos jurídicos quando recaíssem em um vazio legal.<sup>141</sup> Schünemann aponta que existe uma autonomia do Direito Penal em relação ao conteúdo dos seus institutos, podendo utilizar, sob sua própria valoração, os institutos da esfera extrapenal.<sup>142</sup> É o exemplo dos crimes contra o patrimônio, que utilizam da compreensão cível de propriedade para determinar o ilícito.<sup>143</sup> Mas não seria possível aferir uma identidade entre os deveres penais e extrapenais.

Dopico Gómez-Aller discorda, em parte, dessa concepção. Para o espanhol, o problema da teoria do dever formal não é a remissão a preceitos jurídicos civis e administrativos, inerente à interpretação típica, mas inferir deles o dever de evitar o resultado. Retomando o caso da mãe que deixa o filho morrer de inanição, o autor afirma que os deveres de cuidado impostos aos pais, que fundamentam a responsabilidade por omissão imprópria, não podem ser deduzidos dos deveres cíveis de alimentos. Em verdade, ambos integrariam, cada um do seu jeito, o regime jurídico das relações familiares.<sup>144</sup> Portanto, o erro da proposta formalista, não seria a referência aos deveres extrapenais e, sim, o excesso de dependência, que se contrapõe à ideia de *ultima ratio* do Direito Penal, que, na visão do autor, “não exerce uma tutela direta e nem total do resto do ordenamento, senão que seleciona, com critérios, estritamente, penais, as infrações objeto de sanção penal”. E, nesse sentido, o desrespeito à subsidiariedade acarretaria a falta de critérios para distinguir quais deveres, dentre todos os existentes no ordenamento, seriam merecedores de proteção penal.<sup>145</sup>

Em razão dessas inconsistências, a teoria do dever formal foi abandonada pela doutrina penal. O caráter dúplice dessa proposta de, por um lado, restringir demais a posição de garantidor e, por outro, ampliá-la demonstrou que a mera referência a deveres legais/contratuais, derivados de preceitos extrapenais, não é apta a legitimar o processo de

<sup>139</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 267.

<sup>140</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 270.

<sup>141</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 269.

<sup>142</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 266.

<sup>143</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 267.

<sup>144</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 138.

<sup>145</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 139. Tradução nossa, no original: “no ejerce una tutela directa ni total del resto del ordenamento, sino que selecciona, con criterios, estrictamente penales, las infracciones objeto de sanción penal”.

imputação, sendo necessário um conteúdo material.<sup>146</sup> E foi essa busca por um fundamento material da posição de garantidor que pautou as construções dogmáticas recentes que serão apresentadas a seguir.

### *1.1.3 Teorias do Dever de Garantidor*

As teorias dos deveres de garantidor decorrem da necessidade de acrescentar uma fundamentação material aos delitos de omissão imprópria. A remissão a deveres formais não bastaria, nesse sentido, para legitimar a punibilidade da não evitação do resultado, nos mesmos termos da comissão, como exigência do princípio da legalidade e da proporcionalidade.<sup>147</sup> Há, atualmente, uma grande quantidade de construções dogmáticas que buscam encontrar uma solução para o problema.

Seguindo a sistematização elaborada por Heloísa Estellita, podem-se dividir tais propostas em dois grandes grupos: as teorias do domínio e as teorias das competências organizativas e institucionais.<sup>148</sup> Ao longo desse tópico, serão apresentadas algumas dessas propostas, com a finalidade de apresentar a base da discussão dogmática necessária para a solução do problema apresentado nesta dissertação.

#### *1.1.3.1 Teoria das funções de Armin Kaufmann*

Kaufmann propõe a elaboração de uma estrutura dogmática própria da omissão, desvincilhada do modelo construído à vista dos delitos comissivos. Para o autor alemão, a omissão não é uma mera inatividade, mas a negação de uma ação final.<sup>149</sup> Assim, a omissão e a ação são duas modalidades inversas de comportamento, que possuem como raiz comum somente a capacidade de direcionar a vontade de acordo com uma finalidade.<sup>150</sup>

O autor identifica diferenças substanciais na estrutura das condutas comissivas e omissivas. Compreendida como um movimento corporal derivado de um ato volitivo, a

---

<sup>146</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 83. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 74-75.

<sup>147</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 83.

<sup>148</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 88.

<sup>149</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 45.

<sup>150</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 103.

estrutura final da ação ampara-se na causalidade.<sup>151</sup> A omissão, por sua vez, carece desses elementos, pois é entendida como um “efeito possível da vontade”.<sup>152</sup> Se um jovem deixa de jogar uma pedra através de uma janela, para permitir a saída de gás do ambiente e evitar a morte por asfixia, a omissão nada mais é do que uma causalidade potencial. Entretanto, em termos de relevância penal, não importa a consequência possível da inatividade, mas a ação possível. Apenas se cogita a responsabilidade criminal da mãe que se mantém inerte ao ver o filho afogar. Se a morte da criança ocorre porque a genitora deixa, por negligência, o portão da casa aberto, não há violação a um dever de salvar.<sup>153</sup>

De acordo com Kaufmann, existe causalidade entre a inatividade e o resultado, mas ela não se estende ao sujeito, independentemente do conceito adotado — normativo, ontológico, naturalístico, filosófico etc.<sup>154</sup> Isso porque a ausência da ação final esperada se mantém quando o sujeito é suprido mentalmente a partir de um juízo hipotético.<sup>155</sup> No caso do salva-vidas que assiste o banhista se afogar, a omissão de socorro continua existindo sem a presença dessa figura.<sup>156</sup> Os elementos da omissão, portanto, se resumem aos requisitos da capacidade de agir: a causalidade potencial e a finalidade potencial.<sup>157</sup>

Com efeito, não há equiparação entre ação e omissão, mas uma oposição, de forma que a estrutura de cada uma dessas modalidades é inversa. As construções dogmáticas elaboradas para os crimes comissivos não se transladam aos delitos omissivos impróprios, de forma que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade dessa espécie delitiva devem, na visão do autor, ser construídas a partir de um modelo próprio da omissão. O raciocínio é que, se os elementos de cada modalidade de comportamento são diferentes, não é possível que ambos violem o mesmo tipo penal. A omissão imprópria, nesse sentido, pertence à dogmática omissiva e não pode ser compreendida como uma forma especial de comissão.<sup>158</sup>

Por conseguinte, a resposta à problemática da equiparação entre ação e omissão e da própria posição de garantidor está na parte especial.<sup>159</sup> Para o autor, ao lado do tipo penal comissivo existe um tipo especial omissivo, autônomo e não expresso em lei, ambos vinculados apenas pela correspondência entre o bem-jurídico protegido e a cominação penal. Contudo, a

---

<sup>151</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 66.

<sup>153</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 67

<sup>154</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 81.

<sup>155</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 79

<sup>156</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 78.

<sup>157</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 81

<sup>158</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 281.

<sup>159</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 293. Importa ressaltar que, à época da proposição de Kaufmann, não existia no ordenamento jurídico alemão a cláusula de equiparação, adotada apenas em 1975.

incidência da norma mandamental implícita é limitada à existência do dever de garante, cujo contorno será determinado de acordo com cada caso concreto.

A norma penal mandamental exige essa relação singular entre o sujeito e o bem-jurídico, que é o que justifica e sustenta, em termos do conteúdo do injusto, a equiparação entre a não evitação do resultado e a comissão.<sup>160</sup> Kaufmann entende que essa correlação pode aparecer de duas formas: a partir de uma função de proteção ou de vigilância. A primeira refere-se ao dever de defender um bem-jurídico específico contra todas as lesões ou ameaças de lesões. Ela decorre de uma posição singular existente entre o sujeito e o bem a ser preservado, que é o caso dos deveres que decorrem de preceitos jurídicos ou da assunção fática de obrigações contratuais. Por outro lado, os garantes de vigilância relacionam-se à supervisão de uma determinada fonte de perigo por eles controlada, de forma que a esses sujeitos incube a responsabilidade de mantê-la dentro dos limites do risco permitido, evitando qualquer dano que dela possa decorrer. É o caso das posições de garantidor por ingerência ou dos perigos advindos de relações de confiança especial ou do âmbito social de domínio do sujeito.<sup>161</sup>

Observa-se que a teoria das funções de Kaufmann apresenta problemas irremediáveis e contradições intrínsecas. Em primeiro lugar, a proposta encontra um evidente óbice no princípio da legalidade. Ao fundamentar a imputação por omissão imprópria em um tipo penal não expresso na lei, a proposta recai na inadmissível aceitação da analogia *in malam partem*, permitindo que o próprio intérprete, por critérios valorativos próprios, identifique mandatos não especificados pelo legislador.<sup>162</sup> Por outro lado, a separação entre garantidores de proteção e de vigilância nada mais é do que uma classificação, não correspondendo a uma fundamentação material, como buscava o autor alemão.<sup>163</sup>

É indiscutível, contudo, a importância da teoria das funções elaboradas por Kaufmann. Isso porque, apesar das diversas críticas elaboradas pela doutrina, a divisão bipartite da posição de garantidor (proteção e vigilância) teve grande influência na doutrina e está presente na maioria das propostas ulteriores, conforme será demonstrado ao longo deste tópico.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 283.

<sup>161</sup> KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 289-290.

<sup>162</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión: concepto y sistema. 2 ed. Buenos Aires: IB de F, 2003. p. 404-405; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 80; SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 87.

<sup>163</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 226-227.

<sup>164</sup> TAVARES, Juarez. Teoría dos crimes omissivos. II. p. 138; DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 222; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 81.

*1.1.3.2 As teorias do domínio de Bernd Schünemann, Claus Roxin e Enrique Gimbernat Ordeig*

A teoria do domínio origina-se na concepção de Bernd Schünemann. O autor alemão parte do pressuposto de que o Direito não pode se desvincular da realidade fática, de forma que os conceitos normativos, como ferramentas de agrupamento e abstração, devem refletir a conjuntura ôntica, pois não podem alterá-la.<sup>165</sup> Para exemplificar, Schünemann aponta que é possível submeter uma cadeira ao mesmo regime jurídico das mesas, sob a concepção do que é, socialmente, denominado como móveis. Contudo, não é possível associar uma cadeira às regras relacionadas à capacidade negocial da pessoa, exatamente porque, ontologicamente, ela não tem a aptidão de realizar ações voluntárias.<sup>166</sup>

Todavia, o autor aponta que, sem uma referência normativa, não é possível extrair do “ser” um “dever”, de forma que a relevância jurídica da natureza das coisas<sup>167</sup> é possível apenas a partir de uma norma jurídica.<sup>168</sup> Então, a premissa de Schünemann é que “a relação entre norma jurídica e natureza das coisas é, por isso, ambivalente: sem um valor de referência não é possível destacar estruturas lógico-objetivas e sem a existência de estruturas lógico-objetivas não pode concretizar norma alguma”.<sup>169</sup>

Partindo dessa concepção, Schünemann busca na natureza das coisas o fundamento da equiparação entre ação e omissão, em correlação com um referencial valorativo pautado na lei penal.<sup>170</sup> Para o autor, as propostas tradicionais são, metodologicamente, incorretas, por encontrarem tal equivalência em um idêntico merecimento de pena, o que, segundo seu entendimento, viola o princípio da legalidade e, por conseguinte, acarreta a inconstitucionalidade dos delitos omissivos impróprios.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 68.

<sup>166</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 67.

<sup>167</sup> Nesse ponto, ressalta-se a observação realizada por Jacobo Dopico Gómez-Aller de que Schünemann evita qualquer definição do termo “natureza das coisas”, recorrendo ao conceito somente em razão de uma “suposta utilidade metodológica (de permitir interpretar o direito de um modo mais adequado com a realidade)” (Tradução nossa, 2006, p. 372). No original: “si bien Schünemann evitar cualquier definición de este concepto, y sólo apela a su supuesta utilidade metodológica (permitir interpretar el Derecho del modo más adecuado a la realidad”.

<sup>168</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 69.

<sup>169</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 71. Tradução nossa, no original: “la relación entre norma jurídica y naturaleza de las cosas es, por eso, ambivalente: sin un valor de referencia no podemos destacar estructuras lógico-objetivas no puede concretarse norma alguna”.

<sup>170</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 277-278.

<sup>171</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 279.

A compreensão de Schünemann é que o merecimento de pena, em si, como elemento de valoração, não é apto a fundamentar a omissão, pois não há uma decisão legislativa no sentido de que todas as omissões dignas de pena têm relevância jurídico-penal, o que se depreende da fragmentariedade dessa área do direito. Na concepção do autor, em observância ao princípio da legalidade, é preciso encontrar um caráter pré-jurídico comum às duas formas de comportamento, que poderia ser identificado a partir das estruturas lógico-objetivas que fundamentam a punibilidade da ação típica e, conseqüentemente, da omissão imprópria.<sup>172</sup>

Contudo, para o autor alemão, é impossível identificar um elemento comum que fundamente, de forma geral e abstrata, a equivalência entre ação e omissão, porquanto tais estruturas lógico-objetivas são, demasiadamente, plurais, de forma que somente é factível trabalhar com grupos específicos de ações puníveis. Com efeito, por opção metodológica, Schünemann constrói sua teoria somente com base nos delitos de resultado, compreendidos como aqueles em que o tipo penal exige um resultado separado da própria ação.<sup>173</sup>

A resposta, portanto, para os delitos de resultado está não na causalidade mecânica, que justifica a imputação do resultado à ação, mas no elemento que conecta, automaticamente, a pessoa ao resultado e é o fundamento da punibilidade: a relação entre o sujeito e o movimento corporal causal, que, em essência, está no domínio da pessoa sobre seu próprio corpo.<sup>174</sup> Assim, considerando que, em razão da causalidade, o movimento corporal é o fundamento do resultado, o domínio é o fundamento mediato do resultado.

É esse domínio sobre o fundamento do resultado que Schünemann identifica como o princípio geral de imputação.<sup>175</sup> Isso porque, para o autor, a opção legislativa de equiparar a punibilidade de determinadas omissões à ação prevista no tipo penal deixa claro que não é mero movimento corporal o elemento comum, mas outro, que está sempre presente nos delitos comissivos de resultado, mas somente em algumas omissões. E, assim, a estrutura lógico-objetiva que fundamenta a imputação é esse domínio, que decorre, exatamente, da correlação “entre a decisão valorativa da lei e a natureza das coisas”<sup>176</sup>.

Assim, a imputação por omissão imprópria é averiguada em duas etapas: inicialmente, identifica-se qual a causa/fundamento do resultado e, em seguida, é preciso determinar se o

<sup>172</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 278-279.

<sup>173</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 280.

<sup>174</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 281-282.

<sup>175</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 284.

<sup>176</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 284. Tradução nossa, no original: “la validez de este principio supremo de imputación se deriva de la correlación entre decisión valorativa de la ley y naturaleza de las cosas”.

sujeito detinha o domínio sobre ela.<sup>177</sup> Schünemann aponta que esse fundamento essencial são os aspectos fáticos que propiciam o nexo causal que gera o resultado, que podem se manifestar, na omissão, tanto sobre o próprio curso causal, como, também, sobre o desamparo da vítima.

Seguindo esse raciocínio, Schünemann conclui que o resultado poderá ser imputado ao omitente quando ele tiver o domínio sobre *a causa essencial do resultado* ou sobre *o desamparo da vítima*.<sup>178</sup> Em uma clara aproximação com a divisão bipartite apresentada por Armin Kaufmann,<sup>179</sup> o primeiro concretiza-se a partir do que o autor denomina *deberes del tráfico*,<sup>180</sup> que estão ligados ao controle fático sobre a fonte de perigo (bens móveis ou imóveis), e possuem como fundamento a obrigação de não causar lesões a outrem (*neminem laede*).<sup>181</sup> Por sua vez, em relação ao domínio sobre o desamparo da vítima, Schünemann, em consonância com a doutrina e a jurisprudência alemã, entende que ele se manifesta nas relações parentais, na comunidade e na assunção.<sup>182</sup>

Com efeito, retomando os exemplos apresentados ao longo deste capítulo, a mãe que deixa o filho recém-nascido morrer de inanição responderá pelo homicídio por omissão imprópria, em razão do domínio que ela tem sobre a criança que está amamentando. Do mesmo modo, à babá será imputado o resultado danoso em decorrência do controle sobre o desamparo do bebê, que se concretiza pelo exercício do domínio sobre a posição de guarda. Ou seja, a imputação, nesse caso, independe da eficácia do contrato de prestação de serviço. Poderá ser imputado o resultado ao agulheiro que não troca os trilhos da rodovia, permitindo que dois trens colidam, pois ele domina a fonte de perigo. Igualmente, o proprietário de um cachorro bravo que se mantém inerte ao observar o animal atacar uma criança será responsabilizado pelo crime de lesão corporal, caso presentes os demais requisitos estabelecidos em lei. Todavia, não há que se falar em omissão imprópria caso o cão já tenha fugido, anteriormente, de forma definitiva, mesmo que se tivesse a possibilidade de evitar o resultado lesivo, pois, no momento do ocorrido, o domínio sobre a fonte de perigo já tinha sido perdido. Por conseguinte, a relação do sujeito

---

<sup>177</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 285.

<sup>178</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 288.

<sup>179</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 374.

<sup>180</sup> Existe uma clara dificuldade na tradução do termo, por inexistir, no ordenamento pátrio brasileiro, algum conceito que abranja, por completo, seu conteúdo. Mas, em linhas gerais, de uma leitura sistêmica da obra do autor depreende-se que, ao tratar de deberes del tráfico, Schünemann está se referindo a deveres de cuidado, incluídos na esfera de domínio do sujeito, dos quais decorrem deveres de asseguramento, isto é, de impedir que a fonte de perigo, que ele controla, extrapole os limites do risco permitido. Esses deveres, contudo, não são estáticos e dependem de aspectos fáticos, como a utilidade da ação possível para a comunidade e, também, e seu grau de periculosidade. Ver: SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p.336-340.

<sup>181</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 331.

<sup>182</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 390.

com tais acontecimento equipara-se à de qualquer outro que presencie a situação, não existe, portanto, o dever especial de agir.<sup>183</sup>

Em que pese o conceito de “domínio” ser central em sua obra, Schünemann não o determina, porquanto entende que a definição seria um óbice à sua devida compreensão. Expressa, assim, que “é uma categoria que não se define desde o início, mas apenas se capta em suas coordenadas e se concretiza no seu desenvolvimento sobre o substrato”.<sup>184</sup> Não obstante, em linhas gerais, é possível extrair que o domínio a que se refere o autor pode ser subdivido entre aquele que é existencial, como o que o sujeito possui sobre seu próprio corpo, presente nos delitos comissivos, e o que advém de um ato volitivo (omissão).<sup>185</sup> A diferença essencial é que, no caso da omissão, o domínio não é inerente à pessoa, pois se concretiza sobre um objeto externo, de forma que sua aquisição depende, necessariamente, da vontade do indivíduo.<sup>186</sup> Nesse último, há a exigência de que o domínio seja atual, isto é, presente no momento da imputação, e dirigido ao futuro, não sendo suficiente o mero potencial de assunção.<sup>187</sup>

Dopico Gómez-Aller afirma que a teoria de Schünemann recai em uma falácia, pois deduz o elemento comum entre ação e omissão a partir da ideia do domínio dos *deberes del tráfico*, estes derivados da posse fática da fonte de perigo, remetendo-se o fundamento de toda a construção dogmática ao vago conceito de “natureza das coisas”, que, no contexto apresentado, não possui conteúdo. Dessa forma, segundo o espanhol, a conclusão é derivada da premissa maior, sem que seja identificada a premissa menor, em um verdadeiro salto argumentativo.<sup>188</sup> E, mais, a demasiada abstração também está presente na ausência de uma definição exauriente do próprio “domínio”, que é o cerne da obra, sob a justificativa de que uma maior concretude obstará seu propósito.<sup>189</sup>

Entre nós, Bottini entende que a ideia de domínio é importante como elemento de limitação da responsabilidade por omissão imprópria, mas não convence como fundamento da imputação.<sup>190</sup> Isso porque, de acordo com o brasileiro, para além da indeterminação conceitual, a estrutura proposta por Schünemann recai em uma argumentação circular, na medida em que

<sup>183</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 286; SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. p. 172.

<sup>184</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 290. Tradução nossa, no original: “El concepto de dominio es una categoría que no se define desde el principio, sino que sólo se capta em sus coordenadas y se concreta em su desarrollo sobre el sustrato”.

<sup>185</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 290.

<sup>186</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 341.

<sup>187</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 290.

<sup>188</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 390.

<sup>189</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 394-395.

<sup>190</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 87.

atrela o fundamento da equiparação entre ação e omissão à própria posição de garantidor, que, por sua vez, é caracterizada pelo domínio fático que o sujeito possui em relação à fonte de perigo ou ao desamparo da vítima.<sup>191</sup> Assim, segundo Bottini, o conceito apenas aponta a capacidade do agente, o que demonstra uma fusão entre a possibilidade de agir e o dever especial de evitar o resultado, que são elementos diferentes na estrutura dos delitos omissivos impróprios.<sup>192</sup>

Juarez Tavares também defende que o domínio não é um fundamento da equiparação entre ação e omissão, pois, por vezes, é possível que o indivíduo tenha um controle fático sobre o fundamento essencial do resultado, sem que isso embase a posição de garantidor. Para exemplificar seu pensamento, o autor apresenta a seguinte situação: em um passeio de lancha, o piloto (A), após realizar uma manobra imprudente, cai ao mar e um passageiro (B) assume a direção do barco, mas não presta socorro. Inicialmente, o condutor era garantidor em relação aos passageiros, porquanto possuía o domínio sobre o desamparo do bem-jurídico. Por outro lado, “B”, ao tomar o controle da lancha, não se torna garantidor da vida de “A”, de forma que responderá somente por omissão de socorro. É certo que, em ambos os casos, a situação fática era mesma, tanto o piloto quanto o passageiro tinham o domínio dos fundamentos do resultado. Conclui o brasileiro que o critério elaborado por Schünemann ignora que o processo causal é dinâmico, porquanto foi construído à vista de conjunturas nas quais o domínio estava desde o início com o sujeito ativo. Tavares, nesse sentido, considera que a situação fática, *per se*, não fundamenta a posição de garantidor, mas, sim, sua compreensão normativa.<sup>193</sup>

Em sentido contrário, Eduardo Demetrio Crespo sustenta que o domínio é diferente da possibilidade de agir, porquanto não se trata de um poder fático que qualquer pessoa — alheia à fonte de perigo ou ao bem-jurídico — possui, mas uma capacidade específica do garantidor.<sup>194</sup> Iván Fabio Meini Méndez utiliza do mesmo critério para diferenciar o conceito de domínio, com fundamento da imputação, e a capacidade de agir. Sob a perspectiva da responsabilidade penal dos dirigentes de empresa, o autor espanhol afirma que, embora não sejam os únicos com poder fático de evitar o resultado, só a eles incumbe os deveres de garantia, porquanto apenas

---

<sup>191</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 90.

<sup>192</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 89.

<sup>193</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 160.

<sup>194</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresa. Revista Liberdades. n. 14. p. 6-95, set./dez. 2013. p. 86.

eles são encarregados de organizar e dirigir a atividade empresarial e, assim, são os únicos que têm o domínio, seja dos elementos/procedimentos perigosos ou do trabalho de subordinados.<sup>195</sup>

A teoria do domínio de Schünemann é criticada, ainda, por retirar do âmbito de imputação por omissão imprópria situações nas quais o dever especial de agir decorre da lei ou da ingerência. À luz da legislação brasileira vigente, Bottini assevera que há condutas puníveis em que inexistente o domínio por parte do omitente, de forma que, ao atrelar a imputação a tal critério, a proposta de Schünemann exclui posições de garantidor expressamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico.<sup>196</sup> Exemplifica: um guarda municipal que se depara com uma árvore prestes a cair sobre um edifício público tombado terá um dever de evitar o resultado, que decorrerá não do domínio — que não existe no caso —, mas da lei, que estabelece que cabe a esses profissionais “zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município”.<sup>197</sup> É interessante observar que Schünemann diferencia o mero dever funcional do domínio em razão da posição funcional. Em exemplo similar, o autor alemão afirma que não deve ser imputado o resultado lesivo ao funcionário de um órgão de proteção ao meio-ambiente que não intervém ao verificar a prática de delitos ambientais perpetrados por um cidadão, pois não tem o domínio sobre o comportamento alheio, somente em relação aos atos administrativos. Assim, se não suspender a licença ambiental, o funcionário poderá ser responsabilizado por omissão imprópria, mas, no caso da não intervenção diante da prática criminosa, poderá ser punido somente por omissão de socorro.<sup>198</sup>

De forma similar, no caso de um atropelamento em que o motorista deixa de prestar socorro à vítima, Schünemann concebe apenas a imputação por omissão de socorro. Isso porque o sujeito somente domina a fonte de perigo original, isto é, o veículo, mas esse controle não se estende aos riscos criados pela colisão, como a hemorragia que a vítima venha a sofrer, pois não há o domínio sobre seu desamparo, seja por relação existencial, por assunção ou por confiança.<sup>199</sup>

Bottini destaca, ainda, que a teoria de Schünemann reconhece a equivalência entre a omissão e a ação típica em situações nas quais a legislação brasileira não admite a responsabilidade penal do omitente. É o caso do sujeito que vende seu cachorro ao vizinho e,

---

<sup>195</sup> MÉNDEZ MEINI, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omissivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 901-902.

<sup>196</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 89.

<sup>197</sup> Art. 5º, inciso I, da Lei 13.022/2014: “art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais: I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do município; [...]”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 88.

<sup>198</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. p. 172.

<sup>199</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 89.

alguns dias depois, vê que o animal fugiu e está prestes a atacar um transeunte. Não há dúvidas de que o ex-proprietário possui domínio sobre o cão, pois teria a capacidade de controlar o cão, por exemplo, por um assobio ou alguma ação semelhante. Nota-se que este não é um poder fático que qualquer pessoa assistindo à cena possui. Ainda assim, inexistente fundamento para imputar o resultado lesivo ao sujeito, na medida em que, ao menos diante do ordenamento jurídico pátrio, o omitente não tinha o dever especial de evitação.<sup>200</sup>

Em resposta às críticas feitas à sua teoria, Schünemann argumenta que o critério do domínio sobre o fundamento do resultado não se restringe aos delitos de resultado, conforme afirmava anteriormente, em razão da limitação metodológica estabelecida em sua tese, mas, também se adequa aos crimes especiais e aos de mão própria, sendo um fundamento comum de autoria. Afirma, ainda, que sua teoria é a única capaz de solucionar as problemáticas em torno da posição de garantidor do empresário, do funcionário público e do fabricante de produtos defeituosos.<sup>201</sup>

Não obstante as críticas apresentadas, a teoria do domínio de Schünemann teve grande repercussão doutrinária, tendo sido utilizada como base para o desenvolvimento dos trabalhos de diversos outros autores, como Enrique Gimbernat Ordeig e Claus Roxin, cujas propostas serão apresentadas a seguir.<sup>202</sup>

Gimbernat Ordeig constrói uma teoria com base na imputação do resultado à conduta omissiva, em uma retomada da antiga discussão em torno da causalidade dessa modalidade de comportamento.<sup>203</sup> Em oposição à teoria da evitabilidade<sup>204</sup>, o espanhol entende que o resultado lesivo poderá ser imputado ao omitente não quando pudesse ser evitado com uma probabilidade próxima da certeza, mas “quando a inatividade do encarregado de perigo causador do resultado típico tiver como consequência (normativa) a transformação desse foco de permitido em

<sup>200</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 89.

<sup>201</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. p. 172; SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. *Revista de Derecho Penal*. n. 2, p. 29-62, 2005. p. 47.

<sup>202</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. p. 177-178.

<sup>203</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em *Derecho Penal*. p. 545.

<sup>204</sup> Sobre a teoria da evitabilidade, ver: BOLEA BARDON, Carolina. *Conducta alternativa e imputación del resultado*. Barcelona: Atelier Editorial, 2020; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidade a la imputación objetiva*. Buenos Aires: IBdeF, 2021; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, t. 68, p. 21-62, 2015; GRECO, Luís. *La teoría de la imputación objetiva: una introducción*. Puno: Zela, 2021; KAUFMANN, Arthur. *La importância de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal*. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *O papel das condutas alternativas para o direito penal no âmbito dos delitos culposos: uma análise do nexo jurídico entre a infração de um dever e o seu resultado*. *Cadernos de Derecho Actual*. n. 18. p. 206-207, 2022.

proibido ou a não recondução de um foco que ultrapassou os limites juridicamente tolerados ao risco permitido”.<sup>205</sup>

Isso porque, para o autor, a premissa fundamental dos crimes omissivos impróprios é sua plena equiparação à conduta ativa, o que, segundo sua concepção, é incompatível com a teoria da *conditio sine qua non*. A ideia é que, se na comissão é irrelevante a indagação quanto à realização da conduta conforme o direito e a evitabilidade do resultado lesivo, por equivalência, esse fator também deveria ser insignificante na omissão imprópria.<sup>206</sup> Com efeito, entende que a imputação do resultado deve observar a teoria do incremento do risco, da forma como concebida por Roxin, que, em decorrência da natureza ontológica-axiológica dos conceitos envolvidos, exclui do processo os juízos hipotéticos atrelados à probabilidade próxima da certeza.<sup>207</sup>

Nos delitos comissivos, em razão das alterações no mundo fático, é possível verificar todas as condicionantes de um determinado resultado lesivo. Contudo, como a inatividade não é, ontologicamente, causal, ao transportar a teoria da *conditio sine qua non* para os delitos omissivos impróprios, subjuga-se o processo de imputação a um juízo de valor do observador.<sup>208</sup> Exemplifica: se um marido deixa de prestar socorro à sua esposa que está infartando e vem a falecer, seguindo a teoria da evitabilidade, seria imputado ao cônjuge a morte da mulher. Todavia, aponta que, nas doenças cardíacas, a chance de sobrevivência é de 50%, de forma que, em uma perspectiva *ex-ante*, seria impossível determinar se a esposa pertencia, ou não, ao grupo de indivíduos que morreria mesmo com atendimento médico. Nesse cenário, para o autor, resta claro que o resultado é imputado ao omitente por um mero juízo de probabilidade, que sequer é próximo da certeza, o que entende ser inadequado.<sup>209</sup> O espanhol defende que o marido não poderá responder pelo delito de homicídio por omissão imprópria, porquanto, apesar de, com sua conduta, ter incrementado o risco de ocorrência da morte, o resultado não pode ser interligado à omissão, pois poderia se concretizar apesar do atendimento médico de qualidade.<sup>210</sup>

Em contrapartida, de acordo com a teoria do incremento do risco, o juízo de probabilidade se dá a partir de um elemento intelectual e outro especulativo. O primeiro trata-se da averiguação da existência ou criação de uma fonte de perigo no mundo real, enquanto o

<sup>205</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputação objetiva e Direito Penal. Porto Alegre: CDS, 2019.p. 218.

<sup>206</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputação objetiva e Direito Penal. p. 221.

<sup>207</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputação objetiva e Direito Penal. p. 217.

<sup>208</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputação objetiva e direito penal. p. 209.

<sup>209</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, Madrid, v. 47, n. 3. p. 5-60, sept./dic. 1994. p. 28.

<sup>210</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 35.

segundo refere-se à compreensão se a ausência, ou não, da medida de cuidado devida conforme o direito torna mais ou menos provável a ocorrência do resultado. O risco é determinado, portanto, pelo nível de periculosidade da fonte e da eficácia da sua contenção pelas condutas de precaução.<sup>211</sup>

A existência de fontes de perigo é tolerada pelo ordenamento jurídico desde que elas se mantenham dentro do âmbito do risco permitido. Assim, é a transformação do perigo em não permitido que é vedada pelo Direito, o que pode ocorrer tanto por uma ação quanto por uma omissão de uma medida de cuidado imposta a determinados indivíduos.<sup>212</sup> É nesse aspecto que o domínio aparece na teoria de Gimbernat Ordeig como o fundamento da equiparação entre a omissão à ação típica, porquanto entende que a equivalência está no fato de o sujeito, responsável normativamente por uma fonte de perigo pré-existente, deixar de agir para evitar que ela extrapole o âmbito do risco permitido.<sup>213</sup>

Para o espanhol, contudo, o domínio não está sobre a causa essencial do resultado ou sobre o desempenho da vítima. Sob uma concepção mais restritiva, Gimbernat Ordeig entende que o controle que fundamenta a omissão imprópria se dá em relação à fonte de perigo e poderá se concretizar tanto de forma originária, quando da sua colocação em funcionamento, quanto posteriormente.<sup>214</sup>

O controle na origem, como, em tradução livre, nomeia o autor refere-se àquele que incide na colação em funcionamento da fonte de perigo. É o exemplo das transfusões de sangue, em que o hospital, por meio dos seus dirigentes, tem o dever de realizar todos os testes de segurança necessários, como exames de HVI, e, se não o fazem, poderão responder, por omissão imprópria, pelo resultado lesivo ao paciente.<sup>215</sup>

No controle posterior, a fonte de perigo já foi criada, seja por acidente ou pela própria ação humana, e o sujeito que o domina tem o dever de mantê-lo dentro do risco permitido, configurando obrigações de vigilância, que podem ser permanentes, periódicas ou facultativas, a depender do grau de periculosidade.<sup>216</sup> Este último, em regra, não é apto a fundamentar a

---

<sup>211</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 38. Sobre essa questão, DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión y injerencia em Derecho Penal. p. 552. entende que a proposta de Gimbernat Ordeig não elimina, como pretendia o autor, o elemento hipotético, mas apenas o transporta, estando presentes no juízo de maior ou menor eficácia da conduta que poderá conter o risco, ou da ideia de ser mais ou menos provável

<sup>212</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 40.

<sup>213</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 46.

<sup>214</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 46.

<sup>215</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 47.

<sup>216</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 47.

imputação por omissão imprópria, em razão do caráter preventivo-geral, não se tratando de uma obrigação do sujeito.<sup>217</sup>

A proposta de Gimbernat Ordeig não observa a tradicional divisão entre garantes de vigilância e de proteção elaborada por Kaufmann. Ao tratar de domínio sobre uma fonte de perigo, o autor espanhol abarca, também, “o bem jurídico determinado [...] que, por seu desamparo, se converteu em uma fonte de perigo que exige proteção (uma criança pequena é uma fonte de perigo para si mesmo que deve ser vigiada, por exemplo, dando alimento, já que ele é incapaz de se alimentar)”.<sup>218</sup>

É esse o ponto mais controverso dessa teoria. Dopico Gómez-Aller, com quem coaduna Bottini,<sup>219</sup> aponta que o domínio nas relações de proteção está no desamparo e não no risco que pessoa cria para si mesma. Por exemplo, se cai um galho, imprevisivelmente, sobre a cabeça de uma criança, ou ela é atacada, inesperadamente, por um cachorro, e o genitor não presta o socorro devido, não há dúvidas de que se trata de uma situação de omissão imprópria. E isso não se deve à incapacidade da criança. A proposta, como elaborada por Gimbernat Ordeig, não deixa claro os critérios de imputação no que tange o controle sobre pessoas que representam riscos para si, seja pela questão relativa às situações em que a fonte de perigo não é o indivíduo desamparado, seja pela ausência de definição sobre quem são os indivíduos que detêm tal controle.<sup>220</sup>

De forma similar, Roxin observa que a argumentação é incoerente no que tange à ausência de dever de agir nas situações em que os indivíduos desamparados se tornam uma fonte de perigo de forma inesperada, como nos casos de acidente ou enfermidade súbita.<sup>221</sup> Gimbernat Ordeig, ao tratar do exemplo do marido que deixa de chamar ajuda médica para esposa, diferencia a situação na qual a companheira já estava doente, quando identifica a omissão imprópria, do caso em que o mal-estar é súbito, que não verifica o dever especial de agir, pois não existe uma fonte de perigo pré-existente. Roxin, contudo, identifica uma incongruência no tratamento jurídico-penal diferente de situações semelhantes. Não obstante, o autor alemão reconhece o mérito da teoria de compreender que “uma total equiparação entre

<sup>217</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 53.

<sup>218</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 55.

<sup>219</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 92.

<sup>220</sup> DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 562-563.

<sup>221</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 855.

ação e omissão apenas se verifica nas situações em que uma atuação é planejada, previamente, no curso das regras sociais”.<sup>222</sup>

Claus Roxin, por sua vez, entende, tradicionalmente, que a atuação delitiva na omissão — própria e imprópria — é caracterizada pela infração de um dever. Nesses crimes, o núcleo da realização do tipo e, por conseguinte, da determinação da figura central (autoria) é a violação de um dever extrajurídico-penal, pressuposto lógico da própria norma.<sup>223</sup> Tal construção está em oposição aos delitos de domínio, nos quais é considerado autor o sujeito que possui o chamado domínio do fato,<sup>224</sup> que, em linhas gerais, ocorre quando o indivíduo detém “[...] a influência determinante ou decisiva do acontecimento”<sup>225</sup>

O domínio do fato é um conceito de eminente teor naturalístico, pautado pelo controle fático (dirigibilidade) do curso causal.<sup>226</sup> Segundo Roxin, na omissão, esse elemento é irrelevante, ao menos na determinação da autoria, sendo a violação do dever especial de evitar o resultado o elemento norteador.<sup>227</sup> Com efeito, no caso do salva-vidas que se mantém inerte ao observar um banhista se afogar, Roxin assevera ser errôneo afirmar que o omitente detém o domínio do fato, pois, na visão do autor, existe, nessa circunstância, somente um domínio potencial, representado pela possibilidade de agir.<sup>228</sup>

Não obstante, em uma aparente contradição,<sup>229</sup> ao tratar da equiparação entre ação e omissão, o autor acolhe o critério elaborado por Schünemann, isto é, o domínio sobre o fundamento do resultado, por entender que as demais teorias são insatisfatórias.<sup>230</sup> Roxin, dessa

<sup>222</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 856. Tradução nossa, no original: “[...] una total equiparación de comisión y omisión sólo puede afirmarse allí donde una actuación está planificada de antemano em el curso de las reglas sociales”.

<sup>223</sup> ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e José Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 387.

<sup>224</sup> Sobre a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, ver: ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal; GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato.

<sup>225</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 75.

<sup>226</sup> ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Panóptica - Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, v. 4, n. 3, p. 69-94, nov. 2009. p. 75; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, Fasc/Mes 1, p. 187-264, 1995. p. 260; OTTO, Harro. Diagnósis causal e imputación del resultado en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus (Orgs.). *La prohibición de regreso en derecho penal*. Tradução: Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, p. 65-92. p. 91; LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. Tradução: par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 57-58.

<sup>227</sup> ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. p. 501. ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 180.

<sup>228</sup> ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. p. 502-503.

<sup>229</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación del delitos cometidos por sus empleados. In: SERRANO-PIEDecasas, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 68.

<sup>230</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 856.

forma, entende que o dever de agir, que consubstancia a posição de garantidor, decorre desse domínio, que, para fins de diferenciação, o alemão nomeia domínio de controle, que possui como substrato a relação de proteção em relação a um bem-jurídico e de asseguramento de uma fonte de perigo.<sup>231</sup>

A posição de garantidor de proteção e decorre da posição singular de proximidade entre o sujeito e o bem-jurídico tutelado, cujo desamparo é dominado pelo omitente. Exemplo clássico são as relações de custódia existentes no âmbito familiar e análogos. Em que pese a existência de deveres de natureza cível, para Roxin o que fundamenta eventual imputação do resultado aos genitores que se omitem diante de perigos de lesões aos filhos, quando possuem a possibilidade de agir, é o domínio que eles detêm sobre o desamparo dos menores, que devem ser, devidamente, cuidados, o que inclui a obrigação de fornecer a adequada alimentação, atendimento médico quando necessário, proteção quanto a acidentes e, inclusive, a comportamentos autolesivos.<sup>232</sup> Nesse âmbito, também, enquadram-se outras relações de parentesco, como dos filhos para com os pais, dos avós com os netos e dos cônjuges entre si.<sup>233</sup>

É o domínio sobre o desamparo do bem-jurídico que fundamenta as posições de garantidor, anteriormente, justificadas nas obrigações contratuais pela teoria do dever formal, como a da babá que, por desatenção, permite que a criança sob sua proteção sofra um acidente ou do médico em relação ao seu paciente.<sup>234</sup> Segundo Roxin, nesses casos, há uma assunção das funções de proteção, que pressupõe uma dependência do bem-jurídico desamparado e de uma assunção fática, real e efetiva.<sup>235</sup> É esse também o fundamento da posição de garantidor dos funcionários públicos, que devem proteger o patrimônio estatal.<sup>236</sup>

No que tange à posição de garantidor de vigilância, Roxin assinala que o conteúdo dos deveres de supervisão e controle de uma fonte de perigo podem ser descritos como “o prosseguimento dominável de um foco de perigo que se deve vigiar e controlar (seja o próprio corpo, um automóvel, uma criança, um animal ou uma casa) pertencente, adicionalmente, ao âmbito de domínio e que deve assegurar antes de sua transformação em um resultado típico”.<sup>237</sup> E tais deveres de garantidor, para o autor, decorrem de três fontes diversas: a obrigação de

<sup>231</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 852.

<sup>232</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 857.

<sup>233</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 860-865.

<sup>234</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 865.

<sup>235</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 866.

<sup>236</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 874.

<sup>237</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 903. Tradução nossa, no original: “la prosecución dominable de un foco de peligro que se debe vigilar y controlar (ya sea el propio cuerpo, un automóvil, un niño, un animal, o una casa) pertenece adicionalmente al ámbito de dominio y se ha de asegurar antes de su transformación en un resultado típico”.

asseguramento de coisas perigosas (móveis e imóveis) submetidas ao âmbito de domínio do sujeito, de segurar a comunidade de condutas antijurídicas de terceiros e, por fim, da ingerência.<sup>238</sup>

À primeira categoria pertencem as obrigações advindas dos *deberes del tráfico*.<sup>239</sup> Assim, o proprietário de um cachorro tem o dever de evitar a concretização de perigos derivados do animal, em razão do domínio que possui sobre o cão.<sup>240</sup> Da mesma forma, o empresário tem que manter o funcionamento de sua fábrica dentro do risco permitido, impedindo, por exemplo, que ocorram explosões no local.<sup>241</sup> Importa registrar que Roxin assevera que tais deveres de supervisão/controle de coisas perigosas fundamentam tão somente deveres de asseguramento, não existindo embasamento dogmático para imputação do resultado pela omissão de condutas de salvamento.<sup>242</sup>

Em relação ao domínio sobre determinada pessoa, ressaí que, em razão do princípio da autorresponsabilidade, em regra, não é possível extrair nenhum dever de garantidor em relação à conduta de terceiros.<sup>243</sup> Contudo, de acordo com Roxin, existem duas exceções: (i) os casos em que a pessoa supervisionada possui responsabilidade limitada ou nula. Por exemplo, os pais são garantidores em relação aos atos dos filhos, tendo o dever de evitar qualquer resultado lesivo proveniente deles, em razão dos menores estarem sob o domínio dos genitores;<sup>244</sup> e (ii) os deveres de vigilância dos superiores quanto aos seus subordinados.<sup>245</sup>

A terceira hipótese, por sua vez, é fundamentada no atuar precedente e se distingue das demais por tratar, em suma, dos deveres de salvamento.<sup>246</sup> Ao contrário de Schünemann, Roxin entende que a ingerência é compatível com o critério do domínio.<sup>247</sup> Isso porque, para o autor, independentemente do seu conteúdo material, a limitação do âmbito de controle do omitente é normativa. Assim, a obrigação de impedir um curso causal lesivo deve abranger todas as suas etapas, de forma que o argumento de que, com a consumação da conduta precedente, perde-se o domínio.<sup>248</sup>

Roxin, portanto, acolhe a teoria do domínio de Schünemann — eminentemente naturalista —, mas acrescenta elementos normativos ao conceito, mantendo os delitos

<sup>238</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 884-885.

<sup>239</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 885.

<sup>240</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 888.

<sup>241</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 886.

<sup>242</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 892.

<sup>243</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 893.

<sup>244</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 893.

<sup>245</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 895.

<sup>246</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 900.

<sup>247</sup> A posição doutrinária de Roxin quanto à ingerência será mais bem detalhada no Capítulo 2, infra.

<sup>248</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 903.

omissivos impróprios na categoria de crimes de infração de dever.<sup>249</sup> Observa-se, contudo, que, apesar da limitação normativa, há, ao que parece, uma contradição interna nessa proposta. Conforme expõe Demetrio Crespo, se, por um lado, Roxin rechaça a possibilidade do domínio do fato na omissão, considerando que esses delitos se enquadram na categoria dos crimes de infração de dever; por outro, extrai do conceito naturalista de Schünemann a ideia de domínio de controle, utilizando-o para fundamentar a posição de garantidor.<sup>250</sup>

Apesar das inconsistências das teorias do domínio, constata-se que elas tiveram grande aceitação por parte da doutrina.<sup>251</sup> Dentre os expoentes, cumpre destacar que, entre nós, Estellita conclui que o domínio sobre o fundamento do resultado, com a devida limitação normativa, é a melhor resposta ao problema da equiparação entre ação e omissão. A autora entende que os critérios relativos às competências organizacionais/institucionais não dispõem da clareza necessária e ampliam, demasiadamente, os deveres de garantidor.<sup>252</sup>

### *1.1.3.3 A teoria das competências organizacional/institucional de Günther Jakobs, Jesús*

*Maria Silva Sánchez, Juarez Tavares e Pierpaolo Cruz Bottini.*

Para Günther Jakobs, a ação e a omissão são comportamentos ontologicamente distintos, contudo, o autor entende que não há relevância jurídica nessa diferenciação, pois, no âmbito normativo, elas se equiparam, sendo possível violar uma norma tanto por um atuar ativo (movimento corporal) quanto omissivo.<sup>253</sup> Isso porque, na visão dele, o delito não é determinado por uma alteração externa, mas pela lesão a uma expectativa jurídica de não lesão a algum bem-jurídico alheio ou de observância a deveres de solidariedade.<sup>254</sup> Assim, no caso de um atropelamento, a estrutura do processo de imputação do resultado ao motorista que

<sup>249</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 96.

<sup>250</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. p. 68.

<sup>251</sup> Eduardo Demetrio Crespo, Iván Fábio Meini Méndez, Diego-Manuel Luzón Peña, García Martín, entre outros, adotaram a teoria do domínio, em alguma de suas variações. Ver: MEINI MENDEZ, Iván Fabio. La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP. Anuario de Derecho Penal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid: Iustel, 2009. p. 152; GARCIA MARTÍN, Luís. La comisión por omisión em el Derecho Penal español. Revista Nuevo Foro Penal. n. 61, p. 125-168, agosto, 1999; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 51-207, 2017.

<sup>252</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 94.

<sup>253</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão em Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. p. 2.

<sup>254</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 949.

acelerou (comissão) ao ver o pedestre é o mesmo para aquele que, em situação equivalente, deixou de frear (omissão), porquanto a consequência de ambas as condutas é igual, independentemente do conteúdo axiológico da decisão do condutor.<sup>255</sup>

Para o autor, a ordem social impõe aos indivíduos um dever de não causar danos a outrem (relação negativa), entendido por um *status geral* de todas as pessoas que integram o sistema social, que, por sua vez, reflete uma relação positiva. Todos são titulares de um âmbito organizacional e possuem liberdade para constituí-lo da forma que entenderem mais adequado, o que condiciona uma responsabilidade pelas consequências dessa escolha de organização. Esses deveres negativos correspondem ao que Jakobs denomina competência de organização, que consiste, portanto, na imposição de ordenar a própria esfera jurídica-social de forma a não violar/lesionar a esfera alheia.<sup>256</sup>

Há, ainda, os deveres positivos relacionados não à separação das esferas organizativas, mas à vinculação delas, obrigando sujeito a atuar positivamente em favor de outrem. Esses deveres, ao contrário dos negativos, são destinados somente a determinados sujeitos, que possuem um *status especial*, derivado da instituição social que representam.<sup>257</sup> É o caso, por exemplo, do dever dos genitores para com os filhos, que não se resume à obrigação de não lesionar e se estende a encargos de proteção, como alimentar, cuidar, assistir, garantir a integridade física e a saúde, entre outros. Assim, realiza o tipo de homicídio tanto o motorista que atropela a criança, por ação ou omissão, quanto o pai que manda o filho pequeno ir para a escola por um caminho perigoso.<sup>258</sup>

Jakobs entende que as liberdades e seus limites são um produto social, existindo na ordem jurídica um direito de configuração e, ao mesmo tempo, um dever de evitar que o risco ao bem jurídico extrapole os limites do risco permitido. Em síntese, a imputação penal teria dois fundamentos: a violação às regras de *status geral* (competência organizativa) e às de *status especial* (competência institucional). As regras de *status geral*, portanto, estariam relacionadas à correlação da limitação da liberdade de configuração da esfera organizacional e a incumbência quanto às consequências daí derivadas. Consistem na obrigação imposta a todos os membros da sociedade de não causar danos aos outros e, também, de ter seu direito respeitado pelos demais, o que Jakobs denomina de responsabilidade pelas competências organizacionais. As regras de *status especial*, por outro lado, referem-se aos deveres específicos impostos somente

<sup>255</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 948.

<sup>256</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão em Direito Penal. p. 2; JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. p. 33-34.

<sup>257</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 994.

<sup>258</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 452.

a determinados titulares (mãe, filho, cidadão, funcionário público etc.), a depender as configurações de cada caso concreto, ligados, sempre, ao papel institucional dentro do âmbito social.<sup>259</sup>

Esses fundamentos, portanto, podem ser condensados em um único: a lesão às regras de *status*, seja geral ou especial. Com efeito, o que importaria, de fato, para determinar o conteúdo delitivo de um comportando — omissivo ou comissivo — não é a qualidade dos movimentos corporais, sob uma perspectiva ontológica, mas a o seu significado (violação dos deveres negativos e positivos), de forma que a diferenciação entre ação e omissão não contribui, em nada, para a discussão.<sup>260</sup> Retomando o exemplo do cão que ataca um transeunte, o dono que determinasse o ataque e o que, simplesmente, se mantivesse inerte violariam, da mesma forma, o dever negativo. Assim, desrespeitam, igualmente, os deveres positivos os pais que matam, ativamente o filho e aqueles que o deixam morrer de inanição.<sup>261</sup>

Jakobs entende que a cada indivíduo compete um dever de garantir que seu âmbito organizacional, ao conflitar com o de outrem, se mantenha dentro dos limites do risco permitido, seja em decorrência de uma conduta comissiva de reorganização da própria esfera seja por um comportamento omissivo.<sup>262</sup> Com efeito, o sujeito é garantidor da esfera de organização de que é titular, o que inclui além seu próprio corpo e objetos materiais sob seu domínio.<sup>263</sup>

Esse dever decorrente da responsabilidade pelas competências organizacionais são, para Jakobs, divididos em dois tipos: os de assecuramento e os de salvamento. Aqueles referem-se às obrigações impostas ao sujeito de impedir que as fontes de perigo, submetidas à sua própria esfera organizacional, extrapolem esse âmbito, causando danos a terceiros alheios.<sup>264</sup> Incluem-se, nessa categoria, os deveres decorrentes tanto da necessidade de assegurar coisas, como também do próprio comportamento antecedente do próprio sujeito (ingerência) e, também, de condutas alheias.<sup>265</sup> A existência desse dever independe do comportamento daquele que se encontra ameaçado pelo perigo causado pela organização interna do sujeito. Ao motorista é imposta a obrigação de evitar colidir com um ciclista bêbado que se aproxima do carro. O empreiteiro é responsável por evitar danos aos transeuntes que passam pelo perímetro, ainda que eles não estejam respeitando o cercamento. E, também, independe se assecuramento pode

<sup>259</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão em Direito Penal. p. 34-35; JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 949.

<sup>260</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão. p. 36.

<sup>261</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 453.

<sup>262</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão. p. 38.

<sup>263</sup> JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. p. 33-34.

<sup>264</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 973.

<sup>265</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. 974-976.

ser planejado ou ocorra apenas ao acaso. Assim, aquele que dirige um veículo deve conduzi-lo de forma a não lesionar bens jurídicos alheios, mesmo quando o freio falha.<sup>266</sup>

Da competência organizativa, surgem, também, deveres de salvamento relativos aos cursos causais lesivos, que continuam a se desenvolver mesmo após extrapolarem o âmbito de organização do sujeito e, inclusive, podem, até, já ter se integrado à esfera de direito da vítima. Essas são obrigações destinadas a contenção de resultados potenciais, decorrentes das consequências dos atos organizativos próprios, seja em relação a coisas ou comportamentos. Jakobs apresenta como exemplo o caso do pelo de cabra: se um produtor entrega para seus funcionários material, possivelmente, infectado, ele terá a obrigação de assegurar que essa conduta não cause lesões aos empregados, para isso ele pode purificar, previamente, a mercadoria ou entregar roupas de proteção. É possível, também, a depender dos rumos do curso causal, que, ao primeiro sinal de infecção, ele forneça o atendimento médico adequado ao funcionário. Nesse último caso, a contaminação já ocorreu, a obrigação de proporcionar o tratamento não está mais no âmbito do asseguramento, mas de salvamento, destinada a evitar resultados lesivos, potencialmente, maiores. Em todos os casos, contudo, o fundamento do dever é o mesmo: no ato de organizacional próprio do produtor, tanto em sua configuração quanto em sua consequência.<sup>267</sup>

Em ambas as conjunturas, os deveres de competência organizacional poderão se dar a partir da assunção, quando o sujeito, seja de forma expressa ou tácita, toma para si a obrigação de realizar as condutas exigidas para evitar o resultado. O dever de garantidor se configura somente quando o compromisso de assegurar ou salvar seja suficiente para que o titular do bem-jurídico, ou seu responsável, entendam ser desnecessária a tomada de outras medidas nesse sentido. Assim, por exemplo, se uma vizinha assume os cuidados de uma criança, quando os pais a deixam sozinha em casa, ela não se torna garantidora. Por outro lado, um professor de natação, que incentiva um aluno a testar suas capacidades em uma piscina profunda, se torna garantidor por assunção.<sup>268</sup>

Ao lado da competência organizacional, pautada pela tensão entre liberdade de organização/responsabilidade pelas consequências, existe a chamada competência institucional, que está relacionada à configuração social. Aqui, como mencionado, não é a separação entre as esferas organizativas que pauta o discurso, mas a conexão entre elas,

---

<sup>266</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 973.

<sup>267</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 981.

<sup>268</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 987-989.

estabelecida por um dever social de construir um mundo em comum.<sup>269</sup> Dessa forma, no caso dos deveres positivos, a lesão não seria ao bem-jurídico alheio, mas à instituição em si, que é definida, nas palavras de Jakobs como “a forma de relação permanente e juridicamente reconhecida, de uma sociedade, que se subtrai à disposição do indivíduo, e que mais bem contribui a sua constituição”.<sup>270</sup>

O autor apresenta como exemplos a relação parental, o matrimônio e as relações estatais.<sup>271</sup> Entre o grupo de casos ligados à competência institucional, destacam-se aqueles referentes ao que o autor denomina “confiança especial”, definida, de forma genérica, como comportamentos do sujeito que criam uma confiança do outro, mas que não incrementam o risco nem de forma direta nem indiretamente.<sup>272</sup>

Dopico Gómez-Aller afirma que a teoria criada por Jakobs é a mais “iluminadora” das últimas décadas. Isso porque o autor alemão conseguiu se afastar das discussões quanto à identidade entre ação e omissão e construiu uma estrutura normativa de imputação igual para ambas as formas de comportamento.<sup>273</sup> Para o autor, o conceito de competência organizativa, e suas consequências, é uma excelente solução ao problema dos crimes omissivos impróprios de que se tratou até o momento. Para o espanhol, esse núcleo normativo, idêntico nos crimes comissivos e omissivos, é uma resposta mais desenvolvida para como é possível realizar o mesmo tipo penal a partir dessas duas formas tão distintas de comportamento, sem confundir o instituto da posição de garantidor com a imputação objetiva e, ao mesmo tempo, reconhecer a existência dessa última.<sup>274</sup>

Contudo, aponta que a ideia da competência institucional não é tão bem elaborada e que não há conclusão significativas a partir delas. A partir disso, o espanhol sustenta que a teoria de Jakobs incorre em um problema referente aos limites entre as duas formas de competência, especificamente, entre os casos de assunção e de “confiança especial”, pois, em regra, “a

---

<sup>269</sup> JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. p.53. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 949.

<sup>270</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 994. Tradução nossa, no original: “la forma de relación permanente y jurídica reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta”. Nesse sentido, ver: ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. Indret: Revista para el análisis del Derecho, n. 4, p. 1-21, 2013. p. 8.

<sup>271</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 993 ss.

<sup>272</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 999 ss.

<sup>273</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 464.

<sup>274</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 465.

provocação da desproteção de um bem jurídico mediante promessa de uma intervenção futura é acompanhada da produção de uma confiança especial em quem recebeu a promessa”.<sup>275</sup>

De forma similar, entre nós, Bottini entende que o fundamento da responsabilidade penal por omissão imprópria não está na proteção da confiança social na instituição, mas na tutela do bem-jurídico. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o autor considera que é possível que a violação de um instituto social poderá estar ligada ao dever de garantidor, desde que previsto em lei, conforme determina o art. 13, §2º, alínea “a”, do CP.<sup>276</sup> Assim, um bombeiro poderia ter uma posição de garantidor em razão da instituição à que pertence, e a violação do dever de evitar o resultado poderia causar um dano à confiança da sociedade da entendida da qual faz parte. Contudo, não é isso que legitima o processo de imputação, mas o bem-jurídico protegido.<sup>277</sup>

Ainda, afirma que a ideia dos deveres negativos derivados da competência organizacional é uma construção dogmática adequada. Todavia, para Bottini, a inclusão de algumas hipóteses de assunção nessa categoria é errônea, pois, ao avocar um dever de proteção, o sujeito não criaria um risco não permitido ao bem-jurídico, mas tão somente se responsabilizaria pela preservação da esfera alheia contra um risco alheio. Com efeito, trataria de um dever positivo, relacionado à competência institucional, e não de um negativo. Por exemplo, no caso de um cuidador que deixa remédios ao alcance de uma criança, de fato cria um risco derivado da esfera organizativa. Todavia, quando o perigo à vida e à integridade física do infante está na conduta alheia, como nos carros que andam nas vias de trânsito, o risco é externo ao garantidor e, por conseguinte, teriam por fundamento a competência institucional.<sup>278</sup>

Bottini sustenta que a diferenciação entre essas situações é relevante, pois, enquanto na primeira a responsabilização não dependeria da assunção do dever de proteção, na segunda, a imputação do resultado ao omitente dependeria da comprovação de que ele, de fato, assumiu tal obrigação.<sup>279</sup> Segundo o jurista brasileiro, ao contrário do consigna Jakobs, a confiança dos pais, não seria pertinente para nenhuma das versões do caso. Se o risco não permitido foi criado pelo próprio omitente, o dever seria independente da existência de uma confiança especial por parte dos pais. E, se o risco fosse externo ao sujeito, a responsabilidade, também, não estaria vinculada à constatação do desligamento da proteção, mas a assunção voluntária e concreta do

<sup>275</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en Derecho Penal*. p. 466. No original: “provocacion de la desprotección de um bien jurídico mediante promessa de futura intervencióm va acompañada de la producióm de uma confianza especial en el receptor de la promessa”.

<sup>276</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes omissivos impróprios*. p. 104.

<sup>277</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes omissivos impróprios*. p. 105.

<sup>278</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p. 103.

<sup>279</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. p. 103-104.

dever de proteção. Esse continuaria existindo mesmo se algum dos genitores estivesse presente.<sup>280</sup>

Ricardo Robles Planas defende que, atualmente, todas as relações sociais são institucionalizadas, de forma que a todos os comportamentos de sujeitos nelas inseridos se vincula uma expectativa jurídica.<sup>281</sup> Assim, o conceito de “instituição” é, em si, problemático e necessita de revisão, em razão de ter um caráter dual, que permite uma interpretação ampla e geral, apesar da limitação imposta por Jakobs.<sup>282</sup> À vista disso, para o autor, a responsabilidade penal não poderá se pautar somente pelo critério da lesão à confiança social na instituição e deverá, sempre, se relacionar aos direitos e deveres pré-definidos, conforme a essência da teoria da imputação objetiva.<sup>283</sup> Robles Planas entende que os deveres positivos de relevância jurídico-penal até podem advir das instituições, especialmente do Estado, mas o que respalda a imputação é a proteção, ainda que indireta, do bem-jurídico, sendo inadmissível a compreensão de que a mera lesão à instituição fundamenta a responsabilidade penal nos mesmos termos da violação aos deveres negativos.<sup>284</sup>

Tavares pondera que os papéis sociais exercidos por cada indivíduo não são aptos a fundamentar deveres de garantidor, porquanto estes não decorrem das pessoas naturais, em si, mas das instituições, sejam elas públicas ou privadas. Para o autor brasileiro, a proposta de Jakobs retoma o ideal causalista, porquanto, ao vincular a omissão imprópria à organização da esfera de competência, fundamenta a equiparação, em verdade, à produção causal de danos.<sup>285</sup>

Jesús-Maria Silva Sánchez, por sua vez, propõe uma construção dogmática normativa dos crimes omissivos impróprios. Assim como Jakobs, o espanhol entende que é errônea a tentativa de realizar a equiparação da omissão à comissão a partir de critérios ontológicos, considerando que essa equivalência ocorre no plano normativo. Os tipos penais expostos na parte especial, para o autor, abrangem tanto condutas ativas quanto omissões.<sup>286</sup> Nesse sentido, estabelece que a norma primária é direcionada a condutas que permitem a imputação do resultado ao sujeito, sendo uma proibitiva e outra de mandato.<sup>287</sup>

Silva Sánchez conclui que a identidade estrutural entre ação e omissão está no plano normativo. Importante observar que o autor não trata de uma equiparação entre as condutas,

<sup>280</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 104.

<sup>281</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. p. 10.

<sup>282</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. p. 8.

<sup>283</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. p. 12.

<sup>284</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. p. 13.

<sup>285</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 90-95.

<sup>286</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 459.

<sup>287</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 460-461.

mas de uma identidade, o que pressupõe não uma mera correspondência, mas uma igualdade. Para Silva Sánchez, isso é uma exigência político-criminal, que urge por uma restrição das hipóteses de omissão imprópria.<sup>288</sup>

Silva Sánchez acolhe a teoria das funções de Kaufmann, de forma que, para o autor, essa identidade está no dever de garantidor, cujo conteúdo encontra-se na relação do omitente com o controle da fonte de perigo ou com a proteção do bem-jurídico. A essa proposta, contudo, o espanhol acrescenta um elemento material, o compromisso voluntário do omitente, que determinará a extensão dos deveres de competência do sujeito.<sup>289</sup>

Na omissão imprópria, portanto, há por parte do sujeito um domínio do processo causal igual, normativamente, ao que se dá nos delitos comissivos. Esse controle advém do compromisso voluntário que o sujeito assume de evitar que riscos concretos lesionem bem-jurídicos determinados, pois, ao fazê-lo, cria uma confiança nos demais, que faz com que tanto indivíduos que possam ser afetados como terceiros intervenientes abandonem a função de proteção/controlado desses riscos.<sup>290</sup> E o fundamento desse domínio, para Silva Sánchez, é “[...] a assunção concreta da extensão do próprio âmbito de organização na esfera jurídica alheia”, em observância ao princípio do *neminem laedere*.<sup>291</sup>

Para Silva Sánchez, contudo, a violação de deveres de solidariedade, ainda que qualificados, não podem embasar a imputação do resultado por omissão imprópria, pois, para a plena equiparação entre as condutas comissivas e omissivas, é imprescindível um ato do sujeito de organização da sua própria esfera, não sendo possível a extensão à competência institucional. Na concepção do autor, tais deveres somente fundamentam uma omissão própria.<sup>292</sup>

Silva Sánchez elabora, ainda, uma terceira categoria de delito omissivo, que ele denomina de omissão pura de garante, que entende possuir um desvalor superior à mera violação dos deveres de solidariedade, mas não equiparável ao da comissão. Nesses casos, há uma relação especial entre o omitente e o bem-jurídico, mas não há o compromisso voluntário, elemento material da omissão imprópria, nos termos propostos pelo autor.<sup>293</sup>

Em linhas gerais, portanto, depreende-se da teoria de Silva Sánchez que o autor encontra a identidade estrutural material da omissão em relação à ação a partir de um critério normativo

<sup>288</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 460-461.

<sup>289</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 463-464.

<sup>290</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 471-472.

<sup>291</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 473. Tradução nossa, no original: “[...] la Asunción concreta de la extensión del propio ámbito de organización a la esfera jurídica ajena”.

<sup>292</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 473.

<sup>293</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 476.

de domínio. E, no núcleo da proposta, está a assunção voluntária de riscos à própria esfera de domínio organizacional do sujeito, em um acolhimento do conceito de Jakobs. Nesse sentido, é possível perceber uma semelhança metodológica entre as teorias do espanhol e do alemão apresentadas nesse tópico, uma vez que ambos rechaçam a distinção ontológica entre ação e omissão e buscam uma construção dogmática pautada pela normatividade.<sup>294</sup>

No que tange às críticas, cumpre destacar a realizada por Dopico Gómez-Aller, que entende que a teoria é falha no que se refere à definição dos atos de assunção voluntária dos deveres de contenção, não apresentando parâmetros claros para definir seus limites. O autor elabora sua posição a partir da análise da solução apresentada por Silva Sánchez para os casos de omissão imprópria dos agentes penitenciários.

Antes de adentrar aos argumentos, portanto, é importante apresentar o raciocínio de Silva Sánchez para resolver esse grupo de casos: para o autor, em regra, somente as agressões dolosas contra a vida, a saúde e a integridade física podem ser imputadas, por omissão imprópria, aos funcionários públicos. Isso porque, segundo sua concepção, não basta a existência de um dever de garante, é preciso, também, a existência do compromisso voluntário, para que seja configurada a identidade entre ação e omissão.

Nesse sentido, Silva Sánchez assevera que, no sistema carcerário, todos os aspectos da vida do preso estão submetidos à instituição, de forma que eles se encontram desamparados para se protegerem de eventuais ataques. E o ato do funcionário que implica nessa diminuição da autodefesa representa o compromisso voluntário de salvaguarda dos presidiários contra agressões dolosas, seja de outro detento, seja de terceiros. Silva Sánchez, contudo, admite a possibilidade da imputação por omissão imprópria em outras situações, mas conclui que esta dependerá de uma assunção concreta, verificada caso a caso, sendo certo que, para o espanhol, o único ato inequívoco do agente penitenciário é o de conter agressões dolosas.<sup>295</sup>

De acordo com Dopico Gómez-Aller, nesse exemplo, restam evidentes as dificuldades em torno da indeterminação dos conceitos utilizados. Na opinião de Dopico Gómez-Aller ao fundamentar a imputação por omissão imprópria a um ato de diminuição da autoproteção, Silva Sánchez não está vinculando a assunção à vontade, mas, sim, ao momento que ela ocorreu. Entende que o que buscava Silva Sánchez era rechaçar um embasamento, meramente, formal da posição de garantidor dos agentes penitenciários, adicionando elementos materiais. Contudo, na visão de Dopico Gómez-Aller, ao exigir uma assunção pessoal, o autor impõe a determinação

---

<sup>294</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 604. No mesmo sentido: ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 93.

<sup>295</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Estudios sobre los delitos de omisión. p. 95-117.

de em que momento ocorreu a contenção dos riscos e os atos voluntários de diminuição da proteção. Para Dopico Gómez-Aller, a assunção do cargo, *per se*, é suficiente para estabelecer os limites da função de proteção, não sendo necessário um momento de assunção pessoal do dever de contenção, o que, concretamente, é difícil de determinar.<sup>296</sup>

Em concordância, Bottini argumenta que a proposta de Silva Sánchez, ao atrelar a equiparação entre ação e omissão ao compromisso voluntário, restringe o âmbito de incidência dos crimes omissivos impróprios, rechaçando omissões cujo desvalor é igual ao da comissão, reconhecidas, expressamente, pela cláusula de equiparação prevista no art. 13, §2º, do CP. Nesse sentido, aponta que o compromisso voluntário nos casos, por exemplo, de policiais, médicos e bombeiros, só seria possível se verificado em um plano genérico, o que seria incongruente, pois teria que admitir a assunção prévia de todos os perigos decorrentes de suas funções.<sup>297</sup> Igualmente, destaca que não há assunção expressa no que diz respeito aos deveres de proteção que os pais têm em relação aos filhos, a não ser que se considere que o compromisso ocorreu no ato sexual reprodutivo, o que, claramente, é insustentável, até porque não se afasta a posição de garantidor da genitora, por exemplo, em casos de estupro.<sup>298</sup>

No Brasil, merecem destaque as teses apresentadas pelos Professores Juarez Tavares e Pierpaolo Bottini Cruz, que também se afastam das propostas ontológicas e buscam um fundamento da equivalência entre ação e omissão na esfera normativa. Ambos os autores, partem da mesma premissa de Jakobs e Silva Sánchez de que os dois comportamentos são, em um plano ontológico, condutas diversas, que podem ser equiparadas no âmbito da tipicidade.

Juarez Tavares entende que a omissão, ao contrário da ação, é uma conduta, eminentemente, axiológica.<sup>299</sup> Trata-se de um comportamento vinculado a uma norma mandamental, que, em um processo comunicativo, deve se submeter a um sentido funcional de proteção ao bem-jurídico.<sup>300</sup> Isso não significa, para o autor, que a omissão é carente de qualquer elemento empírico. Ao contrário, em sua opinião, a conduta possui, também, um elemento fático, que é a própria inatividade, como “manifestação do comportamento humano”, mas adquire relevância jurídica a partir de um juízo valorativo em relação ao dever normativo.<sup>301</sup>

<sup>296</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 611-617.

<sup>297</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 110.

<sup>298</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 159.

<sup>299</sup> TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 15, p. 125-157, 1996.

<sup>300</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 229.

<sup>301</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 163.

Nesse sentido, considerando a ausência de previsão expressa do comportamento omissivo nos tipos da parte especial, à luz do princípio da legalidade, a equiparação entre ação e omissão é uma exigência normativa, diretamente ligada à validade e à legitimidade dos delitos omissivos impróprios. Contudo, o autor rechaça as propostas doutrinárias, por conceber que tais construções partem da premissa de justificar a punibilidade desses crimes, o que para o autor é inadequado.<sup>302</sup> Tavares assevera a equivalência entre ação e omissão é instrumento importante de delimitação da abrangência da incriminação, principalmente, considerando que, nos crimes omissivos impróprios, não existem parâmetros legais que possam servir de baliza para a plena apreensão do seu conteúdo delitivo.<sup>303</sup>

Tavares acredita que os critérios utilizados, tradicionalmente, pela doutrina, isto é, a divisão entre garantes de proteção e vigilância, não são suficientes para assegurar a segurança jurídica e a racionalidade sistêmica, exatamente por não considerarem os aspectos fáticos e normativos da omissão.<sup>304</sup> O autor julga que a solução adequada para o problema seria a introdução, na parte especial, da modalidade omissiva.<sup>305</sup> Não obstante, Tavares conclui que, no marco legislativo vigente, a melhor saída para o problema é atrelar o critério material ao art. 13, §2º, do CP.<sup>306</sup>

O fundamento material adotado por Tavares é a teoria das funções de Kaufmann,<sup>307</sup> que classifica as posições de garantidores de acordo com as relações sociais existentes entre o sujeito e a fonte de perigo (vigilância) e o bem-jurídico (proteção).<sup>308</sup> Tavares assevera que esse critério, por si só, não é suficiente para exercer o papel delimitativo da equiparação, pois possui uma indeterminação intrínseca, abarcando uma gama de condutas e fatos, cuja extensão não é possível demarcar apenas com base nesse critério material.<sup>309</sup>

O Código Penal brasileiro, por sua vez, determina que o “o dever de agir incube a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado”. É a partir dessa disposição normativa que Tavares restringe a posição de garantidor de proteção e de vigência.

---

<sup>302</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 162.

<sup>303</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 165.

<sup>304</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 315.

<sup>305</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 313.

<sup>306</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 319.

<sup>307</sup> A teoria das funções de Kaufmann foi exposta no tópico 1.1.3.1, supra.

<sup>308</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 316.

<sup>309</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 317.

No que tange à primeira hipótese, Tavares argumenta que o dever legal de cuidado, proteção e vigilância a que se refere o art. 13, §2º, alínea “a”, são aqueles estabelecidos por lei, inclusive as extrapenais, desde que obedçam ao devido processo legislativo. Excluem-se, portanto, outras normas, como decretos e resoluções. Segundo o autor, essa é uma exigência da Constituição da República, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II). E tais obrigações estão vinculadas, diretamente, a relação fática existente entre o sujeito e o bem-jurídico/fonte de perigo.<sup>310</sup>

Com isso, por exemplo, a posição de garantidor ligada às relações familiares estará limitada àquelas existentes entre os pais e com os filhos entre os cônjuges, pois somente estas estão previstas no ordenamento jurídico. A primeira encontra respaldo no texto constitucional, que, no art. 229, estabelece aos genitores e aos filhos deveres de assistência de um para com o outro, a depender do momento da vida de cada um (menoridade e velhice).<sup>311</sup> A segunda, por sua vez, está prevista no Código Civil, especificamente no art. 1.566, inciso III, que determina o amparo mútuo do casal.<sup>312</sup> Nesse sentido, uma eventual posição de garantidor de proteção do avô com o neto não advém da lei, mas na assunção, caso presentes os requisitos.<sup>313</sup> Os deveres de assistência dos cônjuges, por sua vez, terminam com fim do matrimônio.<sup>314</sup> Há, portanto, nesses deveres um fundamento material, a posição social do sujeito, mas eles encontram restrições no ordenamento jurídico.<sup>315</sup> Ainda na alínea “a”, Tavares embasa a posição de garantidor de vigilância do sujeito em relação aos seus subordinados, englobando nesse âmbito, por exemplo, a obrigação que o delegado tem de supervisionar a atuação policial.<sup>316</sup>

No que se refere à assunção como fonte da posição de garantidor, prevista na alínea “b” do art. 13, §2º, Tavares identifica que ela pode se concretizar de duas formas: pelo contrato ou pela aceitação fática dos deveres de proteção e vigilância. O negócio jurídico é capaz de estabelecer o dever especial de agir, contudo, na opinião do autor, nesse caso, é importante estabelecer uma diferença entre o ilícito jurídico-penal e o cível. Isso porque o mero inadimplemento contratual não embasa a imputação por omissão imprópria, na medida em que tais obrigações contratuais somente se transformam em deveres de garantidor quando criam

<sup>310</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 320.

<sup>311</sup> Art. 229 da CR/88: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>312</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III- Mútua assistência.

<sup>313</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 323-324.

<sup>314</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 324

<sup>315</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 319-320.

<sup>316</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 321-322.

uma confiança nos demais de proteção e vigilância do bem-jurídico/fonte de perigo. Com efeito, um médico contratado para realizar um tratamento que deixa de prestar a assistência médica, transferindo o encargo para um colega de profissão, não responderá pela lesão corporal causada ao paciente por um diagnóstico errado realizado pelo outro médico. Da mesma forma, Tavares, utilizando o exemplo de Roxin, pondera que o guia de uma excursão que não comparece ao local combinado, não é garante em relação ao turista que decide, assim mesmo, subir a montanha desacompanhado, vindo a se machucar gravemente. Por outro lado, Tavares não reconhece a promessa como fonte do dever especial de agir, porquanto entende que se trata de uma mera manifestação da vontade, não uma assunção real do dever de impedir o resultado.<sup>317</sup>

A segunda forma é a assunção fática do dever de proteção e vigilância, que decorrerá, conjuntamente, da manifestação, externada, da vontade do sujeito de tomar para si tais obrigações e do exercício, fático, dessas funções.<sup>318</sup> A essa categoria, Tavares inclui certas atividades específicas, como (i) nas relações sociais de proteção existentes nas comunidades fechadas; (ii) no exercício comum de atividades, como o caso clássico dos alpinistas, que, segundo o autor, adquirem deveres mútuos de assistência, em razão da confiança criada em cada um de que, em caso de necessidade, serão amparados pelos demais; (iii) na relação médico-paciente, também fundamentas pela confiança que o paciente deposita no profissional por ele escolhido; (iv) na assunção unilateral de uma proteção específica, que, para o autor, ocorre, por exemplo, no caso no sujeito que decide ajudar um cego a atravessar a rua e, assim, se compromete a evitar possíveis resultados lesivos decorrentes dessa travessia; e (v) no exercício das funções públicas.<sup>319</sup>

Por fim, quanto à ingerência, estabelecida como fonte da posição de garantidor no art. 13, §2º, alínea “c”, Tavares acrescenta um novo fundamento material: o domínio sobre o fundamento do resultado, nos termos propostos por Schönemann. Para Tavares, a ingerência precisa de “correções” para adquirir um caráter limitante do processo de imputação e, assim, não recair em uma sistemática de responsabilidade objetiva.<sup>320</sup>

A posição de Tavares sobre a ingerência será aprofundada no capítulo dois. Contudo, no que diz respeito ao fundamento da equiparação entre ação e omissão, ao que parece, apesar de, em sua valorosa obra, o autor rechaçar as teorias normativas e empíricas, em sua conclusão o autor brasileiro recai no mesmo posicionamento de Kaufmann, que, ao apresentar a teoria das

<sup>317</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 326-327.

<sup>318</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 327.

<sup>319</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 327-331.

<sup>320</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 332-333.

funções, não se desvincula dos deveres formais, mas acrescenta a eles uma delimitação material, baseada na relação fática-social existente entre o omitente e o bem-jurídico/fonte de perigo.

Bottini, por outro lado, propõe que o dever de garante seja dividido entre os referentes a riscos próprios (art. 13, §2º, alínea “c”) e alheios (art. 13, §2º, alíneas “a” e “b”). Aquele fundamenta-se no princípio do *neminem laedere* e, em aproximação à teoria de Jakobs, representa uma violação aos deveres organizacionais, porquanto o sujeito, com sua conduta antecedente, cria um perigo ao bem-jurídico, dando início a um curso causal, potencialmente, lesivo. Há, portanto, uma falha do sujeito em adequar seu próprio âmbito de organização de forma a não interferir na esfera alheia e esse elemento que determina a equiparação, normativa, da omissão à ação típica.<sup>321</sup> Nesse sentido, se o sujeito dirige um veículo em alta velocidade, em desacordo com as normas de cuidado, e atropela um transeunte, o desvalor da sua conduta, seja ela comissiva (acelerar), seja omissiva (deixar de frear), é sempre o mesmo, pois, independentemente, da modalidade do comportamento, representa uma violação aos deveres de organização.<sup>322</sup>

Bottini entende que os deveres especiais de agir decorrentes de riscos próprios estão incluídos, tacitamente, nos tipos da parte especial, de forma que, sob sua concepção, é dispensável a cláusula de equiparação. Isso porque, para o autor, ambas as condutas possuem o mesmo desvalor. Com efeito, diante da equivalência normativa da omissão em relação à comissão, não há necessidade de uma previsão legal expressa.<sup>323</sup>

Em contrapartida, a omissão diante de riscos alheios baseia-se no princípio da solidariedade, isto é, encontra seu fundamento em relações sociais, que impõe ao sujeito determinados deveres de proteção e vigilância.<sup>324</sup> Logo, não se trata da violação de uma obrigação de não lesar, derivada da falha do próprio sujeito em organizar sua esfera de competências, mas em “expectativas especiais”, que recaem sobre determinados indivíduos frente aos demais integrantes da sociedade.<sup>325</sup>

Bottini argumenta que os cursos causais lesivos são alheios às competências organizacionais desses sujeitos que detêm o dever especial de evitar e, por conseguinte, são apenas condições negativas do resultado, não sendo abarcados pelas normas proibitivas dos tipos penais. À vista disso, na visão do autor, a imputação do resultado lesivo, decorrente da

---

<sup>321</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 117.

<sup>322</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 118.

<sup>323</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 116.

<sup>324</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 119.

<sup>325</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 120.

violação a tais obrigações, exige, necessariamente, uma cláusula de equiparação, que estenda a abrangência do tipo previsto na parte especial do Código Penal.<sup>326</sup>

Segundo Bottini, essa imposição advém do fato de que tais omissões não possuem um desvalor menor que o da conduta comissiva ou da inatividade diante de riscos próprios, pois o princípio da solidariedade, fundamento de tais deveres, não apresenta, na visão de Bottini, a mesma relevância jurídico-penal, exatamente em razão de a origem do risco ser alheia à esfera de organização do sujeito.<sup>327</sup>

No caso da legislação brasileira, Bottini esclarece que a cláusula de equiparação, prevista no art. 13, §2º, do CP, possui uma natureza dúplice. De um lado é uma norma constitutiva, porquanto reconhece a “expectativa especial” de determinados sujeitos de evitar o resultado, em decorrência da lei (alínea “a”) ou da assunção (alínea “b”).<sup>328</sup> Por outro, possui um caráter, meramente, declarativo, no que tange a ingerência (alínea “c”), pois, como visto, o autor entende que, por ser uma omissão derivada de riscos próprios, está englobada no tipo penal da parte especial.<sup>329</sup>

Apresentadas as teorias elaboradas pela doutrina sobre a equiparação entre ação e omissão, é preciso analisá-las à luz da legislação pátria. Por conseguinte, no próximo tópico será objeto de estudo a cláusula de equiparação prevista no Código Penal brasileiro, com o objetivo de compreender o fundamento e os limites do dever de garante estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

## 1.2 Fundamentos materiais do Dever de Garante no Código Penal Brasileiro

A cláusula de equiparação brasileira — art. 13, §2º, do CP<sup>330</sup> — foi inserida no ordenamento jurídico pátrio somente com a reforma da parte geral de 1984.<sup>331</sup> Com isso, o

<sup>326</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 120.

<sup>327</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 121.

<sup>328</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 128-129.

<sup>329</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 130.

<sup>330</sup> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] §2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incube 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.

<sup>331</sup> BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. 3 ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 43. Para uma análise histórica da omissão no ordenamento jurídico brasileiro, ver: MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Revista de Direito Penal e Criminologia, n. 33, p. 5-29, 1982.

legislador buscou estabelecer o conceito de omissão penalmente relevante, bem como determinar as hipóteses da posição de garantidor: a lei, a assunção e a ingerência.<sup>332</sup>

Sob essa perspectiva, no *caput* do art. 13º, define-se que a omissão é *conditio sine qua non* do resultado. No §2º, agrega-se à estrutura da omissão imprópria um requisito normativo (o dever agir) e um ontológico (poder agir).<sup>333</sup> Por fim, nas alíneas subsequentes, indica-se que quem detém tais obrigações é aquele que “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, “b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado” e que “com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado”, em uma clara referência à teoria do dever formal<sup>334</sup>, seguindo as tendências doutrinárias da primeira metade do século XX.<sup>335</sup>

A teoria do dever formal, contudo, não se mostrou apta a legitimar o processo de imputação, uma vez que a ausência de um substrato material não permitiu a elaboração de uma construção dogmática consistente. Em que pese o intento de racionalizar a problemática em torno da equiparação entre ação e omissão, o positivismo exacerbado resultou na falta de parâmetros lógicos para estabelecer o âmbito de abrangência da norma. Com isso, a proposta recaiu em incongruências insustentáveis, por exemplo: no tratamento jurídico desigual de situações fáticas que possuíam o mesmo desvalor; na ampliação e na restrição demasiada do dever de garante; e na fundamentação contraditória para a ingerência (item 1.1.2, *supra*).

Em uma tentativa de correção, a doutrina majoritária interpreta a cláusula de equiparação (fontes formais) a partir de uma fundamentação material. Sheila Bierrenbach, em sua obra sobre os delitos de omissão imprópria, afirma que o dispositivo legal deve ser conjugado à teoria das funções de Armin Kaufman, por entender que as fontes formais, por si só, não são suficientes para delimitar a posição de garantidor.<sup>336</sup> Juarez Tavares se posiciona no sentido de que o art. 13, §2º, do CP, deve ser integrado pela concepção funcional e analisado à luz dos princípios da legalidade, “da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da necessidade e da racionalidade”<sup>337</sup> (item 1.1.3.3, *supra*). Zaffaroni e Nilo Batista também argumentam que o critério formal precisa ser “temperado e esquematizado” a partir das relações

<sup>332</sup> É o que se depreende do item n. 13 da exposição de motivos da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984: “No artigo 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. [...]”

<sup>333</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 126-127; ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 80-81.

<sup>334</sup> Item 1.1.2, *supra*.

<sup>335</sup> COSTA, Victor. Crimes omissivos impróprios. p. 31 e 145.

<sup>336</sup> BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. p. 66.

<sup>337</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 316-317.

fáticas de proximidade entre o sujeito e o bem-jurídico protegido.<sup>338</sup> Heloísa Estellita, por sua vez, encontra na teoria do domínio o substrato material da equiparação entre ação e omissão.<sup>339</sup> Pierpaolo Bottini identifica nas competências organizacionais o fundamento material da omissão imprópria, mas não descarta o domínio, utilizando-o como elemento de limitação (item 1.1.3.3, *supra*).

De fato, a fundamentação material é um elemento essencial para a legitimidade do processo de imputação do resultado nos delitos de omissão imprópria, para compatibilizá-los não só com o princípio da legalidade, mas também ao da igualdade e da proporcionalidade.<sup>340</sup> É imprescindível para a delimitação racional do dever de agir e para a justificar a punibilidade de somente determinadas omissões e não de outras, ainda que realizadas em situações fáticas idênticas (item 1, *supra*).

A teoria das funções, contudo, não é o critério material que se propunha a ser. É inestimável a importância da proposta de Armin Kaufmann. A divisão entre garantes de vigilância e de proteção, categorizados de acordo com a proximidade vital entre o sujeito e a fonte de perigo ou ao bem-jurídico, é observada, ainda que de forma sutil, na maioria das propostas posteriores, além da presença constante em trabalhos acadêmicos.<sup>341</sup> Não obstante, ao que parece, essa parte da teoria das funções é, em verdade, uma classificação e não um fundamento.<sup>342</sup> E a base do pensamento de Kaufmann, de que existem normas mandamentais implícitas na parte especial, permite que a existência do dever esteja condicionada a um processo valorativo do próprio intérprete (item 1.1.3.1, *supra*).

A teoria do domínio também não convence como fundamento material da omissão imprópria, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro. A ideia de domínio, por vezes, se confunde com a capacidade de agir, de forma que, ao utilizá-lo como substrato material da equiparação entre a conduta comissiva e a omissiva, existiria uma sobreposição de dois elementos distintos da estrutura delitiva: o dever agir e o poder agir (item 1.1.3.2, *supra*).

Nota-se que a cláusula de equiparação brasileira possui uma peculiaridade, que é reconhecer, expressamente, a possibilidade de agir<sup>343</sup> conforme a norma como parte da estrutura

<sup>338</sup> ZAFFARONI, Raúl E., BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2, t. I.

<sup>339</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão. p. 94.

<sup>340</sup> ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão. p. 84.

<sup>341</sup> Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. 2 ed. Madrid: Dykinson, 2006. p. 145; ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão. p. 104-105;

<sup>342</sup> JULIANI, Jaime Requena. La posición de garante del empresario. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). Curso de Derecho Penal Económico, 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 157-176. p. 161.

<sup>343</sup> A possibilidade de agir é composta tanto pela capacidade física de agir, como também por um elemento intelectual. Há um certo consenso na doutrina quanto essa composição da possibilidade de agir. Ainda que

dos crimes de omissão imprópria.<sup>344</sup> Isso significa dizer que o ordenamento jurídico não pode impor ao sujeito mandamentos impossíveis de serem cumpridos, na medida em que esse é um requisito essencial para a racionalidade da expectativa normativa nele depositada.<sup>345</sup> Com efeito, a capacidade de agir é um pressuposto ontológico da conduta omissiva e, também, um limite do dever de agir.<sup>346</sup>

Nesse viés, é importante observar que o conceito de domínio não é bem definido por aqueles que o defendem como fundamento material da equiparação entre ação e omissão, tendo Schünemann afirmado que uma maior definição representaria um óbice à sua compreensão (item 1.1.3.2, *supra*). Contudo, em razão do seu teor, predominantemente, ontológico, ele é apresentado, por vezes, como a capacidade de evitação do resultado, em semelhança ao que se entende pela possibilidade de agir.<sup>347</sup>

Por esses motivos, rechaça-se nesta dissertação o uso do domínio como fundamento material da equiparação. Em consonância com o que defende Bottini, compreende-se que o substrato material da omissão imprópria está nas competências organizacionais, fundamentada no princípio do *neminem laedere* (item 1.1.3.3, *supra*).<sup>348</sup> Não obstante, o domínio não deve ser descartado, mas utilizado como limite do dever concreto de agir.<sup>349</sup>

---

existam discussões quanto aos requisitos e consequências de cada uma delas, a subdivisão está presente. Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 151; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 43; KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 55; ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 756; SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropria. p. 61.

<sup>344</sup> Destaca-se que a cláusula de equiparação brasileira se difere daquelas previstas em outros ordenamentos. As legislações alemã, portuguesa, italiana, paraguaia e peruana, por exemplo, optaram por regras mais gerais, que estabelecem a correspondência entre ação e omissão, mas não elencam as hipóteses de posição de garantidor. A Espanha, por outro lado, possui um dispositivo similar ao presente no CP, enquanto o Colombiano é ainda mais específico no que tange aos critérios materiais do dever de garantidor. Não obstante, em nenhum desses ordenamentos, há uma disposição no sentido de reconhecer, expressamente, a possibilidade de agir como pressuposto do crime de omissão imprópria. A análise das técnicas legislativas foi retirada de: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 121-130. As fontes originais, também, foram, devidamente, consultadas e estão presentes na lista de referências.

<sup>345</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 42.

<sup>346</sup> BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 150. Nesse sentido, Heloisa Estellita afirma que “o dever concreto de agir se vê delimitado pela possibilidade jurídica de agir, que atuará na determinação da conduta juridicamente exigida e esperada do garantidor” (ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão. p. 2460).

<sup>347</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamentos y limites del deber de garantia del empresario. Madrid: L.H. Tiedmann, 1995. p. 210.

<sup>348</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 118.

<sup>349</sup> Nesse sentido, cumpre destacar a crítica elaborada por Sérgio Bruno Araújo Rebouças: “não se identifica incompatibilidade dogmática essencial entre a teoria do domínio de Schünemann, centrada em parâmetros fático-material, e a teoria da competência de organização, de Jakobs, baseada em um critério normativo. A relação entre ambas é de complementariedade, embora isso seja recusado por alguns autores” (REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 143, p. 45-86, mai. 2018. Nota de rodapé n. 18). Em sentido oposto, Demetrio Crespo argumenta que a competência organizacional é

Estabelecidas tais premissas, no próximo capítulo, será analisada a posição de garantidor por ingerência. Objetiva-se compreender os limites do dever de garantidor, desde a natureza da conduta antecedente até sua extensão. Com isso, estará estabelecida a base dogmática necessária para a solução do problema que esta dissertação se propõe a responder.

---

pressuposto do domínio sobre o fundamento do resultado (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresa. p. 80).

## 2 INGERÊNCIA

A ingerência, isto é, a posição de garantidor baseada em uma conduta antecedente, sempre foi, *per se*, problemática.<sup>350</sup> Nas teorias causais, a referência à ação prévia era considerada o próprio fundamento da omissão imprópria. Com o desenvolvimento dogmático, a ingerência continuou a ser reconhecida como hipótese de posição de garantidor.<sup>351</sup> Todavia, as questões relativas à sua fundamentação, à sua estrutura e até à sua existência continuam sem solução.<sup>352</sup>

Não há consenso na doutrina. A parte minoritária, que possui Schünemann como percussor, nega a existência da ingerência como um todo. Entre aqueles que a reconhecem como uma das formas da posição de garantidor, discute-se tanto a natureza da conduta antecedente, como a extensão do dever de agir.

À vista dessa divergência de pensamentos, ao longo deste capítulo serão apresentados alguns dos posicionamentos doutrinários e, ao final, o instituto será analisado sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, considerando as conclusões parciais realizadas no primeiro capítulo. Objetiva-se determinar os contornos do dever de agir por ingerência, para, então, submeter a problemática em torno da responsabilidade penal pelo produto às premissas fixadas.

### 2.1 A negação da ingerência

Schünemann nega a existência da posição de garantidor baseada na ingerência, pois, para o autor, não existem semelhanças — ao menos no que se refere aos pressupostos de punibilidade — entre a conduta comissiva e a omissão por ingerência. Isso porque entende que o instituto se resume ao processo causal derivado de um ato de domínio, de forma que a imputação a este título dependeria da aceitação da responsabilidade causalista, em um abandono da perspectiva personalíssima.<sup>353</sup>

Schünemann identifica que as situações fáticas relacionadas, tradicionalmente, à posição de garantidor por ingerência são abrangidas pela ideia do domínio sobre a causa essencial do resultado. Isso porque, para o autor, o pressuposto causal da ingerência não

<sup>350</sup> ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. *In*: Cuestiones sobre la moderna teoria de la imputación penal. Lima: ARA Editores, 2009. p. 9-28. p. 14.

<sup>351</sup> É nesse sentido que Bottini afirma que “o desenvolvimento da dogmática dos crimes de omissão imprópria se confunde com a evolução do pensamento a respeito da ingerência” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 146).

<sup>352</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 899.

<sup>353</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 365.

consegue fundamentar de forma idônea a maioria dos denominados de *deberes del tráfico*, uma vez que carece de transcendência jurídica, de forma que a remissão à ingerência não seria nada mais do que uma resposta inidônea a esses fenômenos.<sup>354</sup>

O autor não ignora o fato de que, em grande parte das relações de domínio, existe uma ação prévia. Contudo, entende que a conduta anterior não é o fundamento da imputação do resultado, mas somente um aspecto fático, que, em determinadas situações, pode embasar o controle do omitente com a fonte de perigo.<sup>355</sup> Para o alemão, o núcleo da ingerência, em verdade, é a ideia de que o sujeito deve sempre controlar todos os perigos que surgem do seu âmbito de domínio, porquanto, por meio de suas condutas, altera continuamente a realidade e o grau de perigo dessa sua esfera.<sup>356</sup> E, assim, não é o desencadeamento do processo causal que fundamenta os denominados *deberes del tráfico*, mas o domínio que o omitente possui sobre uma fonte de perigo. Isso porque, pelo atuar precedente, não se criam tais deveres; ao contrário, modifica-se o conteúdo deles. Schünemann exemplifica: o dono de uma propriedade em que existem minas terrestres tem o dever de evitar que elas lesionem crianças que estejam brincando no local, isto é, exige-se que mantenha a fonte de perigo dentro do âmbito do risco permitido. Se, contudo, ele limpa o terreno e constrói uma rodovia no lugar, terá o dever de assegurar que o tráfego na via não ofereça perigos que extrapolem o normal. Segundo o autor, o caso deixa claro que não há a criação de novos *deberes del tráfico*, mas a modificação daquele já existente.<sup>357</sup>

A base da imputação, portanto, é a ideia de que o sujeito deve sempre assegurar seu próprio âmbito de domínio, evitando que ele represente perigo aos demais, à vista do princípio *neminem laedere*. Caso isso não seja possível, em razão de uma omissão ou de uma mera incapacidade de agir, e o perigo extrapole o risco permitido, ocasionando resultados lesivos, uma conduta posterior de salvamento não está abarcada pelo fim de proteção da norma (*deberes del tráfico*), por não existir, nesse momento do curso causal, o domínio. Nesse sentido, o proprietário de uma casa terá o dever de evitar que as telhas da residência caiam sobre um transeunte. Caso isso ocorra e a lesão venha a se concretizar, a omissão posterior, a exemplo da não prestação de socorro, não possui, para Schünemann, um desvalor equiparável ao da ação típica, sendo, portanto, por não estar acompanhada da relação de domínio, impossível a imputação do resultado por omissão imprópria. Nesse segundo momento, o fundamento da

---

<sup>354</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 333.

<sup>355</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 297.

<sup>356</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 335.

<sup>357</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 336.

causa do resultado que poderá vir a acontecer está no desamparo da vítima, sobre o qual o proprietário não tem domínio.<sup>358</sup>

Com efeito, o domínio, como fundamento do resultado, não acarreta deveres de salvamento.<sup>359</sup> Isso porque não há, nesse segundo momento, a atualidade necessária para configuração desse controle. De acordo com Schünemann, na ingerência, após a realização da conduta anterior, o curso causal sai do âmbito de domínio do sujeito, de forma que, quando da omissão, o sujeito possui apenas um domínio potencial, que nada mais é do que a possibilidade de agir, em posição idêntica à de qualquer outro indivíduo. Tampouco seria possível fundamentar eventual posição de garantidor no desamparo da vítima, pois não existiria o ato de vontade necessário para tanto.<sup>360</sup>

Schünemann ilustra a questão a partir do seguinte exemplo: se um caminhão de carga transporta argila, uma parte cai na estrada e o motorista a deixa no local, tratar-se-ia de um abandono do domínio negligente, suficiente para fundamentar a imputação de qualquer acidente que ocorra em decorrência do barro na via. Todavia, se o caminhão bate em uma árvore, que vem a tombar na estrada, não existe uma relação de domínio entre o motorista e o objeto, de forma que não é possível imputar o resultado de um acidente derivado desse fato porque os chamados *deberes del tráfico* não estão ligados à omissão de retirar a árvore da estrada, mas somente em colidir com ela. A diferença, para Schünemann, é que, no primeiro caso, a argila faz parte do âmbito de domínio do sujeito, enquanto, no segundo, a fonte de perigo, a árvore, é alheia à sua esfera de controle.<sup>361</sup>

Nesse ponto, destaca-se a coerente crítica de Dopico Gómez-Aller de que o exemplo da árvore e da argila é contraditório com os fundamentos explicitados por Schünemann, porquanto é incompatível com o argumento central da negação da ingerência: a perda do domínio, ainda que contrária ao dever, afasta a posição de garantidor. Para o espanhol, não há qualquer vínculo atual entre o motorista e a argila caída na estrada, existindo tão somente a capacidade de agir (retirar o barro da via).<sup>362</sup>

Outro exemplo é o do operário que deixa explodir uma máquina, sobre a qual detém a responsabilidade de, diariamente, ligar e supervisionar, causando lesões corporais a vários trabalhadores. Para Schünemann, o fundamento da imputação do resultado lesivo está no domínio que o funcionário tem sobre o equipamento, sendo, em sua visão, absurdo embasar

<sup>358</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 338.

<sup>359</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 338.

<sup>360</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 364.

<sup>361</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 349.

<sup>362</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 401.

eventual responsabilidade em uma ação, que, no caso, só poderia ser a conduta de ligar a máquina pela manhã.<sup>363</sup>

Por outro lado, em relação à necessidade político-criminal da posição de garantidor por ingerência, Schünemann argumenta que os casos punidos a esse título são abrangidos ou pela imputação comissiva do resultado ou pelos *deberes del tráfico*. No exemplo do hoteleiro, o autor somente verifica duas possibilidades: se a distribuição de bebidas alcoólicas for proibida, é possível imputar o resultado lesivo ao sujeito, mas por comissão. Se ele, contudo, manteve seu âmbito de domínio limitado ao risco permitido, não será cogitada a responsabilidade. Para Schünemann, a solução de que, ao servir os clientes, o hoteleiro terá o dever de evitar qualquer perigo advindo dessa conduta não só é insustentável do ponto de vista dogmático, como é também desconectada da realidade.<sup>364</sup>

Schünemann, contudo, entende que, nos casos de ingerência não abrangidos pela imputação comissiva ou pelo marco dos *deberes del tráfico*, o desvalor da omissão não é equivalente ao da ação típica, mas, ao mesmo tempo, em termos de injusto e merecimento de pena, está em um patamar superior ao da mera omissão própria.<sup>365</sup> Não obstante, não resta claro na obra do autor o porquê de a ingerência ser mais grave que a omissão própria se não existe uma relação especial entre o sujeito e o resultado, não se distinguindo do *quivis ex populo*.<sup>366</sup>

Ademais, a superveniência do dolo não é, para Schünemann, suficiente para alterar suas conclusões. Nesse sentido, o motorista que, por negligência, atropela um transeunte e deixa, dolosamente, de prestar socorro, vindo a vítima a falecer, responderia pelo crime de homicídio culposo, em concurso material com a omissão de socorro.<sup>367</sup> Tratar-se-ia de um dolo sem domínio e, portanto, de um dolo sem subsequente, proibido pelo ordenamento. Schünemann resume: “[...] materialmente, a responsabilidade por ingerência é: a filha do dolo indireto da *common law*, equilibrada com o princípio da *versari in re illicita*, reduzido ao dolo subsequente”<sup>368</sup>.

Em sentido contrário, Bottini aponta que a negação dos deveres de salvamento é incompatível com institutos do ordenamento jurídico brasileiro, como o arrependimento eficaz,

<sup>363</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 297.

<sup>364</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 361.

<sup>365</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 366.

<sup>366</sup> DOPICO GOMÉZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en Derecho Penal. p. 405.

<sup>367</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 152.

<sup>368</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. p. 371. Tradução nossa, no original: “ahora se aprecia lo que es materialmente la responsabilidad injerencia: una hija del *dolus indirectus* del derecho común, equilibrada con el principio de culpabilidad, un principio del *versari in re illicita* reducida al *dolus subsequens*”.

previsto no art. 15 do Código Penal.<sup>369</sup> A incompatibilidade adviria do fato de que, nesse caso, a lei reconhece que aquele que com sua conduta anterior criou o risco de ocorrência do resultado está em uma posição diferente dos demais intervenientes. Para o brasileiro, essa especificidade do sujeito é que permite que a omissão do dever de salvamento integre o *iter criminis*, ainda sob o domínio do omitente. Nesse sentido, Bottini entende que a solução de caracterizar a omissão do dever de salvamento como a realização do crime comissivo doloso, em concurso material com o crime de omissão própria, também não é adequada sob a perspectiva político-criminal, exatamente em razão da especial qualificação do sujeito frente ao risco por ele criado.<sup>370</sup>

Apesar de adotar a teoria do domínio de Schünemann, Roxin discorda do posicionamento do autor em relação à ingerência. Entende que os deveres de vigilância e controle da fonte de perigo estão inseridos no âmbito de domínio do sujeito. Argumenta que a divergência é possível, uma vez que os limites do domínio como fundamento do resultado são normativos.<sup>371</sup>

Segundo Roxin, da negação da ingerência decorre uma limitação insustentável dos *deberes del tráfico*. Exemplifica: Schünemann identifica que o dono de um cachorro, que, em um passeio sem coleira na rua, ataca um transeunte, possui um domínio constante sobre o animal. Assim, caso o proprietário deixe de chamar o cão, apesar da propensão dele em obedecer, a omissão será equiparável à comissão. Ocorre que, alterando a situação, se o sujeito age, mas o cão não responde, ele teria a obrigação de retirá-lo, fisicamente, de cima da vítima. Dizer que, na segunda conjectura, não havia domínio levaria a conclusões que, na visão de Roxin, seriam inadmissíveis, uma vez que permitiriam uma diferença de punibilidade irracional.<sup>372</sup> Diante dessa percepção sobre a negação, passa-se então a analisar o que esse autor indica sobre a ingerência em si.

## 2.2 Roxin e a ingerência

Roxin reconhece a posição de garantidor por ingerência, decorrente do controle sobre uma fonte de perigo.<sup>373</sup> Em oposição a Schünemann, Roxin reconhece o dever de garantidor decorrente da atuação prévia e entende que ele é compatível com o argumento do domínio. Isso

<sup>369</sup> Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se reproduza, só responde pelos atos já praticados.

<sup>370</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 153.

<sup>371</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 903.

<sup>372</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 904.

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. p. 15.

porque, para o autor, o critério, sem perder sua natureza fático-real, possui uma limitação normativa, resumida na ideia de que a resposta jurídica não pode se restringir somente a uma parte do processo causal. Assim, se existe uma obrigação de assegurar que as telhas da casa não caíam na cabeça de um transeunte, por uma racionalidade sistêmica, esse dever também tem de se estender às medidas de salvamento quando o perigo se concretiza, como, no caso, prestando socorro à vítima e propiciando o atendimento médico. Segundo Roxin, a solução contrária seria incongruente, em uma evidente contradição valorativa, uma vez que, a partir do momento em que se identifica uma possível imputação pelo acidente, seria inexplicável a ausência de responsabilidade diante da não evitação de um resultado mais grave, visto que o perigo não se exaure; em verdade, segue não só existindo, como aumentando.<sup>374</sup>

Roxin, contudo, considera que não é qualquer atuar prévio que poderá embasar a posição de garantidor por ingerência, porquanto avalia que o mero nexos causal, precário de valorações jurídico-penais, não pode fundamentar o dever especial de garantidor, o que, em sua opinião, retomaria as ultrapassadas teorias formais. Com efeito, somente admite a ingerência quando a conduta antecedente puder ser imputada ao sujeito. Logo, se se trata do caso de um sujeito que dirige um veículo e, em razão da violação de normas de cuidado atropela um transeunte, existirá, na opinião do autor, um dever de controle de não evitar maiores danos à vítima, pois, no caso, ao violar as regras de trânsito, incrementou-se o risco da ocorrência do resultado. Situação diversa é aquela em que o sujeito convida um amigo para ir a sua casa e, no caminho, este sofre um acidente. Apesar de causal, não existirá uma posição de garantidor.<sup>375</sup>

Nesse sentido, sendo o atuar precedente o elemento central da ingerência, Roxin importa sua teoria da imputação objetiva para essa posição de garantidor.<sup>376</sup> Em resumo, a ideia dessa teoria é que, para eventual responsabilização penal, não basta a causalidade; é preciso que o autor tenha criado um risco não permitido, que tenha se realizado no resultado abarcado pelo alcance da norma penal.<sup>377</sup>

---

<sup>374</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 903.

<sup>375</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 905.

<sup>376</sup> ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. p. 17.

<sup>377</sup> ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002. Por escolhas metodológicas, não se adentrará aos pormenores da teoria da imputação objetiva de. Sobre o tema, ver: COSTA, Victor. Crimes omissivos impróprios; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SIQUEIRA, Flávia. A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva. Revista Fórum de Ciências Criminais, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan/jul. 2016.; GRECO, Luís. La teoría de la imputación objetiva: una introducción. Puno: Zela, 2021; JAKOBS, Günther. La imputación objetiva em derecho penal. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996; ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Imputação objetiva. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Partindo dessa premissa, portanto, Roxin estabelece balizas para a configuração da ingerência. Em primeiro lugar, determina que só há posição de garantidor se a ação prévia cria um risco não permitido ou incrementa um já existente. Por esse motivo, o sujeito que convida um amigo para ir à sua casa não possui o dever de evitar o resultado, pois sequer incrementou o risco do acidente de trânsito.<sup>378</sup> Da mesma forma acontece se “A” empresta uma navalha a “B” que, imprevisivelmente, apunhala “V”. Ainda que “A” tenha fugido do local sem prestar socorro para salvar a vítima, a ele não poderá ser imputada eventual morte da vítima, pois a conduta antecedente (emprestar a arma) não é, à luz do princípio da confiança,<sup>379</sup> sequer culposa.<sup>380</sup> Igualmente, mantém-se dentro dos limites do risco permitido o motorista envolvido em um acidente de trânsito em que a vítima é a única responsável.<sup>381</sup>

Roxin também não reconhece a posição de garantidor por ingerência quando o risco criado pela ação prévia está somente no âmbito de responsabilidade exclusivo do indivíduo posto em perigo. É o caso de autocolocação em perigo da vítima, como o do sujeito que administra, com consentimento, drogas em outro, que vem a morrer de overdose, em razão do uso do entorpecente. Outro exemplo, considerado principal por Roxin, é o da parte de um processo, que, ao negar os fatos, causa o perjúrio de uma testemunha.<sup>382</sup>

A ingerência também é rechaçada por Roxin quando a conduta anterior é amparada pela legítima defesa.<sup>383</sup> Contudo, admite a posição de garantidor nos casos em que a ação prévia é condicionada pelo estado de necessidade, pois entende que a justificação está fundamentada na ponderação de interesses, de forma que o sujeito deve agir para impedir maiores danos à vítima.<sup>384</sup> Verifica, ainda, a posição do dever especial de evitar o resultado quando a conduta anterior, inicialmente alicerçada em alguma cláusula de exclusão da ilicitude, tenha efeitos permanentes, tendo, posteriormente, os pressupostos de justificação cessado. Assim, as autoridades públicas ambientais assumem, para o autor, a posição de garantidoras, quando finda uma autorização antes de acordo com o Direito.<sup>385</sup>

Para além das limitações ligadas à imputação objetiva, Roxin expõe que não há posição de garantidor por ingerência quando a conduta anterior é uma omissão, que, *per se*, é

<sup>378</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 907.

<sup>379</sup> Sobre o princípio da confiança, ver: SIQUEIRA, Flávia. O princípio da confiança no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>380</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 908.

<sup>381</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 909.

<sup>382</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 913-914.

<sup>383</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 915.

<sup>384</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 917.

<sup>385</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 918.

equiparável à omissão.<sup>386</sup> Assevera, ainda, que tanto a ação precedente culposa quanto a dolosa são aptas a fundamentarem a posição de garantidor. Entende Roxin que o sujeito que, sem dolo de matar, esfaqueia outro, deixando-o, em seguida, para morrer, responderá pelo crime pela lesão corporal com resultado morte, em concurso material, com homicídio doloso por omissão.<sup>387</sup> Não é essa, no entanto, a única posição existente, sendo necessário apontar a seguir a compreensão de Jakobs sobre o tema.

### 2.3 Jakobs e a ingerência

Jakobs entende que aos sujeitos, em sociedade, são impostos deveres de competência organizacionais e institucionais, fundamentados nos princípios de não causar danos a outrem ou de solidariedade, respectivamente. A ideia basilar daquele é que a liberdade individual encontra seus limites na esfera de competências alheias, de forma que são impostas obrigações — de atuar ou deixar de agir — ao titular de um âmbito de organização de configurar sua vida de modo a não gerar perigos aos demais indivíduos, assim como de se responsabilizar pelos seus próprios atos de competência.<sup>388</sup>

A ingerência, para Jakobs, está incluída nos deveres organizacionais, porquanto o autor considera que a conduta antecedente é um ato que está no âmbito de competências do sujeito, que, ao criar riscos a bens-jurídicos alheios, impõe a realização de medidas de asseguramento e de salvamento para evitar resultados lesivos.<sup>389</sup> A diferença e a extensão dessas obrigações são determinadas de acordo com o momento do curso causal, isto é, se este se encontra ainda na esfera de organização do sujeito (deveres de asseguramento) ou se já não se encontra mais nesse âmbito de competências, apesar de continuar a se desenvolver.<sup>390</sup>

Na ingerência, os deveres de asseguramento se equivalem àqueles de controle e vigilância de uma fonte de perigo. Isso porque, como a conduta é um ato de organização do sujeito, é ele quem terá que arcar com as responsabilidades dessa escolha de configuração. Incube a ele, portanto, garantir que os perigos criados por suas próprias ações não interfiram de forma lesiva na esfera alheia, assim como ocorre em relação às fontes de perigo a ele vinculadas.<sup>391</sup>

<sup>386</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 918.

<sup>387</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 919.

<sup>388</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 948-949.

<sup>389</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 974.

<sup>390</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 981.

<sup>391</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 974.

Nos deveres de salvamento, próprios da ingerência, a conduta antecedente perigosa criou um curso causal que não está mais na esfera de competências organizativas do sujeito, extrapolando-a, integrando-se ao âmbito de direitos da vítima ou de terceiros. O fundamento, nesse caso, está ligado não ao ato de organização em si, mas a suas consequências.<sup>392</sup> Jakobs assinala que tais deveres são mais restritos. A extensão do dever especial de agir em relação a resultados potenciais, quando o curso causal se desenvolve fora do âmbito de organização do sujeito, é limitada à ingerência, quando a conduta antecedente é contrária ao Direito ou cria um “risco especial”, como denomina o autor.

Jakobs concorda que não é toda ação prévia que cria um risco que é apto a fundamentar um dever de salvamento. Não obstante, julga que o âmbito da ingerência é demasiadamente reduzido no caso de se aceitarem apenas comportamentos antijurídicos, pois, para ele, as condutas realizadas em conformidade ao Direito, em certas circunstâncias, fundamentam o dever de salvamento.<sup>393</sup>

De acordo com o autor, é certo que toda ingerência antijurídica cria um dever de salvamento, nos termos por ele concebidos. Mas é possível que uma conduta precedente, no âmbito do risco permitido, origine esse dever. Segundo Jakobs, isso é possível somente quando a ação prévia cria um *risco especial* e a vítima tenha se comportado de acordo com as normas de cuidado que competem a ela. O conceito de risco especial na teoria de Jakobs é controverso. O autor o define como comportamentos que criam perigos maiores do que aqueles cotidianos, isto é, que extrapolam os riscos comuns da vida. Exemplos dessas condutas que apresentam esse perigo qualificado são, para Jakobs, o tráfico aéreo, a fabricação de produtos, os experimentos médicos, a utilização legal de venenos, explosivos, materiais radioativos e, até mesmo, a direção de veículos automotores.<sup>394</sup>

Observa-se que a definição de o que são, ou não, riscos especiais é de difícil aferição. É nesse sentido a crítica elaborada por Roxin, para quem a vagueza do conceito impede que ele seja utilizado como parâmetro jurídico-penal.<sup>395</sup> Em consonância com essa linha de pensamento, Bottini aponta que a concepção de Jakobs permite a extensão de deveres de salvamento a situações toleradas para o Direito, comuns à sociedade de riscos.<sup>396</sup> Igualmente, Tavares conclui que a ideia de riscos de alto grau de periculosidade não cumpre a função

<sup>392</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 981.

<sup>393</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 984.

<sup>394</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão. p. 14.

<sup>395</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 923.

<sup>396</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 157.

comunicativa da norma, na medida em que, em razão da sua indeterminação, não serve como orientação à atuação do sujeito.<sup>397</sup>

Dopico Gómez-Aller acrescenta que os deveres de salvamento vão de encontro à ideia de competência organizacional, pois não se identifica, naquele âmbito, a autonomia, que é o núcleo deste conceito. Para o espanhol, em verdade, não há qualquer extensão da esfera do sujeito, restando somente a obrigação de evitar danos decorrentes do próprio comportamento.<sup>398</sup> A seguir, as ideias de Dopico sobre o tema serão indicadas, em junção às de Silva Sánchez e Gimbernat Ordeig, por se referirem ao mesmo ordenamento jurídico.

#### **2.4 Silva Sánchez, Gimbernat Ordeig, Dopico Gómez-Aller e a ingerência**

Como destrinchado no primeiro capítulo, Silva Sánchez entende que a omissão imprópria se configura quando há uma identidade estrutural material entre o não agir e a ação típica. E essa igualdade ocorre quando o omitente se compromete de forma voluntária a integrar na sua esfera de organização determinados perigos a um bem-jurídico, assumindo o dever de atuar como uma “barreira de contenção” em relação aos riscos, adquirindo, por conseguinte, o domínio do curso causal. Seguindo esse raciocínio, Silva Sánchez considera que a maior parte dos casos de ingerência não são equiparáveis à comissão, porquanto falta esse compromisso voluntário, núcleo dessa construção dogmática.<sup>399</sup>

Assim, por exemplo, se o sujeito atropela de forma culposa um transeunte e deixa de prestar o devido socorro, o que causa a morte da vítima, não seria possível imputador o resultado típico ao omitente, por ausência desse compromisso voluntário de contenção de riscos no comportamento prévio fortuito ou imprudente.<sup>400</sup> Não obstante, o autor reconhece que o desvalor dessa conduta supera o da omissão própria, de forma que a enquadra como uma omissão pura de garante, pois o perigo é criado pelo sujeito e, assim sendo, ele possui uma posição jurídica diferente da de um terceiro alheio ao curso causal. Esse vínculo, para Silva Sánchez, é fundamentado na solidariedade qualificada, isto é, na competência institucional.<sup>401</sup>

Silva Sánchez, contudo, admite a posição de garantidor por ingerência, embora a restrinja aos seguintes casos: a) aqueles em que há conduta anterior culposa seguida de uma

<sup>397</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 372.

<sup>398</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em derecho penal. p. 477.

<sup>399</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 464.

<sup>400</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 345-346; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro: comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 41, n. 2, p. 561-574, mayo/agosto. 1988. p. 573.

<sup>401</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro. p. 573-574.

omissão dolosa enquanto o risco ainda se encontra na esfera organizativa do sujeito; e b) aqueles em que a ação prévia é, *per se*, ato de assunção voluntária de controle de determinados riscos que ameaçam.<sup>402</sup>

Para Silva Sánchez, o núcleo da ingerência é a interrupção de um curso causal salvador, que é dividida em classes pelo autor. Inicialmente, o curso causal salvador pode ser próprio ou alheio, sendo determinante, aqui, quem é o titular do processo salvador. Este, ainda, pode ser natural ou humano. Em relação a estes últimos, podem ser decompostos de acordo com a anuência do sujeito “salvador”, ou seja, se a descontinuação do curso causal ocorre contra ou de acordo com a vontade do titular. A partir dessa categorização, o autor busca indicar os fundamentos da imputação, a fim de determinar se se trata de uma realização típica comissiva, omissiva pura, ou omissão imprópria.<sup>403</sup>

Dentre tais subgrupos, é possível identificar a ingerência, a depender das circunstâncias específicas de alguma variante. Na interrupção de cursos causais próprios, há omissão imprópria, por ingerência, quando este ainda se encontra na fase de tentativa inacabada e o sujeito, dolosamente, abandona a conduta de salvamento, desde que, previamente, já houvesse a posição de garantidor. Apresenta como exemplo o caso em que o sujeito nada para salvar alguém que está afogando, mas, ao perceber se tratar de um inimigo, dá meia volta. Para Silva Sánchez, o início da conduta de salvamento não é suficiente para tornar alguém garante, pois considera absurda a ideia de que a negação de socorro, em qualquer hipótese, possa resultar na imputação do resultado por omissão imprópria. Dessa forma, na visão do autor, em regra, nessa situação configura-se somente uma omissão própria, a não ser que omitente tivesse um dever especial de evitar o resultado decorrente de uma relação de garantia antecedente.<sup>404</sup>

Reconhece, também, a ingerência quando a interrupção do curso causal salvador próprio ocorre no momento da tentativa acabada. Isso porque, nesses casos, a descontinuação acarreta um incremento do risco, de forma que, se for verificada a causalidade material, entre a interrupção e o resultado, tratar-se-ia de um crime comissivo; mas, se essa relação não existir, tal conduta transformará o sujeito em garante. Por exemplo, se “A” percebe que “B” está se afogando e vai prestar-lhe socorro, jogando em sua direção uma boia de salvamento, mas ao perceber que se trata de um desafeto, a recolhe antes que “B” consiga alcançá-la, a interrupção

---

<sup>402</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal. *In*: PROBLEMAS específicos de la aplicación del código penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 153-172. p. 164-166.

<sup>403</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 270.

<sup>404</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 275-276.

da conduta de salvamento, para Silva Sánchez, incrementa o risco e torna “A” garantidor, podendo a ele ser imputada a morte de “B” por omissão imprópria.<sup>405</sup>

No que tange à interrupção de cursos causais salvadores alheios, em oposição à doutrina majoritária, Silva Sánchez rechaça o caráter comissivo dessas condutas, compreendendo que elas possuem uma estrutura omissiva imprópria.<sup>406</sup> Com a desconstituição do processo salvador, o sujeito incrementou o risco ao bem-jurídico, o que, assim como ocorre nos cursos salvadores próprios de tentativa acabada, cria a posição de garantidor.<sup>407</sup>

Dopico Gómez-Aller aponta que um compromisso voluntário só possui relevância jurídica quando externado, pois é insignificante quando se mantém somente no âmbito interno do sujeito.<sup>408</sup> Entende, assim, que, na ingerência dolosa, na realização da conduta antecedente, a assunção é meramente psicológica e carece, portanto, de um elemento social para que se configure um compromisso de contenção de riscos.<sup>409</sup> Exemplifica: um matador profissional, ao intimidar um devedor para que lhe pague, começa a jogar o filho do inadimplente no ar, fingindo que vai deixá-lo cair, com a certeza que somente isso será suficiente para que o genitor quite a dívida. Contudo, diante da inércia do pai da criança, decide, de fato, deixar de segurar a criança, que vai ao chão e sofre lesões. Para Dopico Gómez-Aller, é forçado dizer que, durante a ação prévia, o matador se comprometeu, voluntariamente, a conter qualquer risco à criança.<sup>410</sup> Dessa forma, nas palavras do autor, “se se tratasse de um compromisso, seria um compromisso contra sua própria vontade de lesionar [...], o que mais se parece com a imposição de um dever e não, voluntariamente, assumido”.<sup>411</sup>

No que tange aos cursos causais salvadores, Dopico Gómez-Aller argumenta que as soluções apresentadas por Silva Sánchez se baseiam, em verdade, na causalidade mecânica da conduta de interruptiva, em dissonância com a estrutura material da omissão imprópria elaborada por ele, que rechaça a ideia de que os tipos penais exigem a causalidade material.<sup>412</sup> Para além, ressalta que, em grande parte dos casos, não há uma assunção voluntária de conter riscos ao bem-jurídico, mas uma intervenção ativa com a intenção de lesionar o bem-jurídico.<sup>413</sup>

<sup>405</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 277.

<sup>406</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 298.

<sup>407</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 299.

<sup>408</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 620.

<sup>409</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 621.

<sup>410</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 624.

<sup>411</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 636. Tradução nossa, no original: “Si se tratase de un compromiso, sería un compromiso contra su propia voluntad de lesionar (un compromiso forzoso, contrario a su voluntad, “wider Willen”), lo que más bien se parece a um dever impuesto y no voluntariamente asumido”.

<sup>412</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 632-633.

<sup>413</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 635.

Tavares, como visto, acolhe a divisão entre garantidores de proteção e vigilância, contudo, as conjuga com critérios formais, nos limites estabelecidos pela cláusula de equiparação brasileira. Em atenção ao disposto no art. 13, §2º, alínea “c”, portanto, reconhece a ingerência, enquadrando-a no âmbito das fontes de perigo.<sup>414</sup> Tavares, contudo, entende que a norma é demasiadamente ampla, de forma que, para evitar uma responsabilidade penal objetiva típica, em conformidade com o sistema cível do *versari in re illicita*, exigem-se algumas “correções”.<sup>415</sup>

Gimbernat Ordeig, por sua vez, não coaduna com a ideia de fundamentar a imputação do resultado em um mero agir precedente.<sup>416</sup> Para o espanhol, a ingerência permite fundamentar, ou não, qualquer solução desejada, o que fica claro nas discussões em torno da responsabilidade penal pelo produto.<sup>417</sup> Contudo, o autor não a nega, reconhecendo-a ao longo da sua exposição.<sup>418</sup>

Em consonância com sua teoria restritiva, entende que a ingerência somente se aplica aos casos em que, com sua ação precedente, o sujeito cria/desequilibra a fonte de perigo e, posteriormente, omite uma medida de cuidado voltada ao controle dessa fonte de perigo, isto é, deixa de observar deveres de asseguramento. Apesar de se referir a “deveres de salvamento”, as obrigações que ele assim denomina diferem do conceito definido nesta dissertação de mestrado, que é incompatível com as premissas determinadas pela teoria por ele elaborada.<sup>419</sup>

Merece destaque, também, o posicionamento de Dopico Gómez-Aller. Em sua extensa obra sobre a ingerência, ele conclui que os crimes omissivos não são meramente a não evitação de um dever especial de agir. Para o espanhol, em verdade, deve-se buscar um elemento normativo comum a todas as formas de comportamento que justifiquem um resultado típico único, pois entende que as teorias do dever formal e da posição de garantidor esbarram, ainda, no dogma causal.<sup>420</sup> E esse critério, segundo o autor, é a gestão exclusiva de um âmbito de autonomia.

A liberdade individual é reconhecida pelo ordenamento jurídico, que também impõe atribuições específicas a cada sujeito, para assegurar que a interação social se dê da forma mais pacífica possível.<sup>421</sup> Com efeito, o que fundamenta a imputação do resultado típico a uma

<sup>414</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 332.

<sup>415</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 333.

<sup>416</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 556.

<sup>417</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. 2. ed. Madrid: IBdeF, 2013. p. 276.

<sup>418</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 142-143.

<sup>419</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em derecho penal. p. 557.

<sup>420</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 690.

<sup>421</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 749.

conduta, seja ela omissiva ou ativa, é a gestão exclusiva do âmbito de organização atribuído a cada um. Em outras palavras, o processo de imputação jurídico-penal se encontra na responsabilidade decorrente do uso da autonomia individual.<sup>422</sup>

Dopico Gómez-Aller destaca que o corpo é apenas um pressuposto desse âmbito de competência, uma vez que é a partir dele que se concretiza o ato de organização.<sup>423</sup> Não obstante, a esfera de gestão não se resume à estrutura física do sujeito, mas abarca, também, todos os objetos, materiais ou não, sob os quais ele exerce um controle exclusivo, como máquinas, animais, atividades, entre outros.<sup>424</sup>

À vista desse princípio orientador, Dopico Gómez-Aller identifica, na ingerência, deveres de asseguramento e de salvamento, aquele representa a gestão de um risco, enquanto este, a sua revogação. Nas palavras do autor, há uma situação de asseguramento quando, em um exercício mental, ao excluir a fonte de perigo, com ela desaparece, também, o resultado lesivo. No salvamento, por outro lado, o controle do risco não é eficaz para impedir a concretização do dano ao bem-jurídico.<sup>425</sup>

No âmbito dos deveres de asseguramento, a ingerência se dá tanto quando o omitente ativou ou desencadeou uma fonte de perigo que está em sua esfera de organização — e, portanto, deverá intervir para que ela não cause lesões aos bens-jurídicos alheios —, como também na usurpação de um foco de perigo ou da esfera de proteção da vítima. Exemplifica: o sujeito rouba um carro e, após, percebe que dentro do veículo há um cão feroz, de forma que deverá assegurar que o animal não interfira no âmbito de competência de terceiros.<sup>426</sup>

Dopico Gómez-Aller, contudo, entende que a violação a deveres de salvamento não acarreta a imputação penal do resultado por omissão imprópria. Para o autor, não há, nesse segundo momento, um âmbito de gestão exclusiva do sujeito. Ao contrário, exige-se a prática de condutas que qualquer um pode realizar. Segundo o espanhol, esses são deveres derivados da obrigação principal (asseguramento) e não encontram amparo na competência organizativa, de forma que a imputação decorreria, necessariamente, apenas da relação causal entre a conduta anterior e o resultado.<sup>427</sup>

---

<sup>422</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 740-741.

<sup>423</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 742.

<sup>424</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 745.

<sup>425</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia en derecho penal. p. 745.

<sup>426</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e Injerencia en derecho penal. p. 790.

<sup>427</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e Injerencia en derecho penal. p. 777.

Nesse ponto, é importante assinalar que o Código Penal Espanhol prevê um tipo penal de omissão de socorro qualificada (195.3)<sup>428</sup> no caso de violação dos deveres de salvamento. Assim, com base nessa disposição legal, Dopico Gómez-Aller aponta que a infração a essas obrigações não representa um crime de omissão imprópria. Ao contrário, no caso de uma ação prévia culposa, o sujeito responderá pelo delito pertinente, caso tipificado, em concurso material com o que dispõe o art. 195.3.<sup>429</sup>

Dopico Gómez-Aller, todavia, reconhece uma ingerência típica no caso de violação de deveres de salvamento quando o sujeito, com sua conduta anterior, usurpa o âmbito de proteção da vítima, porquanto verifica, nesses casos, um ato de gestão. Por exemplo, se “A” atropela uma criança, e, posteriormente, “B” a tranca em sua garagem, sabendo da gravidade dos ferimentos, e não fornece o atendimento médico adequado, a ele (B) será imputado o resultado morte, por ingerência. E isso porque “B” usurpa, de forma consciente, o âmbito de proteção da vítima, tornando-se obrigado, também, a observar os deveres de salvamento.<sup>430</sup>

Entre nós, Bottini rechaça a ideia de exclusividade do âmbito de organização a que se refere Dopico Gómez-Aller, por considerar que, nos deveres de asseguramento, é possível que terceiros também tenham a capacidade de realizar o controle do risco, mas não são garantidores. É o caso de um cachorro que foge em razão de um descuido do dono que deixou a porta aberta e ataca uma criança. Ainda que existam terceiros no entorno, com a capacidade de cessar o ataque, o dever especial é apenas do proprietário. Igualmente, nos deveres de salvamento, Bottini, como visto, reconhece uma relação normativa especial entre o omitente e o resultado (violação da norma de cuidado).<sup>431</sup> Por fim, devem ser abordadas as visões de Juarez Tavares e Pierpaolo Bottini.

## 2.5 Juarez Tavares, Pierpaolo Bottini e a ingerência

Tavares considera que a retificação basilar é compreender a ingerência sob a perspectiva do critério do domínio sobre o fundamento do resultado, em consonância com o que defendem Schünemann e Roxin. Isso porque, para o brasileiro, somente é possível atribuir o resultado lesivo ao sujeito caso ele detenha o domínio das fontes de perigo (estáticas e dinâmicas) e

<sup>428</sup> 195.3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

<sup>429</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e Injerencia en derecho penal. p. 784.

<sup>430</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e Injerencia en derecho penal. p. 795.

<sup>431</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 161-162.

tenham o poder de evitar o deslinde do curso causal, porquanto, na opinião do autor, o contrário acarretaria um processo de imputação fundamentado, meramente, no movimento corporal.<sup>432</sup>

As “correções necessárias” apontadas por Tavares não se exaurem com o critério do domínio sobre o fundamento do resultado. Para o autor, é preciso submeter a ingerência a outras restrições referentes ao processo de imputação, em semelhança, pois, com o posicionamento de Roxin, que submete a ingerência aos pressupostos da imputação objetiva.<sup>433</sup>

A primeira limitação refere-se à causalidade. De acordo com Tavares, é preciso que a ação prévia tenha sido realizada, diretamente, pelo sujeito ou que ele tenha assumido o controle do processo causal quando a conduta tenha sido praticada por um terceiro. A ideia é afastar da ingerência problemas relacionados ao regresso ao infinito. Assim, se um indivíduo põe fogo no celeiro de sua propriedade, sem verificar se um empregado seu ali dormia, será considerado garantidor por ingerência. Contudo, se o fogo não tiver sido provocado por ele, não é possível imputar o resultado por omissão imprópria, pois o dever especial de agir não pode ser atribuído somente em razão de o sujeito ter adquirido o imóvel. De forma similar, se o carnavalesco guarda fogos de artifício em sua residência, não observando as normas de cuidado, e um terceiro retira do local e guarda o material em outro cômodo da casa, onde eles explodem e lesionam outras pessoas, o carnavalesco não é garantidor, porquanto um terceiro assumiu para o curso causal lesivo.<sup>434</sup>

A segunda restrição sustentada por Tavares é relacionada à natureza do risco criado. Para o autor, para além da necessidade de a conduta antecedente ser antijurídica, é indispensável a observação dos critérios da imputação objetiva, em atenção a um processo de comunicação no âmbito da norma mandamental. Com efeito, na ingerência, a ação prévia não poderá se manter no âmbito do risco permitido e, assim, não serão aptas a configurar essa posição de garantidor as condutas realizadas de acordo com as normas de cuidado exigidas, as que não incrementem um risco já existente e nem aquelas em que — apesar de terem sido praticadas em desacordo com o direito, quando, pelo princípio da confiança — exista a convicção de que o risco não será aumentado, o que é o caso das ações neutras.<sup>435</sup>

Igualmente, não será configurada a ingerência se a conduta antecedente não extrapolar, de forma substancial, o risco habitual. Assim, por exemplo, se o sujeito serve uma taça de vinho a outrem que está armado, não pode ser considerado garantidor se este indivíduo, por influência

---

<sup>432</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 333.

<sup>433</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 333.

<sup>434</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 334.

<sup>435</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 336.

do álcool, atirar em um terceiro, que vem a falecer. Isso porque, socialmente, sabe-se, pela experiência da vida, que uma taça de vinho, usualmente, não é suficiente para desencadear uma alteração psíquica-comportamental. Todavia, se pelas características do caso concreto, for averiguado um excesso do risco em relação ao habitual, estará configurada a posição de garantidor por ingerência.<sup>436</sup>

É preciso, também, para Tavares, o risco se exaurir no resultado, de forma que este somente será imputado ao omitente se for verificado que, sem a realização da conduta antecedente, a lesão ao bem-jurídico não teria ocorrido. Caso contrário, estará afastada, de plano, a posição de garantidor por ingerência, ainda que a ação prévia tenha se traduzido em um injusto.<sup>437</sup>

Esse risco criado pela conduta antecedente deve estar dentro do alcance da norma violada, isto é, tanto a ação prévia quanto a omissão posterior devem ter o mesmo objeto. Exemplifica: se um bancário deixa a porta do cofre aberta, o que faz com que o gerente tenha que ir fechá-la e, devido a sua pressa, este cai da escada, não há de se falar em posição de garante por ingerência do funcionário, pois o dever imposto era de vigilância/controle sobre o cofre e não sobre a integridade física do gerente.<sup>438</sup>

Por fim, Tavares aponta duas restrições: (i) que a conduta anterior não esteja no âmbito de responsabilidade da vítima, em primazia do princípio da autorresponsabilidade;<sup>439</sup> e (ii) não haverá posição de garantidor por ingerência se a ação prévia estiver amparada na legítima defesa, no estado de necessidade agressivo e no exercício regular do direito ou no estrito cumprimento do dever legal no que se refere ao bem-jurídico afetado por essa conduta.<sup>440</sup>

Também entre nós, Bottini entende que a ingerência é uma omissão derivada de riscos próprios.<sup>441</sup> Isso porque, com sua conduta anterior, o sujeito cria um risco ao bem-jurídico, penalmente, tutelado, originando uma obrigação de controlar o processo causal, para que o

---

<sup>436</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 337.

<sup>437</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 337.

<sup>438</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 338.

<sup>439</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 340.

<sup>440</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 341-342.

<sup>441</sup> Bottini classifica as omissões penalmente relevantes entre aquelas derivadas de riscos próprios e alheios. Aqueles são fundamentadas na violação aos deveres de organização, em dissonância com o princípio do *neminem laedere*, de forma que o desvalor é igual ao da conduta ativa. Estes, por sua vez, amparam-se no princípio de solidariedade, que impõe à determinados sujeitos um dever de proteção e vigilância pautados pelas relações de convivência social, que, por não terem o mesmo desvalor da comissão, são equiparados à ação típica por uma escolha legislativa, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, estes seriam a lei e a assunção. Ver: Item 1.1.3.3, supra.

resultado lesivo não venha a ocorrer, ou de salvamento, a fim de inibir a concretização de danos ainda maiores advindos desse desencadeamento.<sup>442</sup>

A equiparação entre a omissão e ação típica fundamenta-se, nesse caso, na violação ao dever de não lesar (*neminem laedere*), uma vez que há uma falha na gestão da esfera de competências do sujeito, que vem a interferir no âmbito de organização alheio. Bottini ressalta que essa equivalência se ampara, ademais, na confiança social de que aquele que criou um risco não permitido atuará para estabilizá-lo. Contudo, o autor deixa claro que a relevância penal do comportamento omissivo não está na ofensa ao princípio da solidariedade, mas, sim, na ingerência arbitrária no espaço de terceiros, em desconsideração do outro como sujeito de direitos.<sup>443</sup>

A omissão oriunda de riscos próprios é relevante sob a ótica jurídico-penal quando seu desvalor é autônomo ao da ação prévia, o que ocorre quando a inatividade é a responsável pela transformação do risco permitido em não permitido ou no caso da alteração do elemento subjetivo entre a conduta antecedente e a omissão posterior. Exemplifica: se o sujeito dirige um automóvel seguindo todas as normas de cuidados, mas, ao identificar que seu inimigo está atravessando a rua, deixa de frear, para atropelá-lo, o comportamento ativo (conduzir o veículo) cria um risco permitido, sendo a omissão posterior a responsável por transformá-lo em um perigo não permitido. Por outro lado, se um motorista está dirigindo em alta velocidade e, por acidente, atropela um transeunte, deixando de prestar o devido socorro ao perceber se tratar a vítima de um desafeto seu, há uma alteração subjetiva do processo de imputação. Segundo Bottini, essas situações hipotéticas refutam a ideia de que a ingerência não possui um desvalor equiparável ao da comissão, porquanto o risco criado pela conduta antecedente é mantido ou transformado qualitativamente pela omissão, que se apresenta como condição negativa do resultado.<sup>444</sup>

Da análise da cláusula de equiparação prevista no Código Penal brasileiro, Bottini assevera que, ao estabelecer que o dever de agir cabe a quem “com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado”, o legislador restringiu a ingerência aos casos em que há uma conduta ativa prévia por parte do omitente. Exige-se, portanto, um movimento corporal voluntário por parte do sujeito. Frisa-se que isso não significa a exigência de dolo ou culpa, mas

---

<sup>442</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 162.

<sup>443</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 163.

<sup>444</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 164-165.

somente exclui do âmbito de incidência da norma os comportamentos involuntários, como, por exemplo, quando o corpo do sujeito é utilizado como um objeto.<sup>445</sup>

Para o autor brasileiro, a imposição de uma conduta ativa não recai em uma imputação, meramente, causal do resultado, pois a tal processo serão, necessariamente, atrelados elementos normativos no que tange a criação, manutenção e transformação do risco. Nesse sentido, em uma remissão ao paradigmático caso da Boate Kiss, Bottini identifica que a conduta anterior criadora do risco não é a omissão de adquirir os equipamentos de segurança, mas abrir a casa de show em desacordo com as regras de segurança.<sup>446</sup> Retomando o exemplo utilizado por Roxin, Bottini constata que o dono da casa é garante por ingerência se convidar um amigo para ir até sua casa, sem informar sobre eventuais perigos. Não obstante, no caso de uma telha que cai em um transeunte, o proprietário não será garante em razão do dever de vigilância sobre uma fonte de perigo e, sim, por assunção ou em decorrência de um ato normativo, sendo que o Código Civil brasileiro<sup>447</sup> dispõe sobre as obrigações de o dono de um edifício responder pelos danos causados pela ausência de manutenção.<sup>448</sup>

Bottini destaca que a criação do risco pela ação antecedente dará origem a dois tipos de deveres: os de controle e os de salvamento. Aqueles existem quando o risco ainda integra a esfera de organização do sujeito e, por conseguinte, mantém-se sob seu controle, impondo-lhe a obrigação de mantê-lo dentro dos limites do risco permitido. Estes, por outro lado, têm origem quando o risco sai do âmbito de domínio do omitente ou produz um curso causal autônomo.<sup>449</sup>

Os deveres de controle, para Bottini, não exigem que a conduta antecedente tenha sido contrária às normas de cuidado.<sup>450</sup> Como o risco ainda está sob o domínio do sujeito, também existe um controle do curso causal, de forma que, nas palavras do autor, eles se confundem.<sup>451</sup> Por conseguinte, o ordenamento jurídico impõe ao garantidor tanto a obrigação de agir para que o risco se mantenha nos limites do permitido quanto o de reconduzi-lo ao âmbito do tolerado, de forma que a ingerência se concretiza ainda que a ação prévia tenha sido realizada em consonância com o direito.<sup>452</sup>

---

<sup>445</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 166-167.

<sup>446</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 168.

<sup>447</sup> Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta; Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

<sup>448</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 169.

<sup>449</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 175-176.

<sup>450</sup> Bottini entende que um risco não permitido existe quando não são observadas as normas de cuidado. E “tais normas têm por fonte (i) normas e atos administrativos institucionalizados; (ii) regras técnicas profissionais; (iii) deveres gerais de cautela”. Ver: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 180-188.

<sup>451</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 193.

<sup>452</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 177.

Nesse sentido, se, em uma fábrica, um funcionário é responsável por ligar uma máquina e supervisioná-la, poderá responder por eventuais lesões decorrentes da explosão do equipamento, caso tenha percebido, ao longo do dia, o superaquecimento, não tendo tomado as medidas de cuidado necessárias para evitar que o risco criado se transformasse em não permitido. Da mesma forma, é garantidor por ingerência o supervisor de uma obra que, por desatenção às normas de cuidado cabíveis, determina o início de uma construção com falhas estruturais e a mantém após tomar ciência do problema.<sup>453</sup>

Os deveres de salvamento, contudo, apenas têm origem diante de uma conduta anterior contrária ao direito. Para Bottini, a partir do momento que o risco criado se desvincula do âmbito de domínio do sujeito, a obrigação de evitar o desencadeamento do novo curso causal deve se amparar em um liame normativo, sendo insuficiente a relação causal, sob um viés meramente naturalista. Com efeito, o autor entende que o elemento que torna o desvalor dessa omissão equiparável ao da comissão é o fato de a conduta antecedente ter criado um risco não permitido.<sup>454</sup>

Isso se justifica por não ser exigido que os indivíduos organizem suas esferas de competência para evitar perigos que são tolerados pelo direito. A ausência de um elemento normativo de limitação do âmbito de incidência da ingerência — a violação à norma de cuidado — acarreta, segundo Bottini, conclusões desproporcionais e inadequadas, tanto de um ponto de vista dogmático como político criminal.<sup>455</sup> Por exemplo, ao aceitar que a criação de um risco permitido como fundamento de deveres de salvamento, o anfitrião de uma festa seria considerado garante de todos os cursos causais lesivos de acontecessem no evento. Assim, se esse sujeito deixa de prestar socorro a um convidado que, não sabendo nadar, caiu na piscina, poderia ser responsabilizado pela prática de homicídio, caso presentes no caso os demais requisitos do processo de imputação.<sup>456</sup>

Bottini destaca ainda o seguinte exemplo: um limpador de janela deixa cair uma janela em um transeunte e, em vez de prestar-lhe socorro, foge para evitar qualquer responsabilidade. A resposta jurídico-penal seria, praticamente, a mesma caso o sujeito tivesse observado todas as normas de cuidado ou deixado de tomar as medidas de segurança cabíveis. Em ambos os casos, o limpador responderia pelo crime de homicídio culposo, previsto no art. 121, §4º, do CP, a única diferença seria eventual aplicação de alguma agravante.<sup>457</sup>

---

<sup>453</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 178.

<sup>454</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 193-194.

<sup>455</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 196.

<sup>456</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 195.

<sup>457</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 197.

Em linhas gerais, portanto, Bottini reconhece a ingerência como uma omissão derivada de riscos próprios, impondo ao sujeito deveres de controle e de salvamento. No primeiro caso, a conduta antecedente pode ser contrária, ou não, às normas de cuidado exigidas para a situação concreta. Isso porque, nesses casos, o perigo ainda faz parte da esfera de competência do sujeito, que detém o dever de organizá-la de forma a não permitir que o risco se torne proibido ou de conduzi-lo de volta aos limites do tolerado pelo direito. No segundo, todavia, como o risco inicial sai da esfera do omitente, ocasionando um novo curso causal, exige-se que a conduta antecedente tenha sido contrária às normas de cuidado, pois, ao contrário, inexisteria um limite normativo, mas tão somente um liame causal, que pode fundamentar a equiparação da omissão à conduta comissiva.

## 2.6 A ingerência no ordenamento jurídico brasileiro

Da análise das construções dogmáticas, é possível observar que, apesar das diferentes abordagens, não há dúvidas de que, ao sujeito que criou um risco não permitido, é imposto deveres de asseguramento, independentemente do fundamento de equiparação utilizado.<sup>458</sup> A questão principal, como ressalta Roxin, é compreender se a omissão de um dever de salvamento possui um desvalor superior à infração dos deveres de solidariedade, refletidos dos delitos de omissão própria. O que se indaga, nesses casos, é se a ação prévia causal pode fundamentar a imputação do resultado diante dos critérios atuais de fundamentação material da omissão imprópria.<sup>459</sup>

A doutrina, com visto, divide-se entre aqueles que entendem que a infração aos deveres de salvamento não é equiparável, em termos de desvalor, à comissão típica. Em regra, esses autores partem do pressuposto de que, nesses casos, o único elemento que interliga a conduta antecedente ao resultado é o nexo causal, que se mostrou insuficiente para embasar a omissão imprópria (item 1.1.1, *supra*). Schünemann, por exemplo, defende que, nesse segundo momento, o curso causal sai do âmbito de domínio do sujeito, de forma que esse controle existe apenas de forma potencial. Para o alemão, existe somente uma possibilidade de agir equivalente à de qualquer outro indivíduo (item 2.1, *supra*). Nesse sentido, ainda que com base em outro fundamento, tanto Dopico Gómez-Aller quanto Sylva Sánchez rechaçam os deveres de

---

<sup>458</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 851.

<sup>459</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 901.

salvamento. E outro não poderia ser o entendimento desses autores. Isso porque o ordenamento jurídico espanhol reconhece a violação aos deveres de salvamento como omissão de socorro qualificada (item 2.4, *supra*).<sup>460</sup>

Há, também, aqueles que defendem que a omissão da conduta de salvamento é equiparável à ação típica. É esse o posicionamento de Roxin e de Jakobs. Apesar das diferenças conceituais, os autores alemães sustentam que o dever de agir se estende aos resultados potenciais quando o perigo se concretiza, porquanto, normativamente, a resposta jurídica não pode se limitar a apenas uma das partes do processo causal (item 2.2 e 2.3, *supra*). Entre nós, Tavares e Bottini coadunam com essa opinião (item 2.5, *supra*).

Ao que parece, os deveres de salvamento, próprios da ingerência, são equiparáveis ao desvalor da ação típica. A relação entre a conduta que criou o risco e o resultado não é, meramente, causal. Existe, em verdade, um elo normativo, decorrente da má gestão do âmbito de organização próprio. Ainda que o risco tenha saído da esfera do omitente ou tenha criado um curso causal autônomo, o dever de agir se estende, por exigência do princípio do *neminem laedere*. Não subsiste a argumentação de que, nesse momento do curso causal, o omitente se encontra na mesma posição jurídica de qualquer outro interveniente. Isso porque, conforme expõe Bottini, existe uma confiança social de que o sujeito que criou o risco atuará para que ele não se concretize em lesões ou danos ao bem-jurídico alheios.<sup>461</sup>

E esse entendimento é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, revelam-se coerentes as considerações de Bottini. Para o autor, a legislação pátria reconhece que a infração dos deveres de salvamento poderá fundamentar tanto a imputação do resultado por omissão imprópria dolosa quanto o crime culposo agravado pela omissão de socorro, sendo a diferença entre as duas hipóteses, meramente, subjetiva. É o caso do paradigmático exemplo do motorista que, atuando contrário às normas de cuidado, atropela um transeunte e, em vez de prestar o devido socorro, foge do local. Bottini afirma, com razão, que o sujeito responderá pelo crime de homicídio culposo agravado pela omissão de socorro (art. 121, §4º, do CP) somente quando a omissão posterior for culposa. Se o motorista deixa de prestar assistência à vítima, sabendo que é quase impossível que ela seja salva por outro, ele responderá por homicídio doloso. Bottini defende, também, que o art. 14, II, do CP deixa claro que aquele que omitir a

---

<sup>460</sup> Em sentido contrário, Juan Carlos Carbonell Mateu defende que a disposição do art. 195.3 se limita aos casos em que a omissão posterior não é determinante para o resultado (MATEU, Juan Carlos Carbonell. La equivalencia significativa en la Comisión por omisión. Cuadernos de política criminal, n. 113, t. II, p. 5-43, sept. 2014. p. 38-39.

<sup>461</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 163.

conduta de salvamento devida responderá pela tentativa, caso o resultado não se concretize em razão da intervenção da outrem no processo causal.<sup>462</sup>

Não obstante, à vista de uma racionalidade sistêmica, a posição de garantidor por ingerência deve se limitar às hipóteses em que a conduta anterior é contrária ao Direito, sob uma perspectiva *ex-ante*.<sup>463</sup> Anteriormente, concluiu-se que o fundamento material da equiparação entre ação e omissão está na má gestão de uma esfera jurídica de competências (item 1.2, *supra*). Essa organização deve ser realizada de acordo com as normas de conduta impostas pelo ordenamento, que estabelece os comportamentos proibidos e, também, os permitidos, dentre os quais se incluem, por óbvio, aqueles que são, em si, perigosos mas tolerados pela sociedade.<sup>464</sup>

Feitas tais considerações, no próximo capítulo, será abordada a problemática em torno da responsabilidade penal pelo produto defeituoso, para tentar responder se o fabricante possui o dever de agir, ainda que a nocividade tenha se tornado conhecida após a inserção no mercado, e os limites dessa obrigação.

---

<sup>462</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 212-214.

<sup>463</sup> Nesse sentido: BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 203; BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. p. 72; ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 905. TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 336. Em sentido oposto: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamentos y limites del deber de garantia del empresario. p. 212; JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 984.

<sup>464</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Omisión e injerencia em Derecho Penal. p. 750. Nesse mesmo sentido: LEITE, André Lamas. As posições de garantia na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 281.

### 3 RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA DO FABRICANTE PELOS PRODUTOS DEFEITUOSOS INTRODUZIDOS CORRETAMENTE NO MERCADO

A reponsabilidade penal do fabricante pelos danos causados pelos defeitos de um produto em circulação no mercado tem enquadramentos diferentes de acordo com o recorte temporal em perspectiva. Em um primeiro momento, em regra, o bem de consumo é disponibilizado aos usuários sem que sua periculosidade seja de conhecimento dos integrantes da cadeia de produção, por cumprirem, em tese, os requisitos administrativos e regulamentares. A existência da nocividade da mercadoria se torna aferível somente com o decorrer do tempo, à medida em que as notícias de lesões derivadas do uso adequado do produto são descobertas.

É a partir daí que surge a problemática em torno da existência, ou não, da obrigação do dever do fabricante de evitar resultados danosos à saúde e à integridade física dos consumidores (deveres de salvamento), com fundamento no art. 13, §2º, alínea “a”, do Código Penal, isto é, na ingerência.<sup>465</sup> Questiona-se, nesse ponto, se, quando a nocividade se torna notória, a omissão em evitar lesões posteriores, por deixar de retirar o produto do mercado ou de advertir as autoridades e os consumidores periculosidade do produto, poderá fundamentar a imputação do resultado danoso (lesão corporal e homicídio) aos fabricantes.

Há duas condutas a serem analisadas: uma comissiva, referente à produção de um produto eivado de vícios, e uma omissiva, relativa à violação do *dever especial de agir*. É o desvalor desta, equiparado ao da ação típica, que legitima a imputação dos crimes contra a vida e a integridade física ao fabricante.

O Código Penal brasileiro determina, expressamente, que incumbirá o dever de agir a quem “com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado”. Todavia, o texto da lei — equivalente ao próprio conceito doutrinário da ingerência — apresenta incertezas que prejudicam a compreensão dos exatos limites dogmáticos da omissão imprópria, o que reflete na dificuldade em determinar a posição de garantidor do fabricante.<sup>466</sup>

Nos dois capítulos anteriores, buscou-se compreender o fundamento material da omissão imprópria, assim como os pressupostos estruturais da ingerência. Para a resposta ao problema posto, resta compreender, essencialmente, dois aspectos: (i) entender em que

<sup>465</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto em derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 159.

<sup>466</sup> SARRABAYROUSE, Eugenio C. Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 53-92, mar./abr. 2010. p. 81.

circunstâncias a fabricação de um produto defeituoso poderá ensejar o dever de agir embasado na ingerência, ou seja, quando poderá ser considerado que “com seu comportamento anterior criou o risco de ocorrência do resultado”; (ii) a extensão do dever de agir, especificamente se deixar de realizar o *recall* e/ou advertir as autoridades e os consumidores do defeito representa a violação ao dever de garantidor.

Antes de adentrar nessas questões, contudo, será apresentada a política nacional de proteção às relações de consumo, para compreender os deveres impostos ao fabricante pelo ordenamento e os contos da tutela penal.

### 3.1 A proteção das relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito.<sup>467</sup> E a defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, adentra no ordenamento jurídico para assegurar, no que lhe concerne, essa existência digna do indivíduo.<sup>468</sup> É sob essa perspectiva que o legislador originário determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), a que se acrescenta a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, imposta pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).<sup>469</sup> Trata-se, nesse sentido, de norma programática e imperativa, inserida como garantia desse postulado, como objetivo de salvaguardar a pessoa humana, como valor em si mesmo, no âmbito da sociedade de riscos.<sup>470</sup>

Não à toa, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), ao estabelecer a Política Nacional das Relações de Consumo, constitui como vetor o atendimento às necessidades, à dignidade, à saúde e à segurança e à proteção dos interesses econômicos dos

---

<sup>467</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>468</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor.

<sup>469</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>470</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 1186-1201. p. 1192-1193.

consumidores (art. 4º, *caput*, do CDC<sup>471</sup>).<sup>472</sup> Com efeito, nesse viés, essa sistemática promove a integral proteção desses sujeitos, o que inclui a defesa — cível, administrativa e penal — em relação aos produtos perigosos ou nocivos, considerado como direito básico do destinatário final dessas mercadorias.<sup>473</sup>

Para tanto, impõe-se aos fornecedores o dever de assegurar que as mercadorias não representem riscos superiores àqueles inerentes à sua natureza. Não são poucos os dispositivos legais que tratam do tema. Para além das normas já referenciadas, o art. 8º, *caput*, do CDC, prevê que: “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito”. Igualmente, o art. 10 do CDC dispõe que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança”.

Desses dispositivos depreende-se a responsabilidade dos fornecedores em relação às mercadorias, potencialmente, danosas (à saúde e à segurança), por eles fabricadas, montadas, criadas, construídas, transformadas, importadas, exportadas, distribuídas ou comercializadas. Essa incumbência se verifica tanto na esfera cível e administrativa quanto na penal, seguindo a lógica da proteção integral proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A tutela penal das relações de consumo, contudo, é marcada por uma atecnia legislativa e uma política-criminal equivocada.<sup>474</sup> De um lado, destaca-se a criminalização desnecessária ou de condutas sem a devida “dignidade penal”<sup>475</sup>, isto é, que poderiam ser objeto de outras

<sup>471</sup> Art. 4º, *caput*, do CDC. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo [...].

<sup>472</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. p. 1193.

<sup>473</sup> Art. 6º do CDC: São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

<sup>474</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da proteção ao consumidor. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 80-90. jul./set. 1995. p. 80; SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou impróprios para consumo. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLO, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v.1, p. 211-237. p. 216; WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as consequências dos “tropeços do legislador”. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (coord.). Experiências do Direito. Campinas: Millennium, 2005. p. 381-415. p. 387.

<sup>475</sup> Expressão utilizada por WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo. p. 387.

áreas do direito, como as previstas nos arts. 72, 73 e 74 do CDC,<sup>476</sup> em dissonância com os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.<sup>477</sup> Por outro, sobressai a indeterminação dos tipos penais.<sup>478</sup>

No que nos interessa neste trabalho, nota-se que o art. 62 do CDC tipificava as condutas (dolosas ou culposas) de “colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios [...]”, cujas penas seriam aplicadas sem prejuízo aos delitos correspondentes à lesão corporal e à morte (§1º). Essa norma, contudo, foi vetada pelo Presidente da República, por violação ao princípio da legalidade.<sup>479</sup>

Não obstante, por meio da Lei n. 8.137/90, que definiu os crimes contra as relações de consumo, passou-se a punir uma conduta muito similar e, igualmente, problemática: “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer outra forma, entregar matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo”. Não é difícil perceber que a redação desse tipo penal mantém a indeterminação daquele vetado no CDC, em violação ao princípio da legalidade, porquanto o conceito de mercadorias “impróprias para consumo”, assim como o de “produtos ou serviços impróprios”, é de difícil apreensão.<sup>480</sup>

Não se ignora que o art. 18, §6º, do CDC apresenta a definição do termo, motivo pelo qual parte da doutrina, assim como a jurisprudência caracterizam esse tipo como uma norma penal em branco.<sup>481</sup> De acordo com essa disposição, são impróprios para consumo os produtos cujos (i) prazos de validade estejam vencidos; (ii) aqueles deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigoso ou, ainda, em descordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; (iii) aqueles que por qualquer motivo se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Não obstante, ao que parece, essa definição do CDC não resolve o problema. Isso porque é demasiadamente abstrata, de forma que estende o âmbito de incidência da intervenção

---

<sup>476</sup> Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastro, banco de dados, fichas e registros. Pena: detenção de seis meses a um ano e multa; Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata. Pena: detenção de um a seis meses ou multa; Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo. Pena: detenção de um a seis meses ou multa.

<sup>477</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da proteção ao consumidor. p. 81-82.

<sup>478</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da proteção ao consumidor. p. 84.

<sup>479</sup> O Presidente do Brasil à época, Fernando Affonso Collor de Mello, apresentou a seguinte justificativa para o veto: “em se tratando de norma penal, é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. Assim, o dispositivo afronta a garantia estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição” (Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990).

<sup>480</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. p. 89.

<sup>481</sup> Nesse sentido: BONETTI, Juliana Bierrenbach. Responsabilidade penal pelo produto. 2011. 194 f. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 96, que entende não existir violação ao princípio da legalidade, em razão do disposto no art. 18, §6º, do CDC.

jurídico-penal a condutas que não apresentam sequer uma lesividade potencial.<sup>482</sup> Nesse sentido, Alberto Toron assinala que o dispositivo permite, por exemplo, que um farmacêutico, ao vender um absorvente, pratique o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, caso o objeto não consiga conter o fluxo menstrual na forma que se propõe, porquanto, ainda que esdrúxulo, esse vício tornaria a mercadoria “imprópria para consumo”, conforme o art. 18, §6º, inciso III, do CDC.<sup>483</sup> De forma similar, Tavares aponta a necessidade de restringir, no âmbito penal, o que se entende por produtos impróprios ao consumo, para que não se resuma a uma responsabilidade objetiva por meras infrações cíveis.<sup>484</sup> Importa ressaltar, por outro lado, que o tipo da Lei n. 8.137/90 é restrito à punição do distribuidor em relação às mercadorias, enquanto aquele do art. 62 do CDC é mais amplo, abarcando todos os fornecedores, entre eles os fabricantes, e não só no que tange aos produtos, mas também aos serviços.<sup>485</sup>

É interessante observar que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado no dia 11 de setembro de 1990, enquanto a Lei n. 8.137 foi publicada em 27 de dezembro de 1990. Apesar da proximidade temporal, há uma evidente contradição e sobreposição entre os dois diplomas legais. A começar pelos conceitos técnicos utilizados, nota-se que o CDC define que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final” (v. art. 2º), mas a Lei n. 8.137/1990, apesar de tutelar o mesmo bem-jurídico, utiliza as palavras “cliente” e “freguês”, que, por certo, são mais amplas, pois englobam individuais que, apesar de participarem da cadeia de consumo, não são os destinatários finais das mercadorias ou serviços. Para além, fixam penas díspares para condutas similares, uma vez que aos tipos penais não são cominadas penas superiores a dois anos, enquanto esta é a pena mínima das condutas previstas no art. 7º da Lei n. 8.137/1990.<sup>486</sup> Essa sobreposição de leis penais e as condutas criminalizadas (em sua maioria, desnecessárias) demonstram, com clareza, não só a ausência de técnica legislativa sistêmica, como também a falta de uma diretriz político-criminal, o que resultou em uma tutela meramente simbólica.<sup>487</sup>

Seja como for, da análise da legislação pertinente, depreende-se que existe uma lacuna de punibilidade em relação à responsabilidade penal dos fabricantes pelo produto, que não é abarcada pelos crimes de perigo previstos no CDC e na Lei n. 8.137/1990, de forma que, eventual imputação do resultado delitivo a esses sujeitos, em regra, só é possível através da

---

<sup>482</sup> SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação. p. 217-218.

<sup>483</sup> TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. p. 89.

<sup>484</sup> TAVARES, Juarez. Teorias dos crimes omissivos. II. p. 378.

<sup>485</sup> SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação. p. 216-217.

<sup>486</sup> WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo. p. 388.

<sup>487</sup> WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo. p. 389.

omissão imprópria.<sup>488</sup> Ainda assim, o ordenamento jurídico é enfático ao proibir que os fornecedores disponibilizem produtos nocivos ou perigos à saúde e à segurança do consumidor, de forma que qualquer conduta nesse sentido, mesmo que não antijurídica, é contrária ao Direito. Todavia, os contornos normativos são turvos, porquanto pautados por conceitos indeterminados, vagos e de difícil apreensão, como “alto grau de periculosidade” e “impróprios ao consumo”.

Estabelecidas essas premissas, no próximo tópico será feita a revisão bibliográfica sobre a posição de garantidor, com objetivo de situar a discussão e compreender os limites da omissão imprópria quando contraposta com a problemática da responsabilidade penal pelo produto.

### 3.2 A posição de garantidor do fabricante

A Discussão doutrinária sobre a posição de garantidor do fabricante teve início na jurisprudência alemão, referente ao julgamento do paradigmático, caso “*Laderspray*” (*spray* de couro), que, em razão de suas peculiaridades, ilustra bem os desafios que a responsabilidade penal pelo produto apresenta à dogmática penal. Trata-se do processo criminal em que foram julgados os dirigentes das empresas *Erdal* e *Solitär*, pertencentes ao mesmo grupo econômico, responsáveis pela produção de um aerossol para roupas de couro que, apesar de ter sido produzido e distribuído de acordo com as normas de cuidado vigentes à época, causou danos à saúde dos consumidores.<sup>489</sup>

Durante muitos anos, o *spray* foi produzido e comercializado sem que existissem indícios de sua periculosidade. Contudo, ao final da década de 1980, foram noticiados às empresas diversos casos em que, após o uso adequado do produto, os consumidores foram acometidos com dificuldades respiratórias, náuseas, calafrios e febre, necessitando de atendimento médico-hospitalar.<sup>490</sup>

Em consequência das primeiras reclamações, as empresas realizaram investigações internas, com o objetivo de identificar qualquer defeito no processo produtivo que pudesse ter acarretado as lesões narradas pelos consumidores. Apesar de não ter sido identificada falha de fabricação, as investigações internas acarretaram, no início de 1981, a alteração da fórmula do

---

<sup>488</sup> Exceção dos crimes de perigo previstos no art. 272 e 273 do Código Penal.

<sup>489</sup> SOUZA, Suzana Maria Aires de. A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal (contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012. p. 17.

<sup>490</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 181.

aerossol. Todavia, apesar dos esforços despendidos, os consumidores continuaram ficando doentes após utilizarem o *spray*.<sup>491</sup>

Em 12 de maio de 1981, a diretoria se reuniu de forma emergencial. Na ocasião, de forma colegiada, foi decidido que o produto não seria retirado do mercado e que somente seria incluída uma advertência no rótulo do aerossol. Os dirigentes se basearam no fato de que, a despeito dos indícios razoáveis dos efeitos nocivos do *spray*, não havia comprovação de que ele causara as lesões, porquanto nem os químicos das empresas — nem, posteriormente, os peritos judiciais — foram capazes de determinar qual substância, ou combinação, poderia causar os danos à saúde verificados. A produção e a comercialização do aerossol continuaram até 20 de setembro de 1983, quando as autoridades determinaram sua paralização e a retirada do produto do mercado.<sup>492</sup>

Diante desse cenário, o *Bundesgerichtshof* (BGH)<sup>493</sup> entendeu que os dirigentes empresariais eram responsáveis, criminalmente, pelas lesões corporais causadas aos consumidores. O tribunal, porém, distinguiu normativamente as condutas de acordo com quatro momentos, cada um com consequências jurídicas próprias.<sup>494</sup>

Em um primeiro momento, no início da produção e comercialização, como não existiam suspeitas da nocividade do produto e foram observadas as normas de cuidados exigidas, não haveria tipicidade. Contudo, a partir do momento em que surgem as notícias de que o uso do aerossol poderia causar lesões ao consumidor, o BGH reconheceu que a não retirada do produto do mercado constituía uma violação a um *dever especial de evitar o resultado*, respondendo os diretores, por omissão imprópria (ingerência), pelos resultados danosos, de forma culposa, por quatro vezes. Posteriormente, contudo, em razão do acúmulo de indícios da periculosidade do *spray*, o tribunal consignou que a ausência do *recall*, após a reunião extraordinária do conselho de administração, consubstanciaria a imputação dolosa, ainda a título de omissão. Os diretores foram condenados como incurso nas penas de lesão corporal dolosa, por ingerência, em vinte e oito casos. Por fim, o BGH concluiu que a introdução de novos produtos no mercado, após o dia 12 de maio de 1981, seria classificada como uma conduta ativa dolosa, o que ocasionou dez condenações por lesão corporal dolosa comissiva.<sup>495</sup>

Não se ignora que o caso pertence à jurisprudência alemã e, portanto, foi resolvido de acordo com as regras daquele ordenamento, bem como as construções dogmáticas construídas

---

<sup>491</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 181.

<sup>492</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 182.

<sup>493</sup> Tribunal Superior alemão equivalente, em linhas gerais, ao Superior Tribunal de Justiça.

<sup>494</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 182.

<sup>495</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 182-183.

a partir dele. Não obstante, o feito é utilizado como ponto de partida para a discussão da posição de garantidor do fabricante não só por autores alemães, como também por autores brasileiros<sup>496</sup> e de outras nacionalidades<sup>497</sup>, o que justifica a exposição, pormenorizada, do caso, para que seja se compreendam os parâmetros dialógicos.

Schünemann, que nega a posição de garantidor por ingerência, inicialmente, compreendia que a responsabilidade penal do fabricante de produtos defeituosos refletia a relação entre a fonte de perigo e o titular do domínio, de forma que se enquadraria nos chamados *deberes del tráfico*.<sup>498</sup> Nesse sentido, a partir dessa acepção fática do controle sobre a fonte de perigo, o autor alemão entendia que o fabricante seria garantidor enquanto o produto estivesse sob sua influência.<sup>499</sup>

Ressalta-se que, para Schünemann, em uma empresa, os superiores hierárquicos mantêm o domínio da coisa perigosa, em razão das obrigações de coordenação e controle (deveres secundários de garante), de forma que a posição de garantidor se mantém tão somente até a perda desse domínio. Com efeito, sob essa perspectiva, o fabricante de um produto defeituoso seria responsável por omissão em decorrência da violação desses deveres até o momento em que a mercadoria fosse disponibilizada no mercado, momento em que o domínio cessaria, por sequer subsistir essas obrigações secundárias de garante.<sup>500</sup>

De acordo com Schünemann, observadas as normas de cuidado, ainda que o produto se mostre nocivo à saúde e à integridade física do consumidor, não existiria qualquer dever de salvamento por parte do fabricante. Isso porque, para o autor, a realização do recall é uma obrigação cível sem qualquer relevância jurídico-penal. Schünemann compreendia que o recurso da ingerência utilizado pela jurisprudência alemã seria inócuo do ponto de vista político-criminal, porquanto somente se aplicaria aos casos em que a nocividade fosse cognoscível antes da inserção no mercado. Para além, não seria aceitável do ponto de vista dogmático, na medida em que, como exposto no capítulo anterior, Schünemann conclui que a ingerência subsiste somente a partir do fundamento causal, o que vai de encontro à teoria do

---

<sup>496</sup> Dentre os brasileiros, ressalta-se: BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Crimes de omissão imprópria. p. 257-263; TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. I. p. 369-378;

<sup>497</sup> SOUZA, Susana Maria Aires. A responsabilidade criminal pelo produto e topos causal em direito penal. p. 17-19; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 179-206; CORROZA, María Elena Íñigo. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 272-285.

<sup>498</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. p. 331.

<sup>499</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLI. Madrid: Ministerio de Justicia. 1988. p. 537.

<sup>500</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. p. 538.

domínio por ele elaborada, e, também, não se adequa à realidade da divisão de tarefas dentro das empresas.<sup>501</sup>

Posteriormente, contudo, Schünemann alterou seu entendimento e passou a conceber a possibilidade de imputação do resultado lesivo ao produtor, em razão da assunção dos deveres de proteção em relação ao desamparo parcial da vítima.<sup>502</sup> Para o autor, no caso do *spray* de couro, o BGH acertou ao reconhecer os deveres de garantidor dos diretores do grupo empresarial. Contudo, errou no fundamento.<sup>503</sup> Schünemann frisa que aceitar a ingerência frente a condutas realizadas de acordo com o Direito estendem, demasiadamente, os deveres de evitar o resultado, sem qualquer limitação do retorno ao infinito.<sup>504</sup>

Schünemann justifica seu posicionamento na confiança que o consumidor adquire em relação ao fornecedor, pois, na sociedade de riscos, os produtos são comercializados sob a garantia de segurança e inofensividade, de forma que a responsabilidade por omissão imprópria pelos danos causados pelo produto defeituoso se assemelha àquela do médico em relação ao paciente. Schünemann argumenta que a publicidade em torno das mercadorias de uma determinada marca deixa implícita a segurança dos produtos disponibilizados ao consumidor, o que, em sua visão, demonstra que o fabricante assume deveres de vigilância constante sobre tais bens, em razão do desamparo do bem-jurídico a ser protegido.<sup>505</sup> Por exemplo, se um fabricante de automóveis divulga o veículo, propagandeando sua segurança, o que cria uma confiança do adquirente com a marca.<sup>506</sup> Para o autor, ao decidir adquirir produtos de uma determinada empresa ou grupo econômico, o valor dispendido pelo consumidor engloba, também, a seguridade da mercadoria, como exposta nas peças publicitárias.<sup>507</sup> Esse raciocínio não se aplica, por conseguinte, aos casos de produto sem marca, uma vez que, em relação a tais mercadorias não é possível identificar qualquer relação de confiança entre o consumidor e o fabricante.

---

<sup>501</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. p. 539.

<sup>502</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LV. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002. p. 33.

<sup>503</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. p. 31.

<sup>504</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. p. 32.

<sup>505</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. p. 33.

<sup>506</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 175.

<sup>507</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. p. 33.

Não obstante, entende que o dever do fabricante se exaure em advertir os consumidores, caso seja identificado o defeito após a inserção no mercado.<sup>508</sup> Não há, para o autor alemão, qualquer dever de realizar o *recall*, o que, em sua visão, se depreende da própria imputação objetiva, na medida em que “as ações autorresponsáveis de um consumidor esclarecido sobre os riscos não podem mais ser imputadas ao produtor (que já não possui sequer o poder de direito da sua evitação)”.<sup>509</sup>

Roxin, por sua vez, reconhece a posição de garantidor por ingerência, mas a restringe aos casos em que a conduta antecedente, *per se*, criou um risco não permitido. Por esse motivo, o autor não identifica o fabricante como garantidor, pois, em uma perspectiva *ex-ante*, não é possível identificar violação aos deveres de cuidado na ação prévia, uma vez que o defeito somente se tornou conhecido após a fabricação e distribuição do produto. O perigo, portanto, só é aferível *ex-post*, ou seja, após a consumação do resultado lesivo, o que o autor não aceita para reconhecer a violação às normas de cuidado.<sup>510</sup>

Como Roxin entende que a ingerência não se configura pela mera causalidade, sendo necessária que a conduta antecedente seja imputada, objetivamente, ao omitente,<sup>511</sup> o autor rechaça a argumentação utilizada pelo BGH para afirmar a posição de garantidor do fabricante. A título argumentativo, Roxin pondera que, ainda que fosse aceita, por si só, a causalidade da ação prévia, o dever de garantidor não estaria caracterizado, pois, em sua concepção, seria incompatível com eventual responsabilização do dirigente que assume o cargo após a consumação da conduta anterior, carente, inclusive, do nexa causal. A eventual imputação do resultado ao empresário só seria possível por assunção dos atos cometidos pelo antecessor e, nesse sentido, o fundamento continuaria não sendo a ingerência.<sup>512</sup>

Roxin, também, rechaça a possibilidade de o fabricante ser considerado garantidor em razão dos deveres de vigilância/controle sobre uma fonte de perigo. Isso porque, à semelhança do que defende Schünemann, para o autor, quando o produto já está inserido no mercado, não existe mais o domínio efetivo sobre o bem. Assim, entende que a obrigação de advertir os consumidores sobre o defeito e determinar o *recall* não está amparada no dever de garantidor (supervisão e controle).<sup>513</sup>

<sup>508</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. p. 175.

<sup>509</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. p. 176.

<sup>510</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 921.

<sup>511</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 905.

<sup>512</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 922.

<sup>513</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 924.

Não obstante, Roxin não descarta a existência de uma posição de garante do fabricante. Para o autor, contudo, ela está baseada na assunção de uma função de proteção. Isso decorre da hipossuficiência dos consumidores, que não têm o aparato técnico e a possibilidade de averiguar se o produto adquirido é adequado para o uso. O fabricante é o único ator dentro da cadeia de consumo que possui a possibilidade de ter ampla informação quanto a eventual defeito identificado após a inserção do produto do mercado e é ele, também, que consegue advertir as vias de distribuição, não permitindo que mais produtos perigosos à saúde e à vida dos usuários cheguem até o destinatário final.<sup>514</sup>

Existe, portanto, na opinião do autor, uma posição de garantidor, não por ingerência ou pelo domínio sobre a fonte de perigo, mas do controle que o fabricante possui sobre o desamparo do bem-jurídico. Com isso, Roxin adere, expressamente, ao entendimento mais recente de Schünemann, mas, ao contrário deste, ele reconhece o dever de retirada do produto do mercado, que, em sua visão, é o mecanismo que o fabricante tem de cumprir com seu dever de proteção.<sup>515</sup> Logo, a obrigação de realizar o *recall* não fundamenta o dever de garantidor, mas é consequência da assunção da função de proteção.<sup>516</sup>

Segundo Roxin, essa solução, também, resolve a problemática em torno da imputação do resultado ao sujeito que passou a exercer a função após a fabricação/distribuição do produto. De acordo com o autor, diferentemente do que ocorre na ingerência, a assunção dos deveres de proteção não apresenta complicações, pois está atrelada à posição do sujeito na hierarquia empresarial e não a uma conduta antecedente.<sup>517</sup>

Cumprido destacar, porém, que, nos casos em que a conduta anterior é, *ex-ante*, contrárias às normas de cuidado, ou seja, existe uma imprudência por parte do fabricante, Roxin sustenta a existência da posição de garantidor por ingerência. Apesar de não aprofundar o raciocínio, o autor conclui que, nesses casos, a assunção do dever de proteção é difícil de aferir. Ressalta-se que o autor deixa claro que a sobreposição de duas posições de garantidor (ingerência e proteção) não é problemática ou estranha ao ordenamento, apresentando como exemplo o caso do pai que causa danos ao filho, em razão da não observância dos deveres de supervisão e controle de uma fonte de perigo sob seu domínio.<sup>518</sup>

Em sentido oposto, Lothar Kuhlen identifica a suspeita da nocividade da mercadoria como ponto chave dessa problemática. Para o autor, ainda que a valoração do dever seja *ex-*

---

<sup>514</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 925.

<sup>515</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 926.

<sup>516</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 925.

<sup>517</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 926.

<sup>518</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 926.

*ante*, a obrigação do fabricante de evitar o resultado (cessar a fabricação, realizar o *recall*, advertir os consumidores, entre outros) se impõe a partir do momento em que existe, ao menos, uma desconfiança quanto à periculosidade do produto. E essa dúvida, na visão de Kuhlen, não precisa ser corroborada cientificamente, mas dependerá de aspectos de cada caso concreto, como a gravidade do risco à saúde e à integridade física, os benefícios trazidos pela mercadoria, a frequência do dano, entre outros.<sup>519</sup>

Kuhlen defende que, para que um risco seja contrário ao Direito, ele deve ser cognoscível sob uma perspectiva *ex-ante*.<sup>520</sup> Mas entende que essa fórmula não funciona como regra geral de limitação das obrigações — penalmente relevantes — impostas aos fabricantes. O alemão ressalta que isso desconsidera o contexto da tomada de decisões, que é muitas vezes confuso, e, também, a gravidade das lesões causadas ao bem-jurídico. Nessa perspectiva, o autor argumenta que a delimitação dos deveres dos produtores poderá se dar a partir da ponderação dos interesses, de parâmetros de comportamento diligente do fabricante, do princípio da confiança e até dos entendimentos relacionados à responsabilidade civil.<sup>521</sup>

Em referência ao caso do *spray* de couro, Kuhlen reafirma a posição de garantidor do produtor, em razão de o fabricante ser o integrante da cadeia de consumo que possui a maior capacidade de tomar medidas que possibilitem a neutralização do perigo imposto ao bem-jurídico. À vista disso, Kuhlen acredita que “[...] uma responsabilidade especial é justa e também vai ao encontro do interesse de proteção aos bem-jurídicos”.<sup>522</sup>

Isso decorre da ideia de que os deveres impostos ao fabricante dependem de uma ponderação de interesses, o que inclui o nível de periculosidade ao bem-jurídico e o valor deste. Com efeito, se a ameaça à vida e à integridade física dos consumidores é relevante, como ocorre na produção de medicamentos e alimentos, existe uma primazia da proteção desses bens-jurídicos, de forma que o fabricante terá a obrigação de realizar medidas de contenção do risco.<sup>523</sup>

E os contornos desses deveres dependerão das circunstâncias de cada caso concreto. Para ilustrar, Kuhlen utiliza o exemplo dos fabricantes de janelas de sótão, que começaram a

<sup>519</sup> KUHLEN, Lothar. Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 280-281.

<sup>520</sup> KUHLEN, Lothar. Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho Penal. p. 281.

<sup>521</sup> KUHLEN, Lothar. Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho Penal. p. 283.

<sup>522</sup> KUHLEN, Lothar. Sobre la responsabilidad penal por el producto em Alemania. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 1, p. 13-44, 2014. p. 38. Tradução nossa, no original: “[...] una responsabilidad especial es justo y también va em interés de la protección de los bienes jurídicos”.

<sup>523</sup> KUHLEN, Lothar. Sobre la responsabilidad penal por el producto em Alemania. p. 28-29.

cair, por não possuírem uma estrutura firme o suficiente para se sustentarem a longo prazo.<sup>524</sup> Segundo o autor, seriam impostos aos produtores a obrigação de realizar a advertência individualizada aos consumidores que adquiriam a mercadoria e, também, à coletividade pelos meios de comunicação disponíveis. Para além, Kuhlen entende que, em razão da natureza do produto, a mera retirada do mercado não seria suficiente para proteger os bens-jurídicos ameaçados, de forma que o fabricante deverá oferecer, quando possível, o reforço das janelas. Por outro lado, a substituição da janela não seria necessária, por ser uma medida de alto custo e sem maiores melhorias à segurança do consumidor.<sup>525</sup>

Schünemann critica a posição de Kuhlen, por entender que este autor embasa seu pensamento na ideia de prevenção e de equidade, não se debruçando quanto aos fundamentos dogmáticos da omissão imprópria. Schünemann, corretamente, aponta que, em verdade, a ponderação de interesses defendida por Kuhlen é um mecanismo cível, que desconsidera o instituto da imputação e, assim, se aproximam de uma análise econômica do direito, que não pode subsistir no âmbito penal.<sup>526</sup>

A construção de Kuhlen se aproxima do conceito de “riscos especiais” elaborado por Jakobs.<sup>527</sup> Na visão deste autor, a ingerência pressupõe, em regra, uma conduta prévia antijurídica. Todavia, há uma exceção em relação aos riscos que extrapolem aqueles inerentes às atividades sociais cotidianas, desde que a vítima tenha se comportado de acordo com as normais de cuidado. Com efeito, excepcionalmente, a ação anterior que crie um risco especial ensejará deveres de salvamento.<sup>528</sup> É essa a hipótese da responsabilidade penal pelo produto. Sob o ponto de vista de Jakobs, se o fabricante disponibiliza um produto no mercado, ainda que de acordo com as normas de cuidado impostas, deverá, posteriormente, retirá-lo, se demonstrada a nocividade.<sup>529</sup>

Em oposição a essa ideia, Roxin assevera que o argumento de que a conduta anterior precisa apenas criar um risco qualificado vai de encontro às premissas da ingerência, que, pela concepção do autor, exige que a ação prévia seja imputada, objetivamente, ao omitente. Ainda, opina que a o conceito de um risco normal ou especial é, demasiadamente, indeterminado, não servindo de parâmetro jurídico-penal. Quanto à fabricação de produtos, aponta que não é

---

<sup>524</sup> KUHLEN, Lothar. Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LV, Madrid: Ministerio de Justicia, 2002. p. 67-90. p. 81.

<sup>525</sup> KUHLEN, Lothar. Necesidad y limites de la responsabilidad penal por el producto. p. 83-85.

<sup>526</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. p. 176.

<sup>527</sup> SOUZA, Suzana Maria Aires de. A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. p. 221.

<sup>528</sup> JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 984. Ver: item 2.3, *supra*.

<sup>529</sup> JAKOBS, Günther. Ação e omissão em Direito Penal. p. 14.

possível identificar o que seria um risco incrementado, especialmente quando observadas as normas de cuidado. Segundo o autor, estatisticamente, são raros os casos em que um produto, fabricado de acordo com todas as diretrizes de segurança, apresenta defeitos que causam danos aos consumidores.<sup>530</sup>

Carmen Juanatey Dorado adota uma posição similar à de Kuhlen. Para a autora espanhola, a ação precedente contrária ao direito, *per se*, não fundamenta a posição de garantidor por ingerência, da mesma forma em que a conduta que cria um risco permitido poderá embasar a imputação por omissão imprópria. Ela entende que, em regra, em ambos os cenários, o sujeito responderá pelo crime de omissão de socorro qualificada, prevista no ordenamento jurídico espanhol (art. 195.3). A imputação do resultado por omissão imprópria, contudo, será possível quando estiver presente um elemento que demonstre a equivalência, segundo o sentido da lei.<sup>531</sup>

Seguindo esse raciocínio, Dorado reconhece a posição de garantidor do fabricante por ingerência, ainda que o produto tenha sido inserido corretamente no mercado. A autora defende que aquele que criou o risco está em uma posição, ontologicamente, distinta de qualquer outra pessoa, o que deriva, ao seu ver, de uma diferença deontológica.<sup>532</sup> Isso porque são impostos aos produtores, tanto pela legislação quanto pelas normas regulamentárias, deveres específicos de proteção à saúde, à vida e a integridade física do consumidor, que consistem na obrigação de prestar informações atualizadas, assim como de controle e vigilância, ainda que a mercadoria já tenha sido disponibilizada para comercialização.<sup>533</sup>

Dorado afirma que, a partir do momento em que o fabricante toma conhecimento da nocividade do produto, ele tem o dever de atuar, seja advertindo os consumidores, realizando o *recall* ou realizando outra medida que se mostre necessária. A autora aponta que os limites dessas obrigações dependem do caso concreto e dos conhecimentos específicos do produtor, assim como do valor do bem-jurídico ameaçado. Por exemplo, se a mercadoria representar um perigo à vida do consumidor, a mera suspeita da sua nocividade é suficiente para embasar, minimamente, um dever de informar. A ideia é que na ponderação entre a vida e os interesses econômicos da empresa, aquele se sobressai. Para Dorado, é preciso, também, que seja

---

<sup>530</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 923.

<sup>531</sup> DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. t. LVII, p. 53-75, 2004. p. 59-60.

<sup>532</sup> DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. p. 62.

<sup>533</sup> DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. p. 65.

considerada a exigibilidade da conduta, considerando a possibilidade e a eficácia das medidas a serem tomadas.<sup>534</sup>

Segundo a autora, os fabricantes é que possuem um amplo conhecimento da mercadoria e da estrutura da cadeia de consumo, assim como são eles que têm a oportunidade de receber, de forma coordenada, as notícias sobre prováveis danos. E, por esse motivo, detêm o domínio sobre a mercadoria, o que fundamenta a confiança dos consumidores neles.<sup>535</sup>

Maria Elena Íñigo Corroza assume um posicionamento crítico à decisão do BGH. Para essa autora espanhola, é inadmissível aceitar que, para configurar a ingerência, a conduta prévia tenha somente incrementado o risco. Isso porque, na sua concepção, o fundamento da equiparação entre ação e omissão é a falha na gestão da esfera de competências do sujeito, o que exige que o ato organizativo tenha sido contrário ao Direito.<sup>536</sup> Nesse sentido, entende que, se a criação do risco for fortuita ou imprudente, existirá apenas uma omissão de socorro qualificada (art. 195.3 do Código Penal espanhol), pois entre a conduta de fabricar um produto e retirá-lo do mercado não existe nenhuma relação normativa excepcional.<sup>537</sup>

Corroza, todavia, defende que não é possível generalizar essa conclusão, porquanto considera que as obrigações impostas aos fabricantes dependem das características e do gênero de cada produto. Por exemplo, a autora afirma que, no caso dos automóveis, os deveres de controle e vigilância subsistem mesmo que a mercadoria tenha sido disponibilizada para os consumidores. A ideia é que, nessa situação, há, por parte dos produtores, uma assunção fática do compromisso de proteção,<sup>538</sup> nos termos propostos por Silva Sánchez, o que não acontece em relação a outros tipos de mercancia, como alimentos enlatados ou produtos cosméticos.<sup>539</sup>

Em regra, portanto, caso o fabricante tome conhecimento da nocividade do produto, o que se impõe é o dever de informar à coletividade e, principalmente, àqueles que adquiriram a mercadoria, sobre o defeito encontrado.<sup>540</sup> Ao escolher e comprar um produto, especialmente os de marca, o consumidor tem a expectativa de que essa mercadoria está de acordo com os parâmetros de segurança e isso faz com que o fabricante tenha uma posição normativa diferente da de outras pessoas que possam intervir.<sup>541</sup> Não obstante, disso não se depreende uma posição

---

<sup>534</sup> DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. p. 67.

<sup>535</sup> DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. p. 73.

<sup>536</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 278.

<sup>537</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 280.

<sup>538</sup> Ver: item 1.1.3.3 e item 2.4, *supra*.

<sup>539</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 281.

<sup>540</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 282.

<sup>541</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 283.

de garantidor, pois não é possível presumir que o produtor assumiu, conscientemente, atuar como uma barreira de contenção dos riscos ao bem-jurídico. Com efeito, a defraudação da expectativa normativa do consumidor embasa um dever de retirada, mas a omissão dessa obrigação não é equivalente à comissão, restringindo-se à figura típica do art. 195.3, ou seja, a omissão de socorro qualificada.<sup>542</sup>

Gimbernat Ordeig reconhece a posição de garantidor do fabricante, quando o sujeito for encarregado da fonte de perigo (produto), e permitir que o risco extrapole os limites do permitido.<sup>543</sup> Como visto nos capítulos anteriores, o autor espanhol propõe que a equiparação da omissão à ação está amparada no domínio que o sujeito possui sobre uma fonte de perigo — preexistente, de forma que quando ele não age para estabilizar o risco, o resultado lhe será imputado por omissão imprópria. Nesse sentido, o dever de garantidor do produtor está relacionado ao domínio sobre o processo de fabricação, a partir do qual surge as obrigações de vigilância (permanentes, periódicas ou facultativas), independentemente do momento em que esse controle se consubstanciou.<sup>544</sup> Não obstante, ao tratar do caso *leaderspray* e dos deveres de retirada, Gimbernat Ordeig conclui que a remissão à ingerência torna turvos os limites do dever de garantidor e se aproxima do regresso ao infinito.<sup>545</sup>

Entre nós, Tavares aborda a problemática em torno da responsabilidade penal pelo produto a partir de uma análise do caso do *spray* de couro. Em consonância com a doutrina majoritária alemã, o autor sustenta que não há posição de garantidor por ingerência. Isso porque a fabricação do aerossol ocorreu dentro dos limites do risco permitido, o que, sob sua concepção, obsta a configuração da ingerência, na medida em que, para ele, somente a conduta antecedente antijurídica pode fundamentar o dever especial de agir, sob pena de recair em uma sistemática semelhante a *versari in re illicita*.<sup>546</sup>

Tavares é crítico à ideia de que os fabricantes são responsáveis pelos danos causados aos consumidores em razão da conduta antecedente — a produção da mercadoria — criar um risco especialmente alto, ainda que dentro dos limites do permitido.<sup>547</sup> Para o autor, além da indeterminação no que tange ao grau do perigo criado, essa solução demonstraria uma incongruência interna do próprio ordenamento jurídico, porquanto, nas palavras do autor, nesse

<sup>542</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 284-285.

<sup>543</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. LIV, p. 5-26, 2001. p. 17.

<sup>544</sup> Item 1.1.3.2, *supra*.

<sup>545</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 44.

<sup>546</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 372.

<sup>547</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 373.

cenário, o sistema “de um lado, autoriza a conduta e, de outro, a pune, desde que se apresente uma situação de risco *ex-post*”.<sup>548</sup>

Em face da legislação brasileira, Tavares ressalta que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei n. 8.137/1990, que define os crimes contra as relações de consumo, estabelecem normas destinadas à proteção da saúde e da integridade física dos usuários em face dos bens inseridos no mercado. Por conseguinte, qualquer resposta à problemática da responsabilidade penal do produtor deve partir da análise dessas leis.<sup>549</sup>

Tavares aponta que o art. 8º do CDC,<sup>550</sup> ao determinar que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores”, impõe aos fabricantes um dever de supervisão qualificada em relação à sua mercadoria. O art. 10º do *Codex*,<sup>551</sup> por sua vez, proíbe a confecção de produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade, seja de forma dolosa ou culposa.<sup>552</sup> A Lei n. 8.137/1990, por sua vez, define como crime “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo” (art. 7º, inciso IX).

Ainda sobre o tema, Tavares destaca que o CDC estabelece uma diferença entre produtos impróprios para o consumo e defeituosos. Estes não oferecem “a segurança que dele legitimamente se espera” (art. 12, §1º), enquanto aqueles são mercadorias (i) fora do prazo de validade (art. 18, §6º, I); (ii) deterioradas, alteradas, adulteradas, avariadas, falsificadas, corrompidas, fraudadas, nocivas à vida ou à saúde, perigosas, ou, ainda, aquelas em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, §6º, II); e (iii) “que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim que se destinam” (art. 18, §6º, III).<sup>553</sup>

Da leitura conjunta desses dispositivos, Tavares entende que a posição de garantidor do fabricante estará configurada em três situações distintas. Se a mercadoria for considerada de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança do consumidor, estará estabelecida a posição de garantidor por ingerência do fabricante, porquanto a conduta

---

<sup>548</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 374.

<sup>549</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 375-378.

<sup>550</sup> Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

<sup>551</sup> Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

<sup>552</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. II. p. 375.

<sup>553</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 377.

anterior é contrária ao direito (art. 10 do CDC), sendo imposto ao sujeito o dever de retirar, de imediato, o produto de alto risco do mercado.<sup>554</sup>

Existirá, também, uma posição de garantidor do fabricante quando o produto, não considerado de alto risco, tem sua nocividade/periculosidade verificada após a sua inserção no mercado e o sujeito não observa a obrigação de informar às autoridades e aos consumidores sobre o defeito e de realizar o *recall*, prevista no art. 10, §1º e 64, todos do CDC. É a violação aos deveres legal que fundamentará imputação do resultado ao fabricante, agora, não em razão da ingerência, mas com base no art. 13, §2º, alínea “a” do CP.<sup>555</sup>

Tavares, por fim, entende que o fabricante será garantidor por ingerência quando deixar de observar os deveres de advertência e retirada quando a periculosidade ou nocividade de um produto impróprio ao consumo é descoberta depois da inserção no mercado. Tavares argumenta que esse dever especial de agir está amparado no domínio que o fabricante detém sobre a fonte de perigo. Contudo, o autor deixa claro que tais deveres são impostos, unicamente, frente aos produtos impróprios ao consumo que sejam nocivos, perigosos e inseguros, à luz do que determinam os art. 8º, 10º e 12 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>556</sup>

Na concepção de Tavares, portanto, a posição de garantidor do fabricante, por ingerência, no que se refere aos produtos que apresentam nocividade, periculosidade ou insegurança, antes ou depois da sua inserção no mercado, encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Adverte, todavia, que é necessário definir, semanticamente, o que pode ser considerado como produto impróprio ao consumo, para não recair em uma responsabilidade penal baseada em uma mera infração cível. Essa exigência advém tanto do caráter restritivo da equiparação entre ação e omissão quanto do conteúdo comunicativo da norma penal, que Tavares apresenta como fundamento basilar do processo de imputação por omissão imprópria.<sup>557</sup>

Bottini, também, identifica que o fabricante é garante em relação às mercadorias por ele produzidas, pois, com sua conduta anterior (confecção), criou um risco à saúde e à integridade física dos consumidores.<sup>558</sup> Contudo, ao contrário do que defende Tavares, Bottini assevera que a imputação do resultado ao fabricante por omissão imprópria não encontra

---

<sup>554</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 375-376.

<sup>555</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 376.

<sup>556</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 377-378.

<sup>557</sup> TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. p. 378.

<sup>558</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 258.

respaldo no ordenamento jurídico brasileiro quando a nocividade do produto é conhecida após a sua saída da esfera de organização do sujeito.<sup>559</sup>

De acordo com Bottini, para uma adequada resolução da problemática em torno da responsabilidade penal pelo produto, é preciso discernir o momento em que se constata que a mercadoria representa um perigo ao bem-jurídico tutelado. Como visto no capítulo anterior, o autor diferencia o dever de garante por ingerência entre aqueles de controle e de salvamento, sendo o fator primordial a verificação se o risco criado pelo omitente ainda se encontra em sua esfera de organização ou se desvinculou dela, dando origem a um curso causal autônomo. Nesse sentido, torna-se essencial, em sua concepção, compreender se os defeitos do produto se tornaram conhecidos quando inseridos no mercado ou ainda na fase de fabricação.<sup>560</sup>

Com efeito, Bottini destaca três situações possíveis: (i) no momento da fabricação, são descumpridas as normas de cuidados aplicadas ao procedimento; (ii) respeitadas as normas de cuidado, a nocividade do produto, ou ao menos uma dúvida razoável quanto à periculosidade, surge enquanto a mercadoria ainda se encontra na esfera de organização do fabricante, ou seja, ainda não foi distribuída; e, por fim, (iii) o defeito do produto se torna conhecido quando ele já foi disponibilizado aos consumidores, saindo do âmbito de domínio do fabricante e integrando-se à esfera alheia.<sup>561</sup>

A primeira conjectura não apresenta desafios. A fabricação de um produto sem a observação das regras de cuidado, seja normas institucionalizadas, regras técnicas e profissionais ou dever geral de cautela, cria um risco proibido, de forma que será imputado o resultado lesivo ao produtor, em razão de uma conduta comissiva ou omissiva. As duas últimas, no entanto, em razão das normas de cuidado terem sido respeitadas, ao menos em uma perspectiva *ex-ante*, esbarram nas dificuldades dogmáticas envolvendo a ingerência.

Partindo do caso paradigmático caso do *spray* de couro, Bottini conclui que são exigidos dois tipos de comportamento, sendo um a decisão de manter ou suspender a fabricação do produto e outro relacionado à realização, ou não, do *recall* e da advertência aos consumidores e autoridades sobre a nocividade do produto.<sup>562</sup> Em relação àquele, Bottini entende que estariam em voga deveres de controle, porquanto a fonte de perigo (a mercadoria) ainda está sob o domínio do fabricante, ou seja, dentro do seu âmbito de organização. Dessa forma, ainda que o risco tenha sido, inicialmente, permitido, ao tomar conhecimento da periculosidade do

---

<sup>559</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 263.

<sup>560</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 258.

<sup>561</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 259.

<sup>562</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 259.

produto à saúde dos consumidores, é obrigação do sujeito que criou o risco, ou seja o fabricante, atuar para reconduzir o risco aos limites do tolerado pelo ordenamento. Não o fazendo, isto é, mantendo a fabricação e não impedindo a distribuição, será responsabilizado por omissão imprópria a título de ingerência, presentes, é claro, os demais requisitos do processo de imputação. Há, por parte do produtor, um “conhecimento especial”, que não é compartilhado com os demais envolvidos na cadeia de consumo. Bottini afirma, ainda, que, considerando a alta delegação de funções dentro de uma empresa, é possível que o dever de garantia da pessoa física esteja embasado na assunção ou na lei, a depender se o sujeito participou da criação do risco, ou não.<sup>563</sup>

Por outro lado, a obrigação de retirar os produtos defeituosos do mercado e de advertir os consumidores e as autoridades sobre a nocividade estaria situada no âmbito dos deveres de salvamento. A partir do momento que o produto é disponibilizado aos usuários, o risco criado não se encontra mais na esfera de organização/domínio do fabricante, mas, integra-se, no âmbito de direitos da vítima, iniciando-se um curso causal autônomo.<sup>564</sup> Na concepção de Bottini, portanto, não existiria um dever de garante por ingerência, pois, na sua visão, o risco criado pela conduta antecedente era permitido, na medida em que, ao que se sabia, as normas de cuidado foram seguidas, existindo apenas um liame causal e não normativo entre a omissão e o resultado.<sup>565</sup>

Bottini critica a decisão do BGH no caso do *leaderspray*, exatamente, em razão de o Tribunal alemão ter fundamentado os deveres de salvamento da ingerência com base na aferição *ex-post* da qualidade do risco. Transportando suas conclusões à realidade jurídica brasileira, Bottini afirma que, ao tipificar como omissão própria, a conduta de não realizar o *recall* e deixar de advertir as autoridades e os consumidores (art. 64 do CDC), o ordenamento estabelece que o não agir nessas situações possui um desvalor penalmente relevante, mas não equiparável ao da conduta comissiva.<sup>566</sup>

Em outra direção, Zaffaroni e Nilo Batista sustentam que o fabricante detém o dever de evitar que os produtos inseridos no mercado causem danos à saúde, à segurança e à integridade física do consumidor. A posição de garantidor estará amparada no dever legal ou na assunção ou na ingerência, a depender da situação concreta. Na visão dos autores, o descumprimento da obrigação legal de advertência e informação sobre a nocividade do produto seria equiparável à

---

<sup>563</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 262.

<sup>564</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 259-260.

<sup>565</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 262.

<sup>566</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 263.

ação típica, por força do art. 13, §2º, alínea “a”, do CP. Por outro lado, quando a atividade perigosa é exercida nos limites do risco permitido, o dever de garante decorre da assunção da obrigação de vigilância de uma fonte de perigo ou do domínio sobre o fundamento do resultado (art. 13, §2, alínea “b”, do CP). A ingerência, por fim, restará caracterizada quando o processo produtivo é realizado na clandestinidade ou vai de encontro às normas de cuidado impostas ao fabricante na situação concreta, em observância à restrição do dever aos casos em que a conduta anterior é contrária ao Direito (art. 13, §2º, alínea “c”, do CP).<sup>567</sup>

Este debate doutrinário escancara as dificuldades dogmáticas que a responsabilidade penal pelo produto enfrenta. As incertezas dos critérios de imputação dos crimes omissivos impróprios não oferece o suporte para estabelecer os contornos seguros da posição de garantidor.<sup>568</sup> Isso se reflete nas soluções *ad hoc*, bem como na flexibilização do instituto, para permitir a imputação do resultado.<sup>569</sup>

Embasar a posição de garantidor do fabricante na assunção de deveres de proteção, como defendem Schünemann e Roxin, não aparenta ser uma solução adequada. Existe, de fato, uma confiança, por parte do consumidor, de que os produtos inseridos no mercado não apresentarão riscos superiores inerentes a sua natureza. Trata-se, contudo, de uma expectativa normativa de segurança, que diz respeito à infração de uma norma de conduta.<sup>570</sup> Ainda que exista uma assimetria de informação e capacidade de agir, não há desamparo do bem-jurídico. Em verdade, dessa relação, advêm os deveres de vigilância, advertência e retirada, como será analisado no tópico 3.2.1, *infra*. Reconhecer o fabricante como garantidor de proteção tornaria a atividade econômica inviável, porquanto o dever de garantidor se estenderia demasiadamente, para além dos deveres de advertência e retirada apontados pelos autores.

A remissão à alínea “a” do art. 13, §2º, do CP, também não parece ser a hipótese de posição de garantidor pertinente. Como visto no item 3.1, a legislação brasileira estabelece a proteção integral do consumidor, impondo ao fabricante deveres de conduta a serem seguidos. Estes, ao que tudo indica, têm a pretensão de limitar os contornos do risco permitido e não de estabelecer a posição de garantidor.<sup>571</sup>

É somente no marco da ingerência que a posição de garantidor do fabricante poderá restar caracterizada. Nas palavras de Hassemer, “nesses casos, o perigo foi desencadeado de

---

<sup>567</sup> ZAFFARONI, Raúl E., BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro. p. 363-364.

<sup>568</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. p. 270-271.

<sup>569</sup> SOUZA, Susana Maria Aires. A responsabilidade criminal pelo produto e topos causal em direito penal. p. 228.

<sup>570</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 66.

<sup>571</sup> COSTA, Victor César Rodrigues da Silva; ZORZI, Leonardo Mendes. Um breve retorno à responsabilidade penal pelo produto. Boletim Ibccrim, ano 28, n. 3333, p. 28-30, ago. 2020. p. 29.

forma ativa e imediata, por meio de ações que dificilmente poderiam ser classificadas como infrações de dever. Nesses momentos, ninguém contava com o perigo, nem havia razão para contar com ele”.<sup>572</sup>

Constatou-se ao longo deste trabalho que: (i) a ingerência é reconhecida pelo ordenamento jurídico, mas é restrita aos casos em que o sujeito, com sua conduta anterior, cria um risco proibido, que se concretiza no resultado abrangido pelo sentido de proteção da norma; (ii) a extensão do dever de agir abrange os casos de salvamento, isto é, quando o risco saiu no âmbito de organização do omitente, originando um curso causal autônomo ou adentrando na esfera de competência da vítima (Capítulo 2, *supra*).

Este trabalho se propôs a determinar se o fabricante possui um dever especial de agir, com fundamento no art. 13, §2º, alínea “c”, do Código Penal, quando o defeito do produto se torna conhecido somente após a sua inserção no mercado. Com efeito, para resolver o problema apresentado, devem-se, inicialmente, definir os contornos da conduta anterior (fabricação do produto defeituoso) que caracteriza a ingerência. E, após, buscar entender se a infração dos deveres de advertência e retirada possui desvalor equiparável ao da ação típica, o que será feito a seguir.

### 3.2.1 A conduta antecedente do art. 13, §2, do CP: a fabricação do produto defeituoso e os deveres de cuidado.

A configuração da ingerência depende, primordialmente, da criação, por uma ação antecedente de um risco proibido,<sup>573</sup> que deve ser objetivamente previsível sob uma perspectiva *ex-ante*. Isso porque, como visto, a infração do dever de cuidado é imprescindível para a legitimidade do processo de imputação, em razão da finalidade comunicativa da norma e da

<sup>572</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto em derecho penal. p. 159. Tradução nossa, no original: “en estos supuestos, el peligro se había desencadenado de manera activae inmediata con acciones que dificilmente se podían calificar como infracciones de un deber. Em sos momentos, nadie contaba con el peligro, ni tampoco había por qué contar con él”.

<sup>573</sup> O conceito de risco permitido/proibido é, ao mesmo tempo, ontológico (risco) e axiológico (permitido). Nesse sentido, Gimbernat Ordeig aponta que há, por um lado, um aspecto fático, que consiste na criação de um perigo ao bem-jurídico e, por outro, um referencial valorativo (violação à norma de cuidado), pelo qual se determina se esse risco é permitido, ou não, pela ordem jurídica. Ver: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. p. 38.

congruência interna do ordenamento jurídico, que não pode, de um lado, permitir uma conduta e do outro sancioná-la.<sup>574</sup>

Não é simples, contudo, aferir se o fabricante atuou de forma diligente, porquanto é tênue o limiar entre o permitido e o proibido no contexto do processo produtivo.<sup>575</sup> Essa atividade apresenta uma série de ameaças à saúde, à segurança e à integridade física dos consumidores, que decorrem tanto da sua complexidade quanto do rápido desenvolvimento científico-tecnológico, que dificultam a contenção de todos os inúmeros riscos que dela advêm.<sup>576</sup> Porém, a ordem jurídica tolera a produção, a construção, a montagem, a criação e a transformação de bens de consumo, ainda que tais condutas sejam objetivamente perigosas.<sup>577</sup> A indústria tabagista, por exemplo, é autorizada a produzir e comercializar cigarro, mesmo diante da patente nocividade à saúde dos usuários.<sup>578</sup> Igualmente, os conservantes presentes em parte dos alimentos industrializados apresentam perigos ao consumidor. A condução de veículos automotores é, em si, arriscada, diante das inúmeras possibilidades de acidentes. Todas essas condutas apresentam perigos consideráveis ao bem-jurídico, mas não há óbice à exploração econômica.<sup>579</sup>

E o motivo disso é nítido: a proibição da fabricação de bens de consumo, como medicamentos, brinquedos, alimentos, bebidas alcólicas, celulares, eletrodomésticos, automóveis, entre outros, seria irracional devido ao impacto que uma decisão dessas teria na qualidade de vida e no funcionamento da sociedade como um todo. Há, portanto, uma ponderação dos interesses envolvidos, de forma que a ordem jurídica estabelece os limites do risco permitido, considerando não só a qualidade e o grau do risco ao bem-jurídico, como também o valor deste e a suportabilidade da obrigação imposta.

As normas de cuidado penal inserem-se nesse contexto para assegurar um determinado grau de segurança ao bem-jurídico protegido, a partir da indicação de um parâmetro de conduta a ser seguido, evitando a criação de determinados riscos, que por sua qualidade ou quantidade

---

<sup>574</sup> CONTRERAS C, Laurato. La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme su finalidad o racionalmente previsible. *Revista Ius et Praxis*, ano 25, n. 2, p. 19-66, 2019. p. 23.

<sup>575</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: um caso de derecho penal económico. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 12, 2004, p. 139-163. p. 141; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal por productos defectuosos. *In: MACHADO, Antonio (dir.). Tratado de derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 601-632. p. 613.

<sup>576</sup> SOUZA, Susana Maria Aires de. A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal. p. 231.

<sup>577</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 121.

<sup>578</sup> CONTRERAS C, Laurato. La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme su finalidad o racionalmente previsible. p. 38.

<sup>579</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal por productos defectuosos. p. 613.

não são aceitos.<sup>580</sup> Com efeito, a produção, montagem, criação, construção e transformação de uma mercadoria somente é autorizada quando o fabricante cumprir com os deveres que lhe são impostos.<sup>581</sup> Ou seja, conforme afirma Corroza, “[...] o que é relevante não é que o produto seja perigoso, mas que esse perigo seja um dos que o legislador proíbe [...]”.<sup>582</sup>

É possível extrair os deveres de cuidado das regras derivadas do devido processo legislativo e de atos normativos, isto é, leis, decretos, medidas provisórias, resoluções ou outras regras institucionalizadas.<sup>583</sup> Na responsabilidade penal pelo produto, para além da proteção legislativa abordada no item 3.1, adquirem relevância as determinações dos entes e órgãos públicos que atuam, direta ou indiretamente, na proteção das relações de consumo. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que é responsável por “[...] regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública” (art. 8º da Lei n. 9.728/99).<sup>584</sup> E, também, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial (INMETRO) e do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial (CONMETRO), que realizam a regulação técnica dos produtos, processos e serviços disponíveis no mercado de consumo.<sup>585</sup>

Ademais, as normas de cuidado têm origem em regras de natureza privada,<sup>586</sup> como as impostas por conselhos profissionais ou, até mesmo, pelos códigos de conduta internos de uma determinada instituição.<sup>587</sup> Não obstante, o reconhecimento dessas disposições é mais restrito, por não terem sido submetidas ao crivo democrático. Isso significa dizer que, ao contrário dos

<sup>580</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 125.

<sup>581</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 128.

<sup>582</sup> CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 131. Tradução nossa, no original: “[...] lo relevante no es que el producto sea peligroso, sino que esse peligro sea de los que el legislador prohíbe [...]”.

<sup>583</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 181-182. Igualmente: ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 1.001 ss.

<sup>584</sup> Art. 8º Incumbe a Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. §1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela agência: I- medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias; II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários; III - cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes; IV - saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos; V - conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico; VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem; VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados; VIII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados; IX - radioisótopos para uso diagnóstico in vivo e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia; X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco; XI - quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação.

<sup>585</sup> As competências do INMETRO e do CONMETRO são definidas na Lei n. 9.333, de 20 de dezembro de 1999.

<sup>586</sup> Roxin denomina essas regras de “normas del tráfico” (ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 1.003).

<sup>587</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 182-183.

deveres legais e regulamentares, a não observância dessas diretrizes de cuidado não necessariamente terá relevância jurídico-penal, seja em razão de eventual defasagem da norma ou da possibilidade de garantir a segurança almejada de outra maneira.<sup>588</sup>

Tais normas, também, estão previstas em regras não escritas. É o que se chama de dever geral de cautela, que decorrem de uma “[...] experiência na qual a transformação da realidade e sua atuação sobre ela são vivenciadas por todos, em função do trabalho que socialmente desenvolvem, e, por isso mesmo, integrante do processo de cognição dos sujeitos que orientam em determinada formação social”.<sup>589</sup> Os contornos desses deveres estão vinculados às peculiaridades da situação concreta, pois cada conjectura exige um rol de medidas de segurança, de forma que elas não podem ser definidas em abstrato. Nesse sentido, para ilustrar, Lucía Solavagione elucida que os cuidados exigidos de um fabricante de produtos de baixo potencial ofensivo são mais brandos que aqueles impostos ao sujeito que fornece mercadorias que apresentam um alto risco à saúde e à segurança dos consumidores.<sup>590</sup>

Não basta, contudo, a infração do dever de cuidado. Para o processo de imputação, é imprescindível a previsibilidade objetiva do resultado, isto é, que ele seja cognoscível no momento da realização da ação. Isso porque eventuais consequências fortuitas, aferíveis somente sob uma perspectiva *ex-post*, não caracterizam o desvalor da ação.<sup>591</sup> Nessa avaliação, consideram-se os conhecimentos especiais e a capacidade do sujeito, de forma que o indivíduo, com suas experiências concretas, é tomado como referencial valorativo.<sup>592</sup> Nesse viés, Lautaro Contreras entende que exigir que o sujeito evite perigos incognoscíveis vai de encontro ao objetivo preventivo da norma, para fins de proteção do bem jurídico. Logo, se apenas depois de muito tempo são descobertos os efeitos cancerígenos de um determinado medicamento, não identificado pelos testes clínicos exigidos, não há de se falar em não cumprimento de medidas

---

<sup>588</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 1.003.

<sup>589</sup> TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposo. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 329.

<sup>590</sup> SOLAVAGIONE, Lucía. Requisitos y consecuencias de la delegación vertical de deberes de cuidado. Revista de Estudios Criminales, v. 18, n. 74, p. 141-172, jul./set. 2019. p. 145.

<sup>591</sup> SOLAVAGIONE, Lucía. Requisitos y consecuencias de la delegación vertical de deberes de cuidado. p. 160.

<sup>592</sup> Existe uma grande discussão doutrinária quanto à utilização dos conhecimentos e capacidades do sujeito como referencial valorativo da norma de cuidado. Parte da doutrina entende que esses elementos devem ser analisados somente na culpabilidade, enquanto outros, como Silva Sánchez, entendem que eles devem ser considerados ainda na tipicidade (SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. El delito de omisión. p. 267. Também nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 291). Há, ainda, aqueles que entendem que a averiguação precisa ser objetiva, de forma que a individualização se limite à posição jurídica que o sujeito ocupa (CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 173; JAKOBS, Günther. Derecho Penal. p. 388). Roxin, por sua vez, adota uma posição mista. Para o autor, os conhecimentos aquém aos do homem médio têm de ser analisados na culpabilidade, enquanto os superiores fazem parte da tipicidade (ROXIN, Claus. Derecho Penal. I. p. 1013-1018).

de segurança por parte do produtor.<sup>593</sup> Em consonância com esse posicionamento, Bottini identifica que a prognose objetiva posterior é o melhor critério para verificação da medida de cuidado exigida na situação concreta, para assegurar o caráter preventivo da norma.<sup>594</sup> Também nessa linha, Eugenio C. Sarrabayouse aponta que, na responsabilidade pelo produto, o desvalor do resultado é muito acentuado, em razão da grande quantidade de pessoas afetadas e pela gravidade da ação, de forma que, se constatados *ex-post*, a tendência é que os deveres do fabricante sejam formulados de forma, demasiadamente, rigorosa.<sup>595</sup>

Com efeito, se o fabricante infringe normas legais ou administrativas, sua conduta é contrária ao direito, preenchendo o requisito parcial da ingerência. Mas não é possível afirmar o contrário. Se o produto for inserido no mercado de acordo com as normas administrativas vigentes, não necessariamente está afastado o dever de garantidor. É preciso uma análise pormenorizada do caso concreto, considerando os deveres gerais de cautela e, principalmente, se o sujeito detinha conhecimentos especiais, que estendesse o âmbito de incidência da norma de cuidado imposta a ele.<sup>596</sup>

Por exemplo, se uma empresa farmacêutica, a partir de seu próprio departamento de pesquisa, descobre que um dos medicamentos que ela produz é nocivo à saúde dos consumidores, caso utilizado em conjunto com outros remédios, e não adverte as autoridades e a sociedade, é evidente a violação à norma de conduta. Ainda que as normas administrativas tenham sido observadas, o fabricante possui conhecimentos especiais, de forma que é exigível a medida de cuidado.<sup>597</sup>

É possível aplicar esse mesmo raciocínio ao caso do modelo de automóvel FOX, produzido pela Volkswagen, cujo mecanismo de rebatimento do banco traseiro decepcionou parte dos dedos de, ao menos, oito vítimas. No porta-malas do veículo, existia um dispositivo para reclinar o banco do carro, que consistia em uma argola com uma fita. Conforme constava no manual, para acionar esse sistema, o consumidor deveria puxar a fita, mas, em razão do desenho, alguns usuários eram induzidos a colocar a ponta dos dedos na argola, o que causava

---

<sup>593</sup> CONTRERAS C, Laurato. La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme su finalidad o racionalmente previsible. p. 29.

<sup>594</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 185-186.

<sup>595</sup> SARRABAYOUSE, Eugenio C. Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino. p. 80.

<sup>596</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal por productos defectuosos. p. 614-615.

<sup>597</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal por productos defectuosos. p. 615. Esse exemplo foi retirado, inicialmente, da obra de M.<sup>a</sup> Elena Íñigo Corroza. Contudo, a autora chega a outra conclusão. Ela entende que os conhecimentos especiais só podem ser considerados quando inerentes à posição jurídica ocupada. Assim, como a produção foi autorizada administrativamente e as demais empresas não tinham ciência, não é possível impor deveres superiores ao fabricante (CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. Responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. p. 193).

a amputação.<sup>598</sup> A Volkswagen tinha ciência do perigo à integridade física do consumidor, tanto que adicionou a advertência no manual de instrução. Não obstante, a empresa adotou outra solução mais segura para os veículos exportados para Europa.<sup>599</sup>

A narrativa fática apresentada demonstra que, apesar das normas administrativas terem sido cumpridas, o fabricante conhecia o risco do desenho industrial, tanto que adotou um design diferente nos automóveis destinados ao continente Europeu. Ainda assim, não adotou as medidas de cuidado satisfatórias, como alteração do mecanismo de rebatimento do banco traseiro, o que é agravado pela insuficiência das informações disponibilizadas aos consumidores.<sup>600</sup>

Igualmente, na França, em 1990, após utilizar um inseticida no interior da sua residência, a vítima, Benoliel, acendeu um cigarro, ocasionando uma explosão. As investigações constataram que o incêndio foi causado pelas substâncias inflamáveis que compunham a mercadoria. Constava no rótulo o aviso de que o produto não poderia ser utilizado em chamas ou objetos candentes. O tribunal francês entendeu que a empresa fabricante não observou as medidas de cuidado, pois o dever de informação não foi cumprido de forma satisfatória.<sup>601</sup>

Importa mencionar, ainda, a contaminação da cerveja “belo horizontina”, da marca Backer, que, por defeitos de fabricação, ocasionou a morte de sete consumidores e lesionou, gravemente, outras vinte e duas vítimas. Utilizava-se, no processo produtivo, duas substâncias tóxicas para o consumo humano: o dietilenoglicol e o monoetilenoglicol, que contaminaram a bebida após problemas na solda dos tanques de produção. Não há vedação institucional ao emprego dessas substâncias na fabricação de alimentos, mas outras normas de cuidado, derivadas do dever geral de cautela e das regras técnicas pertinentes estabelecem a necessidade de recorrer a anticongelantes não tóxicos.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> BONETTI, Juliana Bierrenbach. Responsabilidade penal pelo produto. p. 172-175; MACHADO, Flávio; BETTI, Renata. O disfarçado recall do fox. Revista Época, Rio de Janeiro. Disponível em: [https://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR81734-6014,00.html#:~:text=Sete%20dias%20depois%20de%20C3%89POCA,evitou%20usar%20o%20termo%20recall](https://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR81734-6014,00.html#:~:text=Sete%20dias%20depois%20de%20C3%89POCA,evitou%20usar%20o%20termo%20recall. Acesso em: 15 mar. 2023.;). Acesso em: 15 mar. 2023.; DEFEITOS famosos: o carro que decepava dedos. Estadão. Jornal do Carro. São Paulo. Website. 07 set. 2017. Disponível em: <https://jornaldocarro.estadao.com.br/fanaticos/defeitos-famosos-o-vw-fox-que-decepava-dedos/>. Acesso em: 15 mar. 2023

<sup>599</sup> BONETTI, Juliana Bierranbach. Responsabilidade penal pelo produto. p. 172.

<sup>600</sup> Em sentido similar: BONETTI, Juliana Bierrenbach. Responsabilidade penal pelo produto. p. 173-174.

<sup>601</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili Dommatici e politico-criminali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004. p. 61-62.

<sup>602</sup> Importa registrar que o processo criminal está em trâmite, ainda na fase de instrução e julgamento. Afirmar que os fabricantes atuaram de forma contrária ao direito é precipitado. Nesse sentido, a análise foi realizada tomando como verdade a narrativa constante no relatório elaborado pela Polícia Civil, não submetido ao crivo do contraditório. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relatório nos autos n. 0018216-

Essa breve análise casuística demonstra que os deveres de cuidado não podem ser determinados em abstrato, porquanto para estabelecer os limites do risco permitido se mostra essencial as peculiaridades do caso concreto, a qualidade e a quantidade do risco envolvido, a valoração do bem-jurídico protegido e os conhecimentos especiais do produtor. Nesse viés, a mera observância das normas institucionais não é suficiente para afastar de pronto a posição de garantidor do fabricante.

Estabelecidos os critérios para determinar se a conduta do fabricante foi ou não diligente, resta averiguar a extensão do dever especial de agir, isto é, determinar se a infração dos deveres de advertência e retirada do produto do mercado é equiparável à ação típica.

### 3.2.2 A extensão do dever de agir: deveres de vigilância, advertência e retirada do produto do mercado.

No capítulo II, *supra*, concluiu-se que o direito brasileiro não só reconhece a existência da ingerência como posição do dever de garantidor, como, também, admite os deveres de salvamento, isto é, aqueles que surgem após o risco criado pela ação prévia tenha saído da esfera de competência do sujeito. Com efeito, na responsabilidade penal pelo produto, verificada que a conduta do fabricante foi contrária ao direito, resta compreender a extensão dos deveres.

Segundo Carlo Piergallini, o processo produtivo envolve três etapas.<sup>603</sup> A primeira delas é a elaboração do projeto de fabricação, que envolve a valoração dos interesses econômicos envolvidos e dos potenciais riscos aos consumidores.<sup>604</sup> A segunda fase refere-se ao controle desse risco, que consiste na angariação continuada de informações técnicas e fáticas sobre o produto e os perigos que ele apresenta quando em circulação no mercado, para que se garanta a segurança da mercadoria.<sup>605</sup> Por fim, diante do dano causado pelo produto, escolhe-se por eliminar o risco, reduzi-lo ou mantê-lo, o que envolve a problemática em torno dos contornos do risco permitido e a deficiência das informações técnicas relativas aos avanços científicos-tecnológicos.<sup>606</sup>

---

02.2020.8.13.0024. Autor: Polícia Cível do Estado de Minas Gerais. 08 jun. 2020. Belo Horizonte, MG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, [2023].

<sup>603</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. p. 425.

<sup>604</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. p. 425-426.

<sup>605</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. p. 426-436.

<sup>606</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. p. 437.

É certo que os deveres impostos ao fabricante não se exaurem quando o produto é inserido no mercado, inclusive quando forem observadas todas as normas de cuidado.<sup>607</sup> Ainda que, inicialmente, o resultado não fosse objetivamente previsível, quando a nocividade e periculosidade do produto se torna notória, nasce a obrigação de prevenir os riscos que se tornaram cognoscíveis diante da situação concreta.<sup>608</sup> Isso porque, da obrigação primordial de não fabricar, montar, criar, construir e transformar produtos perigosos ou nocivos à saúde e à segurança dos consumidores, nasce uma expectativa do consumidor de que a mercadoria adquirida não apresentará riscos que extrapolem aqueles tolerados pelo ordenamento jurídico e inerentes ao uso adequado.<sup>609</sup>

Essa confiança impõe ao fabricante um dever de vigilância, com o propósito de identificar eventuais riscos ocultos, que se manifestem apenas após a utilização do produto.<sup>610</sup> De forma concreta, isso significa que o sujeito tem a obrigação de averiguar as informações que lhe são repassadas quanto a possíveis danos, para reconhecer defeitos e os riscos que deles advêm.<sup>611</sup> Caso seja identificada a nocividade do produto à saúde, à segurança e à integridade física do consumidor, o fabricante estará obrigado a advertir sobre os perigos identificados e realizar o *recall*, a depender da qualidade e da quantidade do risco.<sup>612</sup>

A existência e os limites desses deveres são controversos. Parte da doutrina entende que a advertência e a retirada do produto do mercado são obrigações impostas ao fabricante, cuja infração é equivalente à ação típica, enquanto outra parte não identifica esses deveres ou defende que estes fundamentam somente uma omissão própria, se típica (item 3.2, *supra*).

Não se pode perder de vista, contudo, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, expressamente os deveres de advertência e retirada. Aquele está previsto em diversos dispositivos. O CDC determina que o “fornecedor de produtos e serviços potencialmente lesivos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo a adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto” (art. 9º). Estabelece, ainda, a comunicação imediata às autoridades competentes

---

<sup>607</sup> CONTRERAS C, Laurato. La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme su finalidad o racionalmente previsible. p. 29

<sup>608</sup> PIERGALLINI, Carlo. Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili Dommatici e politico-criminali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004. p. 442-443.

<sup>609</sup> CONTRERAS, Lautarato. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertência y retirada. Política Criminal, v. 10, n. 19. p. 266-296, jul. 2015.

<sup>610</sup> CONTRERAS, Lautarato. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertência y retirada. p. 279.

<sup>611</sup> CONTRERAS, Lautarato. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertência y retirada. p. 280.

<sup>612</sup> CONTRERAS, Lautarato. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertência y retirada. p. 281.

e aos consumidores, mediante anúncios publicitários (art. 10, §1º). Estes deverão ser “[...] veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço” (art. 10, §2º).

Para além, a omissão do dever de advertência é crime: “deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade do produto cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. Pena — detenção de seis meses a dois” (art. 64, *caput*, do CDC). A obrigação de retirar o produto do mercado, por sua vez, é prevista no parágrafo único deste tipo penal — “incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo” (art. 64, §único, do CDC).

A mera existência dessas obrigações, contudo, não é suficiente para equiparar o desvalor da omissão ao da ação típica. Exige-se, também, a possibilidade de agir, que é pressuposto e, ao mesmo tempo, limite da posição de garantidor.<sup>613</sup> A capacidade de ação é o pressuposto básico do dever especial de agir.<sup>614</sup> Isso porque a expectativa normativa não pode estar desalinhada com a realidade fática, na medida em que não se espera, ou se exige, a realização de condutas impossíveis.<sup>615</sup> Essa possibilidade é aferida por meio de um juízo hipotético, que tenha como referência o sujeito em si, com suas características próprias, e não o parâmetro ficcional do homem médio.<sup>616</sup> Isto é, consideram-se as habilidades, recursos e conhecimentos específicos, de forma que não se limita a capacidade física do sujeito, mas abrange, também, as possibilidades concretas de atuação.

Não há, sob essa perspectiva, capacidade de ação quando a conduta de salvamento disponível não é razoável à luz do sentido de proteção da norma. Com efeito, utilizando o exemplo apresentado por Roxin, o sujeito não é omissor quando, diante de um incêndio, o único artifício disponível é carregar a água com as próprias mãos, porquanto a conduta é ineficaz para estabilização do risco.<sup>617</sup> Não há, portanto, omissão penalmente relevante quando, posteriormente, constata-se que a conduta de salvamento exigida não é apta a evitar o resultado.<sup>618</sup>

Heloisa Estellita ressalta que, em âmbitos nos quais as competências individuais são altamente reguladas, o conteúdo concreto do dever de agir é determinado pela possibilidade

---

<sup>613</sup> BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 150.

<sup>614</sup> BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 151.

<sup>615</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 42.

<sup>616</sup> BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. p. 151.

<sup>617</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 756.

<sup>618</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. p. 45.

jurídica de agir (conduta, legalmente, exigida). Nesse sentido, se um conselheiro (C) toma conhecimento de o gerente de contabilidade (G) está fraudando os demonstrativos financeiros da empresa, a determinação do comportamento que é dele exigido perpassa as normas extrapenais que estabelecem os limites do que é possível, juridicamente, fazer.<sup>619</sup>

Por outro lado, a capacidade físico-real do sujeito realizar a conduta esperada determina os limites desse dever concreto. Estellita exemplifica da seguinte forma: se um homem (H) sofre um infarto ao lado de sua esposa (E), que não possui formação médica, e de sua vizinha (V), que é enfermeira, o dever imposto a cada uma delas é diferente. A esposa é garantidora, mas a conduta dela exigida é somente busca auxílio médico, ligando, por exemplo, para a ambulância, pois “E” não detém a capacidade físico-real de prestar, com suas próprias mãos, o atendimento necessário. No entanto, “V” deve realizar as medidas técnicas de salvamento cabíveis no contexto fático. Eventual omissão configuraria o crime do art. 135 do CP, porquanto, apesar de possuir a capacidade de ação, não é garantidora.<sup>620</sup>

Nesse sentido, é possível identificar três elementos distintos: a posição de garantidor, a possibilidade jurídica de agir e a capacidade físico-real de evitar o resultado.<sup>621</sup> Aquela possui “fundamento autônomo e logicamente antecedente”. Esta, quando ausente, afasta o próprio dever especial de agir. A incapacidade físico-real de evitar o resultado, por outro lado, afasta o pressuposto da omissão imprópria (o poder agir).<sup>622</sup>

Essa questão se mostra essencial na responsabilidade penal pelo produto, ao menos no recorte deste trabalho. A partir do momento que o produto é inserido no mercado, o risco criado sai da esfera de controle do omitente. Em que pese a nocividade ser reconhecida somente posteriormente, o fabricante será garantidor por ingerência, desde que tenha descumprido as normas de cuidado inerentes ao processo produtivo (item 3.2.1, *supra*). Isso porque o defeito que ocasionou perigos à saúde e à segurança do consumidor, é decorrência da má organização da esfera de competências do sujeito. Há, dessa forma, um elo normativo entre o fabricante e o contexto, o que fundamenta o dever de agir, ainda que não se possa falar de domínio (item 2.6, *supra*).

Neste ponto, o domínio sobre a causa do resultado ganha relevância. As medidas de salvamento disponíveis para o fabricante são somente duas: advertir as autoridades e aos consumidores sobre os defeitos do produto e determinar a retirada deste do mercado. Observa-

---

<sup>619</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 248-249.

<sup>620</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 247-248.

<sup>621</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 246.

<sup>622</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. p. 247.

se que o domínio que o fabricante detém sobre o risco se limita ao dever de informar. Existe uma assimetria de informação entre o consumidor e o produtor. Este é o único sujeito que possui a possibilidade de receber e averiguar os relatos de defeitos e advertir todos os envolvidos na cadeia de consumo sobre os defeitos, ainda que potencial, do produto.<sup>623</sup> É nesse sentido que Lauscaráin Sánchez afirma que a proibição de introduzir produtos perigosos no mercado inclui, implicitamente, o dever de advertir aos consumidores quanto aos novos perigos que, posteriormente, ele tenha conhecimento. Para o autor, essa obrigação advém do fato não só do exercício da liberdade pelo sujeito, mas, também, por ser ele o que detém o conhecimento da situação de perigo.<sup>624</sup>

Existe, nesse sentido, a possibilidade jurídica de agir, pois, como visto, a ordem jurídica não só atribui essa competência, como a exige. E o fabricante também detém a capacidade físico-real de realizar essa conduta, sendo o dever de informar um meio idôneo de salvamento, pois permite a autodefesa da vítima, que não seria possível se ela não tivesse todas as informações necessárias para tomar uma decisão consciente quanto ao risco.<sup>625</sup>

A retirada do produto do mercado, por outro lado, é inidônea para evitar o resultado lesivo, isto é, a morte ou a lesão corporal, pois o sujeito não tem a capacidade de evitar o resultado. É só pensar nas consequências do cumprimento desse dever: o fabricante, nesse momento, não possui sequer o domínio potencial do risco ao bem-jurídico (vida, saúde e integridade física), de forma que o cumprimento da norma mandamental só surtirá efeito para a contenção do risco a partir de uma decisão da própria vítima. Por exemplo, é possível que o consumidor veja as advertências e não acredite no potencial danoso, continuando a utilizar o produto. Não há nada que se possa fazer para, concretamente, evitar o resultado, com uma probabilidade próxima da certeza, porquanto as decisões do consumidor, desde que devidamente consciente e informado, não podem ser imputadas ao fabricante.<sup>626</sup>

Há, ainda, um outro elemento a ser observado. Em razão de escolhas metodológicas, ao longo desta dissertação considerou-se o fabricante como uma pessoa natural, de forma que aquele que criou o risco não permitido é, também, o responsável pelo cumprimento dos deveres de vigilância, advertência e retirada. Contudo, a fabricação de um produto não é um ato

---

<sup>623</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. II. p. 925.

<sup>624</sup> LAUSCARAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002. p. 101.

<sup>625</sup> LAUSCARAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía. p. 103.

<sup>626</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. p. 176.

isolado.<sup>627</sup> A problemática da responsabilidade penal pelo produto está inserida no âmbito da criminalidade empresarial, pautada pela complexa delegação horizontal e vertical de funções.<sup>628</sup> Dessa forma, nem sempre aquele que criou o risco não permitido será competente, também, para tomar as medidas de salvamento. Assim sendo, caso não haja essa correspondência, faltará ao sujeito a possibilidade jurídica de agir, que, conforme proposto por Estellita, afasta o próprio dever de evitar o resultado.

Conclui-se, portanto, que o fabricante é garantidor por ingerência, desde que tenha atuado de forma contrária ao direito, sob uma perspectiva *ex-ante*. Se não for possível identificar a violação a uma norma de cuidado ou não existir a previsibilidade objetiva do resultado, sequer existirá a posição de garantidor.

Após a inserção do produto no mercado, o dever especial de agir se resume a obrigação de advertir os consumidores e as autoridades sobre a nocividade do produto, nos termos da legislação vigente. A omissão, nesse caso, será equiparável à ação típica, de forma que será imputado ao fabricante o resultado, isto é, será responderá pelos delitos de homicídio e lesão corporal, se presentes os demais requisitos. Não haverá, contudo, possibilidade jurídica de agir quanto o sujeito que criou o risco não tiver competência para realizar a medida de salvamento, o que afastará o próprio dever de evitar o resultado e não a posição de garantidor. A omissão do dever de retirada do produto do mercado, por sua vez, não possui desvalor equiparável ao da ação típica, porquanto falta a capacidade física-real de evitar o resultado, o que afasta o segundo pressuposto da espécie delitiva (o poder agir).

---

<sup>627</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Indagações sobre a empresa pelo produto defeituoso. Bottini & Tamasauskas Advogados. 1. set. 2017. Disponível em: <http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/indagacoes-sobre-a-responsabilidade-penal-da-empresa-pelo-produto-defeituoso/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>628</sup> SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou impróprios para consumo. p. 211.

## CONCLUSÃO

A responsabilidade penal pelo produto defeituoso é um tema que apresenta inúmeras dificuldades dogmáticas. Se, por um lado, a gravidade das lesões e a grande quantidade de pessoas afetadas acentuam o desvalor do resultado, por outro, é difícil aferir o desvalor da conduta, especialmente diante da incapacidade dos institutos dogmáticos frente ao problema político-criminal.

Esta dissertação se propôs a determinar se o fabricante possui um dever especial de agir, com fundamento no art. 13, §2º, alínea “c”, do Código Penal, quando o defeito do produto se torna conhecido somente após sua inserção no mercado. Para responder a esse questionamento, buscou-se, inicialmente, compreender os pressupostos e os limites dos delitos de omissão imprópria e, após, aplicá-los à responsabilidade penal pelo produto.

No primeiro capítulo, restou demonstrada a necessidade de uma fundamentação material da equiparação entre a omissão e a ação típica para compatibilização desses delitos aos princípios constitucionais da taxatividade, da igualdade e da proporcionalidade. Esse fundamento no ordenamento jurídico brasileiro estaria, nas competências organizacionais, pautado pelos princípios de não causar danos a outrem (*neminem laedere*). O domínio sobre fundamento do resultado, utilizado por parte da doutrina como esse fundamento material, mostrou-se relevante para determinação da capacidade de agir, reconhecida pelo Código Penal como pressuposto e limite da omissão imprópria.

No segundo capítulo, a partir da análise das propostas doutrinárias para a ingerência, concluiu-se que esta é uma posição legítima de garantidor, reconhecida expressamente na cláusula de equiparação prevista no art. 13, §2º, alínea “c”, do CP. Contudo, é preciso uma interpretação restritiva, que advém do próprio fundamento de equiparação. A ordem jurídica atribui ao sujeito uma esfera de competência, pautada pela liberdade organizacional, mas limitada pelas normas de cuidado. Com isso, a conduta antecedente na ingerência deve, necessariamente, ser contrária ao direito, sob uma perspectiva *ex-ante*. Essa é uma exigência que advém tanto da racionalidade interna do ordenamento — que não pode de um lado permitir a realização de uma conduta e, por outro, puni-la — quanto do caráter comunicativo e de prevenção da norma penal. Para além, no que tange à extensão do dever de agir, restou demonstrado que os deveres de salvamento são aceitos, porquanto são um consectário lógico da responsabilidade pela má gestão organizacional.

No terceiro capítulo, estabeleceu-se que a determinação dos limites da conduta diligente do fabricante no âmbito do processo produtivo deverá considerar não só a adequação

legal/administrativa, mas, também, as regras técnicas profissionais cabíveis e os deveres gerais de cautela, ponderando, sempre, os interesses envolvidos. Não é possível, portanto, especificar de forma abstrata os deveres de cuidado impostos ao fabricante, de forma que a análise da violação à norma mandamental dependerá da situação concreta e, também, dos conhecimentos especiais do sujeito. Por fim, verificou-se que os deveres de advertência e retirada são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas que somente a infração de tais deveres, caso presente a possibilidade jurídica de agir, possui desvalor equiparável ao da ação típica. Eles promovem somente uma autodefesa da vítima, que possui o efetivo domínio no risco, de forma que a observância desses deveres não tem o condão de evitar o resultado, afastando-se, assim, o pressuposto da omissão imprópria.

Em resumo, é possível afirmar que:

- a) O fabricante não será garantidor caso, no processo produtivo, tenha observado todos os deveres de cuidado, em razão da ingerência não se configurar diante de condutas que criam riscos permitidos. O fabricante será garantidor, por ingerência, se descumprir com as normas de cuidado impostas a ele, em razão da falha na gestão do âmbito de organização próprio;
- b) Os deveres de advertência são medidas de salvamento idôneas para evitar o resultado, de forma que, sendo o fabricante garantidor, a omissão será equiparável à ação típica e, por conseguinte, ele responderá pelo resultado lesivo. Porém, estará afastado o dever de agir (e não a posição de garantidor) se não houver identidade entre o sujeito que criou o risco e o competente para realizar a conduta esperada;
- c) A infração do dever de retirada do produto do mercado não configura a omissão imprópria, em razão da ausência da capacidade de agir.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. **Código penal alemán**. Tradução: Cláudia Lopez Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 1186-1201.
- ASSIS, Augusto. Responsabilidade Penal omissiva dos dirigentes de empresas. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLO, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). **Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2017. p. 45-67.
- BACIGALUPO, Enrique. **Conducta precedente y posición de garante em el Derecho Penal**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XXII, Madrid: Ministerio de Justicia, 1970.
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. **La renovación de la dogmática penal: análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.
- BOLEA BARDON, Carolina. **Conducta alternativa e imputación del resultado**. Barcelona: Atelier Editorial, 2020.
- BONETTI, Juliana Bierrenbach. **Responsabilidade penal pelo produto**. 2011. 194 f. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Indagações sobre a empresa pelo produto defeituoso. Bottini & Tamasauskas Advogados. 1. set. 2017. Disponível em: <http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/indagacoes-sobre-a-responsabilidade-penal-da-empresa-pelo-produto-defeituoso/>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- BRASIL. **Ato das disposições constitucionais transitórias de 1988**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2023]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 28 jan. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos n. 211, de 09 de maio de 1983**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, [2023]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm). Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.933, de 20 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9933.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9933.htm). Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.022, de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm). Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm). Acesso em: 13 jan. 2023.

CARO JOHN, José Antonio. **Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión**. La reforma del derecho penal y del derecho procesal em el Perú. Anuario de Derecho Penal. 2009.

COLOMBIA. **Ley 599, de 24 de julio de 2000**. Código Penal. Bogotá: El Congreso Nacional de Colombia, [2023]. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf). Acesso em: 26 fev. 2023.

CONTRERAS C., Laurato. La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos em caso de utilización conforme su finalidade o racionalmente previsible. **Revista Ius et Praxis**, ano 25, n. 2, p. 19-66. 2019.

CONTRERAS, Lautarato. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertência y retirada. **Política Criminal**, v. 10, n. 19. p. 266-296, jul. 2015.

CORROZA, M.<sup>a</sup> Elena Íñigo. **La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos**. Barcelona: José María Bosch, 2001.

COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; SIQUEIRA, Flávia. A expansão dos crimes omissivos impróprios e os critérios normativos de imputação objetiva. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan/jul. 2016.

COSTA, Victor César Rodrigues da Silva; ZORZI, Leonardo Mendes. Um breve retorno à responsabilidade penal pelo produto. **Boletim Ibccrim**, ano 28, n. 3333, p. 28-30, ago. 2020.

DEFEITOS famosos: o carro que decepava dedos. **Estadão**. Jornal do Carro. São Paulo. 07 set. 2017. Disponível em: <https://jornaldocarro.estadao.com.br/fanaticos/defeitos-famosos-o-vw-fox-que-decepava-dedos/>. Acesso em: 15 mar. 2023

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresa. **Revista Liberdades**. n. 14. p. 6-95, set./dez. 2013.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad Penal por omisión del empresário**. Madrid: Iustel, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación del delitos cometidos por sus empleados. *In*: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Madrid: Colex, 2008.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. **Omisión e injerencia en Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DORADO, Carmen Juanatey. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o produtor por los daños a la salud derivados de produtos introducidos correctamente em el mercado. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. t. LVII, p. 53-75, 2004.

ESPANHA. **Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 24 jan. 2023.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas,

limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GARCIA MARTÍN, Luís. La comisión por omisión em el Derecho Penal español. **Revista Nuevo Foro Penal**. n. 61, p. 125-168, agosto, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?**. Lima: ARA Editores, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudência. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, Madrid, v. 47, n. 3. p. 5-60, sept./dic. 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **El comportamiento alternativo conforme a Derecho**: de la causalidade a la imputación objetiva. Buenos Aires: IBdeF, 2021.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios sobre el delito de omisión**. 2. ed. Madrid: IBdeF, 2013.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Imputação objetiva e Direito Penal**. Porto Alegre: CDS, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión: o de comisión por omisión. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. LIV, p. 5-26, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, t. 68, p. 21-62, 2015.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. In: POLETTI, Ronaldo do Rabello de Britto (org). *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

GRECO, Luís. **La teoría de la imputación objetiva**: una introducción. Puno: Zela, 2021.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 27, v. 155, p. 51-70, mai. 2019.

ITÁLIA. **Regio Decreto 19 ottobre de 1930, n. 1398**. Codice Penale. Libro primo. Titolo Primo (della lege penale). Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>. Acesso em: 26 fev. 2023.

- JAKOBS, Günther. **Ação e omissão em Direito Penal**. São Paulo: Manole, 2003.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción e de la omisión**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en derecho penal**. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.
- JULIANI, Jaime Requena. La posición de garante del empresario. *In*: BACIGALUPO, Enrique (dir.). **Curso de Derecho Penal Económico**, 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 157-176.
- KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal. *In*: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Causalidad, riesgo e imputación**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- KUHLEN, Lothar. **Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- KUHLEN, Lothar. Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. LV, Madrid: Ministerio de Justicia, 2002. p. 67-90.
- KUHLEN, Lothar. Sobre la responsabilidad penal por el producto en Alemania. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 13-44, 2014. p. 38.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario**. Madrid: L.H. Tiedmann, 1995.
- LAUSCARAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía**. Madrid: Civitas, 2002.
- LEITE, André Lamas. **As posições de garantia na omissão impura**: em especial a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LESCH, Heiko H. **Intervención delictiva e imputación objetiva**. Tradução: par. Javier Sanchez-Vera Gomez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Delitos omissivos impropios o de comisión por omisión**. FORO FICP. n. 2022.1. p. 14-194, 2022.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 51-207, 2017.

MACHADO, Flávio; BETTI, Renata. O disfarçado recall do fox. **Revista Época**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR81734-6014,00.html#:~:text=Sete%20dias%20depois%20de%20%C3%89POCA,evitou%20usar%20o%20termo%20recall>. Acesso em: 15 mar. 2023

MATEU, Juan Carlos Carbonell. La equivalencia significativa en la Comisión por omisión. **Cuadernos de política criminal**, n. 113, t. II, p. 5-43, sept. 2014.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP. **Anuario de Derecho Penal**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. **Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omissivos. El deber de garante del empresário frente a los hechos cometidos por sus subordinados**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Relatório nos autos n. 0018216-02.2020.8.13.0024**. Autor: Polícia Cível do Estado de Minas Gerais. 08 jun. 2020. Belo Horizonte, MG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, [2023].

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33, p. 5-29, 1982.

OTTO, Harro. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal. *In*: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus (Orgs.). **La prohibición de regreso en derecho penal**. Tradução: Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 65-92.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, n. 12, 2004, pp. 139-163

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Responsabilidad penal por productos defectuosos. *In*: MACHADO, Antonio (dir.). **Tratado de derecho penal económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 601-632.

PERU. **Decreto Legislativo n. 635**. Código Penal. Disponível em: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_atualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_atualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 26 fev. 2023.

PIERGALLINI, Carlo. **Danno da prodotto e responsabilità penale**. Profili Dommatici e politico-criminali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.

PORTUGAL. **DL n° 48/95, de 15 de março**. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995 (versão actualizada). Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 26 fev. 2023.

- REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 143, p. 45-86, mai. 2018.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos em derecho penal. **Indret: Revista para el análisis del Derecho**, n. 4, p. 1-21, 2013.
- ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Imputação objetiva**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**. Tradução: Joaquim Cuello Contreras e José Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña *et all.* t. I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña *et all.* t. II. Madrid: Civitas, 2014.
- ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. *In*: ROXIN, Claus. **Cuestiones sobre la moderna teoría de la imputación penal**. Lima: ARA Editores, 2009. p. 9-28.
- ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Panóptica - Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, v. 4, n. 3, p. 69-94, nov. 2009.
- ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução: Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. O papel das condutas alternativas para o direito penal no âmbito dos delitos culposos: uma análise do nexó jurídico entre a infração de um dever e o seu resultado. **Cadernos de Direito Actual**. n. 18, p. 206-207, 2022.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 48, 1995. p. 187-264.
- SARRABAYROUSE, Eugenio C. Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el derecho penal argentino. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 53-92, mar./abr. 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. XLI. Madrid: Ministerio de Justicia. 1988.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. **Revista de Derecho Penal**. n. 2, p. 29-62, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. LV. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: IBdeF, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal. *In: PROBLEMAS específicos de la aplicación del código penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 153-172.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Estudios sobre los delitos de omisión**. Lima: Grijley, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro: comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 561-574, mayo/agosto. 1988.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou impróprios para consumo. *In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLO, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). Comentários ao Direito Penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 1, p. 211-586.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOLAVAGIONE, Lucía. Requisitos y consecuencias de la delagación vertical de deberes de cuidado. **Revista de Estudos Criminais**, v. 18, n. 74, p. 141-172, jul./set. 2019.

SOUZA, Suzana Maria Aires de. **A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal** (contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

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

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 15, p. 125-157, 1996.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos Penais da proteção ao consumidor. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 80-90, jul./set. 1995.

URUGUAY. **Ley nº 9.155, de 04 de dezembro de 1933**. Código Penal. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 26 fev. 2023.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

ZAFFARONI, Raúl E., BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2, t. I.

WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as consequências dos “tropeços do legislador”. *In*: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale (coord.). **Experiências do Direito**. Campinas: Millennium, 2005. p. 381-41.