

# 11

## A FIGURA DO GARANTIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marina Franco Lopes Mavros Filizzola<sup>1</sup>

### RESUMO

Diante da dificuldade encontrada pela doutrina na equiparação dos delitos omissivos impróprios aos comissivos, faz-se necessário elucidar o conceito de garantidor, que é o cerne da fundamentação para responsabilidade nesse tipo de infração penal. O debate passa pela contraposição entre teorias formais e materiais, bem como pela divergência que há nestas últimas, na tentativa de encontrar a solução mais adequada à ordem jurídica vigente.

**Palavras-chave:** Omissão imprópria. Garantidor. Estado Democrático de Direito.

### ABSTRACT

Because of the difficulty encountered by the doctrine of the Match unfit to commissives omissive offenses-do if necessary to elucidate the concept of guarantor, which is the core responsibility of the reasons for this type of criminal offense. The debate involves the opposition between formal theories and materials, as well as the divergence found in the latter, in an attempt to find the most appropriate solution to the current law.

<sup>1</sup> Mestre e especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Advogada. Professora de Direito Penal na Universidade de Itaúna-MG.

**Keywords:** Improper Omission. Guarantor. Democratic state.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A problemática da definição do conceito de garantidor. 3. Teorias formais (tradicionalis) da posição de garantidor. 4. Teorias materiais (substanciais) para definição do garantidor. 5. Teorias mistas. 6. Conclusão 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Os delitos omissivos, de extrema relevância, caracterizam-se por peculiaridades que dificultam sua aplicação nos casos concretos. Quando se fala em omissão, um dos temas mais tormentosos é a posição de garantidor, que será abordada no presente trabalho, a fim de atribuir-lhe conceito compatível com o Estado Democrático de Direito, a partir de uma revisão das principais posições doutrinárias acerca do tema.

Uma vez que nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema “numeros clausus” para tipificação dos delitos omissivos impróprios, resta verificar como a cláusula geral prevista no artigo 13, § 2º, do Código Penal pode ser interpretada da melhor forma para proceder à equiparação da omissão à ação.

Ainda há tendência a entender que se aquele que tinha o dever jurídico de evitar o resultado (garantidor nos termos da lei) não o fez, este resultado lhe será imputado, independente das circunstâncias fáticas. Contudo, a Constituição Federal veda a responsabilidade penal objetiva por meio do princípio da culpabilidade, de tal sorte que o fato de se o agente “se encaixar” nas hipóteses estabelecidas no artigo referido, por si só, seria insuficiente para legitimar a imputação do resultado, sob pena de responsabilização penal impessoal: a imputação seria decorrente do exercício de cargo, ofício ou função, de celebração de contrato.

Ora, assim como nos crimes comissivos, também na omissão é necessária a ocorrência do elemento subjetivo norteador do não agir. Destarte, como se demonstrará, o tema necessita ser revisitado a fim de que lhe seja conferido entendimento harmonioso com o ordenamento jurídico reitor de nosso Estado Democrático de Direito.

## 2. A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE GARANTIDOR

Os crimes omissivos impróprios consistem na infração de um dever jurídico especial do autor, que está obrigado a agir adequadamente para evitar a realização do resultado lesivo ao bem jurídico, e por isso a ele (omitente) é atribuída uma posição de garantidor desse bem.

Com efeito, a determinação das fontes dessa posição de garantia é um dos temas mais problemáticos da teoria do crime, uma vez que as diferentes correntes de opinião são reflexo de decisões político-criminais, trazendo para a discussão acepções axiológicas, como a promoção da solidariedade social ou da liberdade de ação (que, por vezes, pode dar cabo a condutas excessivamente egoístas); corporativistas, revelando interesses específicos de determinadas classes, e outras situações alheias às ciências penais. (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2004, p. 238)

A doutrina brasileira ainda não apresenta uma solução convincente para os casos de omissão imprópria. A tendência é limitar a análise fundamentando a responsabilidade dos garantidores na posição genérica de garantidor que possuem em decorrência de norma ou contrato (independentemente da situação concreta), bastando, portanto, a comprovação de dita situação e a possibilidade de evitar o resultado.

Ocorre que, ao atribuir responsabilidade penal com base exclusivamente em um dever previamente existente, desconsidera garantia característica dos Estados Democráticos de Direito: a culpabilidade. Como assinala Nilo Batista (2001, p. 103), o princípio da culpabilidade deve ser entendido como repúdio à responsabilidade objetiva ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2010, p. 447-450), que enquadra a culpabilidade como condição material requerida pelo modelo garantista como justificação do poder punitivo – ainda que esta conquista moderna venha sido ignorada, retomando os primórdios jusprivatistas do Direito Penal – como a garantia da responsabilidade penal pessoal, subjetiva ou culpável.

Dispensável abordagem pormenorizada sobre a garantia, pois inafastável a vedação de responsabilização objetiva na seara criminal como um dos pilares do Direito Penal. A despeito disso, a doutrina

brasileira vem, de forma significativa, adotando a teoria formal de dever jurídico para delinear a figura do garantidor:

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009) as fontes originadoras da posição de garantidor são a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, a assunção, por outra forma, da responsabilidade de impedir o resultado, e adoção de comportamento anterior que cria o risco de ocorrência do resultado, em referência às fontes legais de situação de garantia previstas na norma penal. No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso (2003) entende que o dever jurídico que o garantidor tem de agir para evitar a causação do resultado advém das situações referidas no artigo 13, § 2º, do Código Penal, nas quais o agente assume a posição de garante da não superveniência do resultado, aduzindo que os pressupostos configuradores da posição de garantidor são elementos do tipo, devendo estar cobertos pelo dolo, devendo o agente ter, pois, consciência de sua posição de garantidor da não superveniência do resultado (ciência da situação genérica de garantia). Em posicionamento semelhante, a leitura de Rogério Greco (2011) é no sentido de que pessoas referidas no artigo 13, §2º, do Código Penal, detêm um *dever especial de proteção*, decorrente da obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, ou por ter assumido de outra forma a responsabilidade de impedir o resultado, ou por ter criado o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior.

### 3. TEORIAS FORMAIS (TRADICIONAIS) DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A chamada *posição de garante* tem origem em Schaffstein, que partiu de critérios como *atuação precedente perigosa e proximidade do omitente com o bem jurídico protegido* para equiparar o omitente ao autor do correspondente tipo comissivo, como esclarece Ruy Celso Barbosa Florence (2010, p. 150). Foi aprimorada por Feuerbach que formulou a tese de que as obrigações derivadas da lei extrapenais de Direito Público ou de Privado e de contratos convertem o omitente em responsável pelo resultado não impedido, com base, dentre outros, nos seguintes exemplos: os pais (lei) que não dão de comer ao filho menor, levando a sua morte por inanição, assim como a babá (contrato) que omite a alimentação do bebê que tem sob seus cuidados

realizam, por comissão por omissão, delito contra a vida, assim como o salva-vidas funcionário de uma piscina privada (contrato) é responsável pela morte se não intervém para impedir o afogamento de um banhista. (GIMBERNAT ORDEIG, 1997, p. 13-15)

E, então, como demonstra Florence (2010) Johanes Nagler indicou como fontes formais da posição de garantidor a lei, o negócio jurídico e o atuar precedente – ideia que subsiste na doutrina brasileira, que, conforme demonstrado, tende a entender que a responsabilidade penal decorre da mera relação abstrata entre o obrigado a salvaguardar e o bem jurídico ou entre ele e a fonte de perigo de lesão a este bem, uma vez que o fundamento para a posição de garantidor é justamente a relação especial que o sujeito tem com o bem jurídico (que o diferencia dos demais membros da sociedade).

As explicações baseadas tão somente nas fontes formais de garantia, aparentemente satisfatórias, não respondem a todos os casos, tendo o próprio legislador antevisto este problema, razão pela qual deu o primeiro passo para limitar a obrigação de salvaguarda pelo emprego da expressão *podia agir*, que, segundo Nucci (2008, p. 156) significa que o agente que tenha o dever de agir, mas está fisicamente impossibilitado de atuar, não responde pelo delito. Isso porque a possibilidade de agir diz respeito à capacidade concreta (física-real) de executar a ação para evitar o resultado. (MIRABETE, 1998, p. 104)

Significa dizer que a omissão não pode advir um dever indeterminado de atuar, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade somente pode ocorrer diante da inobservância do dever concreto de agir, quando houver perigo real ao bem jurídico e quando houver conduta capaz de salvá-lo. (GALVÃO, 2013, p. 313)

Ora, a restrição do dever de agir pela conjugação dos fatores “consciência da obrigação de agir” e “possibilidade real de fazê-lo sem risco pessoal” – como posto por Delmanto (2012, p. 22) – continua não atendendo ao princípio da culpabilidade: a origem da responsabilidade pelo não agir segue decorrendo exclusivamente do fato de os agentes serem garantidores nos termos do artigo 13 do Código Penal. Não se nega que determinados agentes detêm maior responsabilidade no zelo por bens jurídicos com relação à sociedade em geral e por isso assumem o compromisso genérico de salvaguardar bens

jurídicos (são garantidores). Todavia não se pode admitir que este fato – isoladamente considerado – seja suficiente para que lhes seja atribuída a realização de um resultado típico.

Para se falar da punição daquele (garantidor) que tinha o dever de evitar o resultado delitivo, é necessário ir além do dever genérico de garantir decorrente das fontes formais. Como esclarece Juarez Tavares (2012), para quem a posição de garantidor é critério inconsistente na equiparação da omissão à ação, a teoria dos deveres formais é positiva, pois se ajusta ao princípio da legalidade, na medida em que determina legalmente aquilo que se pode exigir do sujeito, contudo é incompreensível a equiparação da omissão à ação exclusivamente com base na posição de garantidor que o agente tenha para com o ordenamento jurídico. Já para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p. 545), a formalização em texto legal das fontes de posição de garantidor sequer resolve os problemas que a tipicidade omissiva cria para o princípio da legalidade, pois nem toda omissão do cumprimento de um dever jurídico acarreta para o omitente responsabilidade criminal pelo resultado – e esse é justamente o problema que enfrentamos: o de determinar quando o não cumprimento do dever importa para responsabilidade ao omitente pelo resultado punível decorrente da omissão.

De todo modo, resta evidenciado que a existência das fontes formais do dever atuar, como salienta Regis Prado, (2013, p. 634) por si só, não justifica a atribuição de responsabilidade penal ao garantidor omitente e gera dúvida e insegurança no que tange à legalidade. Isso porque, como esclarece Pérez Cepeda (1997, p. 93), as fontes formais estabelecem a responsabilidade de evitar o resultado de um modo genérico aos sujeitos que desempenham determinada atividade ou ocupem determinada posição, o que indica que seu âmbito de aplicação é muito difuso – além de estático, enquanto a comissão por omissão impõe uma percepção dinâmica.

A aplicação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro impõe, em razão do princípio da culpabilidade, a verificação do compromisso específico de salvaguardar aquele bem lesionado, assumido pelo garantidor no caso concreto. Vale dizer, em se tratando de omissão imprópria, além de detentor da posição genérica de garantidor, deve ser possível comprovar que o agente a quem se pretende atribuir a prática

do resultado tinha um compromisso específico de contenção daquele risco e tinha condições de evitá-lo.

Nesse sentido, Ana Isabel Pérez Cepeda (2007, p. 32) adverte para a necessidade de limitar o âmbito punitivo baseado no princípio da precaução quando há abuso da responsabilidade penal do garantidor, pois essa postura conduz à responsabilidade penal objetiva, que é uma séria ameaça disfarçada pela suposta finalidade de ampliar a capacidade de resposta e eficácia no controle de delitos.

#### **4. TEORIAS MATERIAIS (SUBSTANCIAIS) PARA DEFINIÇÃO DO GARANTIDOR**

Daí a precisão de extrapolar as fontes formais da posição de garantidor e associá-las às teorias materiais dos delitos comissivos por omissão no estudo da omissão, a fim de estabelecer satisfatoriamente a figura dos garantidores.

Para essas teorias, ainda bastante minoritárias em nosso país, mas já adotadas pela doutrina e jurisprudência de alguns Estados europeus, o fundamento da omissão imprópria não está no mero descumprimento de um dever, e sim na realização do tipo pelo garantidor (equiparação da omissão à ação), razão pela qual buscam um critério de identidade entre a figura comissiva e a omissão, o que pressupõe dotar o conceito de garantidor de conteúdo material.

Armin Kaufmann (2006), entendendo que as fontes formais desconsideram o conteúdo do dever jurídico estabelecido, dificultando, assim, a delimitação das posições de garantia, optou por abandoná-las e deu início a essa tentativa de determinar os deveres do garantidor com base em critérios materiais por meio da “Teoria das funções”, amplamente difundida na Alemanha. O autor alemão esclarece que na omissão imprópria não cabe falar em decisão ou vontade de omitir, nem mesmo de omissão consciente, mas, sim, de um aspecto subjetivo que requer o conhecimento da situação típica, isto é, a representação da lesão ao bem jurídico que se ameaça produzir, bem como as circunstâncias fundamentadoras da posição de garantidor, além da cognoscibilidade da via de salvação – se ao garantidor não se deu conta de que a possibilidade de salvação lhe era concebível e tentou salvar o bem de forma inadequada, cabe evocar a culpa.

Propôs, portanto, a criação de dois grupos de garantidores: um dos que tem a obrigação de proteger determinados bens jurídicos contra todo tipo de ataque (função protetora), que inclui as obrigações assumidas pelo sujeito ou impostas pelo direito, apresentando um elo entre o garantidor e a pessoa a quem se deve a custódia; e outro dos que tem a obrigação de controlar uma fonte de perigo (função de segurança ou vigilância), que abriga aqueles que têm o dever que vigiar determinadas fontes de perigo, em especial os que voluntária e previamente criaram a situação de perigo (risco não permitido) a um bem jurídico de terceiro. (FLORENCE, 2010)

Embora tenha sido de grande relevância sistemática a classificação mencionada, na tentativa de solucionar um problema, Kaufmann acabou por ampliar as situações em que poderia caracterizar-se a posição de garantidor. Aplicando-se a teoria, por exemplo, o condutor de veículos, o dono de animais domésticos e aquele que possui substâncias explosivas ocupariam a posição de garantidor, porque têm a obrigação de controlar essas fontes de risco.

Também na Alemanha, Mezger sugere que para imputar-se ao omitente a responsabilidade criminal pelo resultado é necessário não apenas o dever jurídico de agir, mas um dever jurídico de impedir o resultado, do qual decorre claramente que esse resultado deva ser tomado em consideração na punibilidade; enquanto Welzel, em oposição, entende que impedir o resultado é também, naturalmente, o fim visado pelo comando na omissão simples – teoria encampada por Aníbal Bruno –, sendo, pois, fator decisivo a posição de garantidor em que se encontra o agente em referência ao bem jurídico – garantidor da não realização do resultado, em consequência de particular relação de dever. (BRUNO, 2003)

Na Espanha, Luis Gracia Martín (1985) desenvolve um contraponto à ideia proposta por Schünemann: substitui o critério de domínio sobre a causa do resultado, defendido por este, pelo critério do domínio social como fundamento da posição de garantidor. O espanhol o faz, sobretudo, por entender que a teoria do alemão não explica porque o legislador teria que restringir o rol de autores já que todo aquele que tivesse domínio sobre o fundamento do resultado seria garantidor. Para Gracia Martín, além de ter o domínio causal na proteção do bem

jurídico, tendo domínio sobre sua vulnerabilidade (no sentido de Shünnemann – critério de conteúdo ontológico), é necessário que o agente tenha domínio social (critério de conteúdo normativo), determinado por condições que fundamentam uma relação específica de dependência a uma classe de sujeitos, que têm o monopólio do exercício da função protetora, excluindo os demais membros da sociedade. Além de estabelecer que a posição do garantidor se caracterize formalmente pelo âmbito de proteção da norma e materialmente pelo exercício de uma função social, entende que é necessário que esse sujeito que possui o domínio social assuma mediante uma ação concreta uma posição de garantidor específica, incorporando à sua esfera de controle uma situação determinada de risco a um bem jurídico. A partir daí é que o não agir que efetivamente pudesse proceder a contenção do perigo ao bem jurídico pode ser equiparado à ação típica.

Santiago Mir Puig (2009, p. 319), por seu turno, propõe que, para haver a relação funcional entre o garantidor e o bem jurídico que está obrigado a proteger ou a controlar fonte de perigo, é necessário que ocorra, no caso concreto, a criação ou aumento voluntário (ou imputável), em momento anterior, de um perigo atribuível ao autor e que tal perigo determine, no momento do fato, uma situação de dependência pessoal do bem jurídico com relação ao causante do perigo, isto é, que esse perigo esteja sob controle pessoal do seu causador (não sendo suficiente a mera possibilidade de salvamento) – o que não acontecerá quando, por exemplo, o bem puder ser guardado por outra pessoa.

Por fim, merece destaque o trabalho de Jesús María Silva Sánchez (2003), que vai além da proposta de Mir Puig e traça sua “Teoría del garante”, segundo a qual haverá comissão por omissão quando o sujeito tiver, através de compromisso específico e efetivo de atuar, assumido em suas mãos o risco real ou hipotético, o que se concretiza por meio de uma “barreira de contenção”. Uma vez estabelecida a barreira com a assunção do compromisso inequívoco de salvaguardar, retirá-la (não conter o risco) ameaçaria o bem que tem que ser protegido, evidenciando autêntica identidade estrutural-normativa com a comissão. Assim, para o espanhol, a responsabilidade não advém de um rol genérico de funções, mas de situações concretas de garantia, com assunção específica e inequívoca de controle do risco.

## 5. TEORIAS MISTAS

O que se pode inferir do exposto é que ambas as teorias anteriores, isoladas, são insuficientes para atender às demandas que tangem a posição de garantidor. Para tratar do tema com segurança, é preciso associar as fontes formais com as teorias materiais: partir das fontes das relações do sujeito com o bem jurídico e, então, procurar estabelecer relações diretas do ponto de vista substancial para atribuir-lhes conteúdo material. (REGIS PRADO, 2013, p. 360)

Isto é: para definir a posição de garantidor deve-se, analisar o conteúdo das relações especiais entre o omitente e o bem jurídico e o grau de dependência do bem jurídico em relação ao omitente, para descartar posições de garantia legalmente referendadas, apesar de carentes de conteúdo material. (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2004, p. 239)

## 6. CONCLUSÃO

O crime, seja comissivo ou omissivo, não é passível de responsabilidade objetiva no seio de em um Estado Democrático de Direito. Dessa feita, não se pode prosseguir entendendo como “garantidor” aquele que formalmente se enquadra nas hipóteses descritas no artigo 13 do Código Penal, pois ao fazê-lo observa-se exclusivamente o princípio da legalidade, em detrimento de outras garantias constitucionais.

A leitura do dispositivo legal mencionado a partir das teorias mistas, que mesclam fundamentos formais e materiais para estabelecer a situação de garantia, traz respostas satisfatórias e coerentes com os pilares de um Estado Democrático de Direito, pois consideram as fontes formais, atendendo ao princípio da legalidade, e limitam as hipóteses de riscos idôneos a gerar a imputação de um delito de comissão por omissão em razão da existência de uma posição de garantidor com base nos dados do caso prático, atendendo às restrições impostas pela culpabilidade, uma vez que observa a concretude da situação de garantia (considerações materiais).

Todavia, o fato de haver mais de um ponto de vista de como deve ser feita a análise substancial do conceito de garantidor não permite o

pronto encerramento da questão, afinal, não há consenso sobre o que deve ser levado em conta para configurar a figura do garante à luz do nosso ordenamento jurídico e da dogmática penal.

A proposta de Silva Sánchez se revela como a mais restritiva entre aquelas que tratam do tema, pois exige que o sujeito assuma o compromisso específico – concreto, inequívoco e capaz de impedir a atuação de outros possíveis salvaguardores – de controlar um risco que, com segurança, teria ocasionado o resultado.

Entende-se, portanto, que a definição da posição de garantidor depende da atribuição de conteúdo material ao seu conceito, cujas fontes formais estão estabelecidas na norma penal, através da verificação, no caso concreto, do efetivo e inequívoco compromisso do garantidor em salvaguardar o bem jurídico em perigo.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral – introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La omisión impropria em la dogmática alemana: una exposición”. *ADPCP*, v. L, 1997, p. 13-15.

- GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en derecho penal I: teoría general*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução da segunda ed. alemã. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades*. Madrid: Cedecs, 1997.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.). *Curso de derecho penal: parte general*. 1. ed. Barcelona: Experiencia, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.
- TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.