

OS LIMITES DO GARANTIDOR NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

*Evandro Ferreira de Araújo Costa Netto*¹

*Larissa Saraiva Garrido Carneiro*²

*Rafael Barbosa Gomes Ladeira*³

Sumário: Introdução; 1 Crimes omissivos impróprios; 2 Posição do garante; 3 Erro de tipo nos crimes omissivos impróprios; 4 Erro de proibição nos crimes omissivos impróprios; 5 Limites do garantidor; 6 Teoria da Imputação Objetiva; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente *paper* esclarece tópicos de Direito Penal relacionados à figura do garantidor – crimes omissivos impróprios, erro de tipo e de proibição, limites do garantidor. Este tem fundamental importância na proteção de bens jurídicos: é o verdadeiro responsável, por exemplo, pela guarda da vida e da integridade física dos indivíduos, devido às condições físicas e de treinamento. Exemplos de garantidores são os policiais, bombeiros, seguranças. Outro profissional que atua de forma menos “complexa” é o cuidador de crianças.

PALAVRAS CHAVE:

Crimes omissivos impróprios – Garantidor – Limites do garantidor – Erro

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como enfoque principal delimitar o poder-dever do agente responsável pelo bem jurídico, conhecido pela doutrina penal como garantidor. Há limites para a sua atividade, pois mesmo que sua atividade exija a exposição aos riscos, não será possível obrigá-lo a se expor à situação de extremo risco. O garantidor estaria comprometendo a sua vida e integridade física em troca de uma pequena chance de exercer seu dever. A figura do garante será definida neste *paper*, além de suas atribuições.

Será necessário também conceituar os principais tópicos de Direito Penal relacionado ao tema: crimes omissivos impróprios, discriminantes putativas, erro de tipo e

¹ Aluno do 3º período no curso de Direito da UNDB.

² Aluna do 8º período no curso de Direito da UNDB.

³ Aluno do 3º período no curso de Direito da UNDB.

erro de proibição. Dependendo da situação fática, é possível que todos estes fatores incidam de maneira conjunta, sendo difícil para o intérprete do direito definir os elementos da conduta.

Para Mirabete (1994, p. 124), trata-se de crimes omissivos impróprios quando são possíveis de descrevê-los com uma conduta negativa, não fazendo o que está escrito em lei. A omissão consiste na transgressão de uma norma jurídica, não sendo necessário resultado naturalístico. Para que o crime exista, nesse caso, é necessário somente que o autor se omita em uma situação que deverá agir.

Crimes omissivos impróprios são aqueles em que, para sua configuração, é necessário que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado – isto se atribui aos garantidores. (GRECO, 2012, p. 228)

A posição de garantia no Direito Penal tem como atribuição impedir a lesão a um bem jurídico previamente atrelado. Desta forma, os garantidos não são qualquer pessoa, mas sim aqueles que “em virtude de sua especial proximidade com tal bem, estejam investidos nesta qualidade”. (CARRAZONI JR, 2004, p. 1)

1 Crimes omissivos impróprios

Segundo Carrazzoni (2014), os crimes omissivos impróprios são aqueles crimes que estão vinculados a um não cumprimento de uma atividade por parte do agente, sendo que este agente teria a obrigação de executar tal atividade por determinação da lei. Diante dessa perspectiva pode se perceber a obrigatoriedade que o agente tem de agir em uma determinada situação de emergência.

Um exemplo de caracterização clara de um crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão pode ser representado pelo papel de um bombeiro. Ou seja, se por um acaso tiver ocorrendo um afogamento no momento de seu trabalho sendo que este permanece inerte no momento do acontecimento, o agente na posição de garantidor responderá pelo crime de homicídio por omissão. Diante desse aspecto percebe-se que o salva vidas possui um dever inerente a sua profissão, e que esse está ali para garantir que situações que podem ser revertidas, a serem revertidas. Por isso a omissão pura acaba gerando o tipo penal, que no caso seria o não atendimento da ação devida. Com relação aos crimes omissivos impróprios existem duas teorias: a naturalista e a normativa.

De acordo com Zaffaroni (2010), existe o que se chama de teoria naturalista, que constitui-se de um comportamento positivo de fazer. Portanto quem omite fazer algo, com certeza faz algo, pois como uma ação comum altera o meio, a omissão nesses tipos de conduta

também alteram o mundo exterior. O agente que não faz absolutamente nada no momento da determinada situação, contribuindo para a concretização do respectivo delito. Essa teoria ratifica a omissão como um crime diretamente relacionado com um outro crime que requer ação.

Além da teoria naturalística existe a teoria normativa. A teoria normativa diz que a omissão seria um nada e um nada não pode causar alguma coisa. A relevância da omissão nessa teoria se trata do dever fazer e não apenas do não fazer. Então conclui-se que o agente só tem a culpa se tiver obrigação de impedir o resultado (ZAFFARONI, 2010).

2 Posição do garante

A posição de garantia tem como objetivo impedir que um bem jurídico seja lesado sendo este amparado por uma norma proibitiva. Dessa forma a posição do garante não deve ser imputada a qualquer um e sim por pessoas que possuem um vínculo direto com o tal bem jurídico que tem que ser protegido. No âmbito jurídico, o garante possui o dever de agir nos casos que houver necessidade de agir. Quem está na posição de garantia são todas aquelas pessoas que tem por fim evitar um resultado antijurídico. Assim o garante está na posição de evitar o injusto (CARRAZZONI, 2014).

Os garantidores devem “prevenir, ajudar, instruir, defender ou proteger o bem tutelado ameaçado”. São, para a doutrina, significado da garantia de que o resultado lesivo não ocorrerá, “pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo Direito”. (BITENCOURT, 2008, p. 237)

Há muito tempo a questão foi tema de debates em virtude da ausência de previsão legal, faltando orientação para com o intérprete na interpretação da figura do garantidor em determinado caso concreto. “A figura do garantidor era, portanto, pura elaboração doutrinário-jurisprudencial. A doutrina criou uma série de condições ou hipóteses que poderiam ser consideradas as fontes do dever de evitar o resultado”. (BITENCOURT, 2008, p. 237)

As fontes da posição do garantidor são correspondentes ao que o legislador atual pôs no Código como “omissão relevante”, inclusive dando a impressão equivocada de que nos crimes omissivos próprios a omissão não é relevante penalmente. (BITENCOURT, 2008, p. 238)

O garante possui uma relação vital com o bem jurídico a ser protegido. Assim o Código Penal prevê no artigo 13:

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 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 incumbe a quem:

- a) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Com referência ao comentário de Nucci (2012), fica evidente que as pessoas que possuem uma obrigação de proteger um bem jurídico, que são os garantes, serão criminalizados por condutas omissivas inerentes a sua função. Os garantes possuem autonomia para agir, assim da forma que os cabem agir, devem agir. Ao contrário disso podemos considerar que uma pessoa que ver outra pessoa se afogando em uma piscina, e por não saber nadar não se arrisca para salvar a pessoa que está se afogando, não poderia ser enquadrada dentro de crime omissivo impróprio.

A partir do respectivo artigo é correto afirmar que existem pessoas que possuem a posição de garante na qual a lei determina estas serão responsáveis pela tutela de bens jurídicos de terceiros. É importante ressaltar que esses garantidores, além dos que possuem a função de proteção, no caso da omissão destes, não responderão por omissão e sim pelos crimes possíveis de: lesão corporal, homicídio, dentre outros. Por exemplo, um bombeiro militar que veja uma pessoa se afogando e tenha as claras condições para o salvamento da vítima e não faz nada para a salvar, responderá pelo crime de homicídio em sua forma omissiva imprópria.

No entanto, faz-se necessária a leitura do art. 24, §1º do Código Penal, que dispõe:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

O estado de necessidade é causa excludente de ilicitude, na conduta de quem “não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro [...] cuja perda não era razoável exigir”. (CAPEZ, 2012, p. 75)

O §1º do mencionado artigo tem uma ressalva quanto ao garante, que possui o “dever legal de enfrentar o perigo”. O mesmo não pode alegar estado de necessidade em uma situação de risco, porque à ele incumbe essa atividade. Porém, é possível a recusa à situação

perigosa na hipótese de ser “impossível o salvamento ou o risco for inútil”. (CAPEZ, 2012, p.76)

3 Erro de tipo nos crimes omissivos impróprios

O art. 20, caput, do Código Penal prescreve que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.” Trata-se do erro de tipo, quando o agente não quer praticar o crime, mas, por erro, vem a cometê-lo mesmo que havendo um erro substancial na execução da conduta criminosa (CARRAZZONI, 2014).

Tipo penal, segundo CAPEZ (2012), é definido como “modelo descritivo das condutas humanas criminosas”, e sua criação pelo legislador penal permite a garantia do direito à liberdade. O tipo penal é composto de vários elementos objetivos, normativos e subjetivos.

Na sua integralidade, o tipo é composto de elementos objetivos (objeto, lugar, tempo, meios empregados, núcleo do tipo), normativos (aparecem sob a forma de expressões como “sem justa causa”, “indevidamente”, “documento”, “funcionário público” [...] etc.), subjetivos (o elemento subjetivo do tipo é a finalidade especial, a qual pode ou não estar presente na intenção do autor). (CAPEZ, 2012, p.20)

Porém, no tipo penal de crime omissivos impróprios, por mais que o agente seja o garantidor, o mesmo poderá desconhecer que está na condição de garantidor da não ocorrência do resultado ou tem a impressão errada da ocorrência. Segundo o Código Penal nesse tipo de situação ocorrerá a ausência de dolo. O erro de tipo possui características para ser considerado um erro desculpável, principalmente no que diz respeito a falsa impressão da realidade que o agente tem. Ora, se alguém mesmo na posição de garantidor, não cumpre com o que tem por dever garantir, por motivo diverso de dolo, é porque esse garantidor não teve a intenção de proporcionar que a lesão a tal bem jurídico.

Em um erro de tipo tradicional, o agente não age de maneira consciente. Quando um agente atua nesta espécie erro, desaparece de sua esfera intelectual o elemento consciência, constitutivo do dolo natural, resultando sua necessária descaracterização. O agente no momento da ocorrência não tem o caráter de previsibilidade para o acontecimento (VENANCIO, 2014).

O erro de tipo pode ser essencial. Nesse tipo de erro de tipo as circunstâncias recaem sobre o tipo penal, de forma que tira do agente a consciência que está praticando um delito (GRECO, 2014). O erro de tipo essencial

Incide sobre dados relevantes da figura típica. A vontade do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo. Nessa linha, o erro de tipo essencial ou impede o agente de saber que está praticando o crime, quando o equívoco incide sobre elementar, ou não lhe permite perceber a existência de uma circunstância. Daí o nome erro essencial: incide sobre situação de tal importância para o tipo que, se o erro não existisse, o agente não teria cometido o crime, ou pelo menos, não naquelas circunstâncias. [...] (CAPEZ, 2012, p.63)

Segundo o artigo 20 do Código Penal comentado por Nucci (2012), nesse tipo de erro se exclui o dolo, porém o agente responderá por culpa no caso de haver previsão legal, ou exclui se o dolo e a culpa no caso de o erro essencial for invencível.

O erro de tipo pode ser inevitável (invencível ou escusável), nas situações nas quais o erro não poderia ter sido evitado, nem com o “emprego de uma diligência mediana”. O erro inevitável, recaindo sobre elementar, exclui dolo e culpa, tornando a conduta atípica. (CAPEZ, 2012)

O erro de tipo evitável (vencível ou inescusável) é aquele que “poderia ser evitado se o agente empregasse mediana prudência”. Exclui dolo, mas não exclui culpa. Existirá situações em que o tipo não admite modalidade culposa, e por consequência, não existirá crime. (CAPEZ, 2012, p. 64)

Assim, se o sujeito vê sobre a mesa uma carteira e, acreditando ter recuperado o objeto perdido, subtrai-o para si, não responderá pelo furto. Exclui-se o dolo. Por outro lado, embora tivesse havido culpa, já que a carteira subtraída era totalmente diferente, como o tipo do art. 155 do Código Penal não abriga a modalidade culposa (o furto culposo é fato atípico), não há que se falar na ocorrência de crime. (CAPEZ, 2012, p. 64)

Já no tipo de erro accidental, acontece quando recai sobre os elementos secundários e irrelevantes da figura típica e não impede a responsabilização do agente no crime, não tendo nem dolo nem culpa.

4 Erro de proibição nos crimes omissivos impróprios

Conforme Greco (2014), no tipo de erro de proibição, o agente acredita que a sua atitude é defendida pelo direito, quando na verdade é uma atitude proibida pelo direito (Art. 21 CP). Com relação a esse tipo de erro deve se levar em conta em primeiro lugar a impossibilidade da justificativa do desconhecimento por parte do agente pela lei existente proibitiva. Esse requisito está exposto no artigo 3º da LINDB: “§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.”.

Existe uma ressalva no tocante ao desconhecimento da lei e o art. 3º da LINDB, sugerida por Capez:

Exceção: art. 8º da Lei de Contravenções Penais, que prevê o erro de direito como hipótese de perdão judicial, ao dispor que “no caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”. O desconhecimento da lei, embora não exclua a culpabilidade, é circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, II). (CAPEZ, 2012, p. 66)

No caso do erro sobre a ilicitude ser inevitável, se isenta a pena, e se evitável a pena poderá ser reduzida. Sendo evitável, o agente atua ou se omite sem a consciência do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência, se trata desse tipo de erro.

Um exemplo de erro de proibição relacionado com crimes omissivos impróprios seria no caso de uma pessoa estar se afogando e a outra podendo prestar socorro a vítima que se afogava, acaba não prestando, pelo simples fato de não possuir nenhum vínculo com a vítima e por esse raciocínio não se acha na obrigação de prestar socorro. Nesse tipo de erro o agente tem a concepção de que está limitado no que diz respeito ao poder de garantia.

5 Limites do garantidor

De acordo com o que foi visto anteriormente, para que se caracterize um crime omissivo impróprio, é necessário que o agente se enquadre corretamente como garantidor. Em conformidade com a ideia, os pressupostos para se enquadrar como garante são: dever em conformidade com a lei de evitar o resultado, as condições para evitar o resultado e a possibilidade de agir para evitar o resultado.

Contudo, na realidade em que vivemos existem muitíssimos casos em que o garantidor não possui as mínimas condições físicas e materiais para evitar a lesão ao bem jurídico. Existem casos em que policiais são convocados para a realização de missões em que os delinquentes possuem armamentos muito superiores ao dos policiais. Esses casos são considerados excludentes de ilicitude (VENANCIO, 2014).

Quando a lei fala em poder agir, está especificando as possibilidades físicas para conseguir evitar o dano. Com certeza numa situação idêntica ou parecida com a exposta acima não valeria a pena para o garantidor expor sua vida nesse nível de risco. Como muitos dos cidadãos, os garantidores também possuem família e filhos, portanto não agir em casos desfavoráveis não seria crime, moralmente e licitamente falando.

O certo é que os limites do garantidor são subjetivos, pois a lei é bastante subjetiva por não positivar de forma mais clara os seus limites.

6 Teoria da Imputação Objetiva

De acordo com os ensinamentos de Tavares (2013), a Teoria da Imputação Objetiva acontece de forma a excluir a culpabilidade. Essa teoria extingue o princípio da culpabilidade, pois uma conduta, omissiva só pode ser considerada crime se houver dolo ou culpa. Um claro exemplo disso seria alguém que se jogasse de repente na frente de um veículo que estivesse numa velocidade permitida, cumprindo todos os requisitos de um garantidor. Conforme o Direito Penal, não existe previsão legal para tal fato, ou seja não é crime.

Para essa teoria, o resultado é normativo e não meramente causal. O fato é analisado sob o ponto de vista objetivo, não importando o aspecto subjetivo do autor (dolo ou a culpa). Deve-se analisar a conduta e o resultado juridicamente relevantes. Assim a responsabilidade pelo resultado só será imputada àquele que criou um risco ao bem juridicamente protegido. No entanto, o risco será analisado em cada caso concreto e será imputado aquele que ultrapassar os limites do risco permitido. O risco permitido, por sua vez, é inerente à sociedade em que vivemos. Trata-se da denominada sociedade de risco [...] (SIRVINSKAS, 2002, p. 353)

É necessário, porém, lembrar que esta teoria é polêmica no Brasil, não possuindo aplicabilidade completa, ou seja, apenas é aplicável no caso concreto.

Não há como se afirmar, categoricamente, qual das teorias seria a melhor. Todas as teorias são passíveis de aplicação. Sua escolha dependerá de cada caso concreto. É possível notar, contudo, uma nítida relação entre a teoria social da ação e a teoria da imputação objetiva. Essa relação se consubstancia na busca de um resultado socialmente relevante. [...] O risco não permitido teve também colocar em perigo o bem juridicamente (socialmente) relevante.

No nosso entender, essa teoria surgiu para acrescentar dados importantes no sentido de diminuir as possibilidades de injustiça social. E a teoria social da ação passou a ser relevante para sustentar a teoria da imputação objetiva. Não há dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o ponto de partida para o estudo do comportamento humano socialmente desaprovado. (SIRVINSKAS, 2002, p. 354)

CONCLUSÃO

O presente trabalho baseou-se na seguinte indagação: o garantidor, sabendo que irá por sua vida em risco, mesmo não podendo mudar a situação, será capaz de cumprir com o dever de pelo menos tentar impedir o resultado? A lei não o protege através do estado de necessidade, atribuindo a ele o dever de enfrentar o perigo – art. 24, §1º do Código Penal: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

A doutrina em geral define a figura do garantidor através da interpretação do que está nas alíneas do §2º do art. 13 do Código Penal: uma pessoa que tenha a obrigação de agir em determinadas situações arroladas no mesmo. A lei não exemplifica quem são esses

agentes. Nesse sentido, foi de fundamental importância a determinação de quem pode ser garante.

Além disso, pode ocorrer o erro, por parte desse garantidor, e relacionados às discriminantes putativas – o agente tem uma “distorcida visão da realidade”, imaginando que há os requisitos para de uma excludente de ilicitude. (CAPEZ, 2012)

Determinar se o erro é de tipo ou de proibição pode ser difícil, dependendo da situação fática. Por isso, esta questão foi abordada com especial atenção neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. 13.ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. Fernando Capez, Stela Prado. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRAZZONI JR., José. *Os crimes omissivos impróprios*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1677/Os-crimes-omissivos-improprios>>, acesso em 13 de fevereiro de 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 12.ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Teoria Social da Ação e Teoria da Imputação Objetiva*. In: Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos – Divisão Jurídica, Instituição Toledo de Ensino. Bauru/SP: EDITE, dezembro de 2001 a março de 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 312-349

VENANCIO, Ronaldo Cezar Possato. *Limites aos crimes omissivos por omissão*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=255>, acesso em 15 de fevereiro de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. V. II, t. I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.