

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FUNDAMENTO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NOS POSICIONAMENTOS DE BERND SCHÜNEMANN E CLAUS ROXIN

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE BASIS OF IMPROPER OMISSION IN THE POSITIONS OF BERND SCHÜNEMANN AND CLAUS ROXIN

Luisa Caçado Cyrino

Mestra e bacharel em Direito pela UFMG.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7525667206936323>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4675-1135>

luisacyrino@gmail.com

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar a ideia de domínio, como fundamento material da equiparação entre ação e omissão, a partir dos posicionamentos de Bernd Schünemann e de Claus Roxin, com o objetivo de identificar o conteúdo desse conceito como alicerce de legitimidade e validade dos crimes omissivos impróprios.

Palavras-chave: Crimes Omissivos Impróprios; Domínio.

Abstract: The present work aims to analyze the concept of control as the material basis for equating action and omission, based on the positions of Bernd Schünemann and Claus Roxin, with the objective of identifying the content of this concept as the foundation for the legitimacy and validity of improper omission crimes.

Keywords: Improper Omission Crimes.

1. Introdução

A discussão acerca dos pressupostos de validade e legitimidade dos crimes omissivos impróprios representa um dos maiores desafios da dogmática jurídico-penal (TAVARES, 2012). Nesses delitos, imputa-se ao agente o resultado lesivo descrito em uma norma proibitiva, em razão da violação de um dever especial de agir. Este, segundo previsão legal (art. 13, §2º, do Código Penal), poderá advir: i) do dever legal de cuidado, proteção e vigilância (alínea "a"); ii) da assunção fática da responsabilidade de evitar o resultado (alínea "b"); e iii) da criação anterior do risco ao bem jurídico (alínea "c").

Contudo os tipos penais da parte especial não descrevem a realização da conduta omissiva. É daí que surge o problema de legitimidade dessa espécie delitiva, porquanto, em um paradigma democrático, o princípio da legalidade exige que os limites do ilícito sejam traçados, com precisão e clareza, na lei penal.¹

Desta ausência de previsão expressa decorre o esforço dogmático — ainda hoje sem resposta — de encontrar o fundamento da punibilidade da omissão imprópria, baseado na equiparação da omissão à ação típica, legalmente prevista. Com efeito, a punibilidade somente será justificada quando o desvalor das condutas omissivas e comissivas forem equivalentes (ESTELLITA, 2017).

A problemática a respeito dessa equiparação entre ação e omissão é complexa. **Claus Roxin** (2014, p. 845) afirma que essa questão "representa o capítulo mais discutido e mais obscuro da dogmática da parte geral". No mesmo sentido, **Juarez Tavares** (2012, p. 29) aponta que os crimes omissivos "apresentam questões quase que insolúveis, independentemente das teorias e das propostas metodológicas para elucidá-las". Não obstante, a compreensão desse processo de paridade entre o desvalor da omissão ao da ação, é essencial para a legitimação da imputação dessa espécie delitiva.

Ao longo do desenvolvimento dogmático, a doutrina justificou a

equiparação da omissão segundo diferentes critérios, que podem ser divididos em três grupos: a) as teorias causalistas; b) teorias dos deveres formais; c) teorias do dever de garantidor.

Em síntese, pode-se afirmar que as teorias causalistas reconheciam na omissão uma causalidade, responsável por elevar essa conduta a uma forma de ação. Dentre essas teorias, destaca-se a teoria da ação precedente, segundo a qual a omissão será causal, na medida em que uma comissão antecedente do agente a ligue casualmente ao resultado. A causalidade, portanto, não estaria na omissão, *per se*, mas na conduta anterior. Contudo a proposta causal não prosperou, principalmente em razão da incapacidade de explicar a imputação nos casos de assunção, bem como por depender da aceitação do dolo subsequente (BOTTINI, 2018; TAVARES, 2012). Posteriormente, com o abandono das teorias causais, a doutrina passou a justificar a equiparação entre omissão e ação, em um elemento normativo: a violação de um dever formal, de natureza penal ou extrapenal (lei, contrato e ingerência). A teoria dos deveres formais, contudo, falha ao não identificar os elementos materiais de equiparação (BOTTINI, 2018; ROXIN, 2014).

A ideia central das teorias do dever de garantidor é atribuir ao caráter normativo do dever de agir um elemento material derivado, em essência, da relação fática existente entre o omitente e a fonte de perigo/bem jurídico. Dentre essas teorias, é possível identificar duas vertentes: a teoria do domínio, hoje predominante, e as teorias das competências organizativas e institucionais (ESTELLITA, 2017).

No presente artigo, buscar-se-á identificar o conteúdo material da teoria do domínio a partir da análise dos posicionamentos de Bernd Schünemann e de Claus Roxin quanto ao fundamento do dever especial de agir.

A escolha desses autores decorre, essencialmente, de dois fatores: a teoria do domínio teve origem nas lições de Bernd Schünemann, de forma que é imprescindível examinar suas considerações ao tratar