

logicamente caso se apreenda o conceito de autor como um conceito tipológico. E através disso pode-se combater o risco de que o «salto do autor por trás do autor da teoria para a prática», constatado pelo homenageado tanto correta como satisfatoriamente,⁶⁶ no decorrer do tempo possa conduzir a um «impedimento dogmático»⁶⁷ por meio de uma série de escapadelas da jurisprudência.

SOBRE A POSIÇÃO DE GARANTIDOR NOS DELITOS DE OMISSÃO IMPRÓPRIA – POSSIBILIDADES HISTÓRICO-DOGMÁTICAS, MATERIAIS E DE DIREITO COMPARADO PARA ESCAPAR DE UM CAOS¹

I. UM CAOS DOGMÁTICO NO CORAÇÃO DA IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL

1. Enquanto a universidade alemã – criada sob o espírito de Wilhelm von Humboldt e renascida como uma fênix das cinzas apocalípticas do terceiro Reich – era abalada no final dos anos sessenta do século passado pela chamada geração dos estudantes de 1968,² trabalhavam ao mesmo tempo em suas dissertações – pouco impressionados com este fato – seis alunos de Claus Roxin, todos posteriormente honrados como professores catedráticos, entre

¹ Trad. Alaor Leite.

² NOTABENE, sem ser por ela derrubada – o que, ao menos em aspectos essenciais, só conseguiu realizar a próxima geração, que, chegando ao poder político através de carreiras por vezes incríveis, fundiu-se com as forças que confundem a universidade com uma empresa, chegando, por fim, a substituir o sistema de recrutamento de professores universitários, que alcançou seu ápice com FRIEDRICH ALTHOFF e que era indispensável para a reputação mundial da universidade alemã até 1933, por um sistema de incentivos do mais baixo nível, que mais se assemelha ao modelo do «funcionário do mês» implementado pelo McDonald's. Em um artigo em homenagem a um estudioso que, como poucos, representa o antigo ideal da universidade alemã e que teve de vivenciar como a Faculdade de Direito de Dresden, por ele reerguida com incomparável empenho, foi sacrificada ao cálculo político, gostaria ao menos de deixar registrada essa lamentável tendência, uma vez que livros de estudos em homenagem a um professor universitário não farão mais muito sentido em um mundo em que a universidade

eles nosso homenageado, Knut Amelung, e eu.³ O tema de Knut Amelung, «proteção de bens jurídicos e proteção da sociedade», permanece, hoje como outrora, atual.⁴ E o meu tema, os delitos de omissão imprópria? No ano de 1971, entoei, na condição interina de último autor após uma grande bateria de monografias a esse mesmo respeito, uma citação de Frank do ano de 1931, segundo a qual, sobre a responsabilidade por omissões, ainda não teria sido proferida a última palavra.⁵ Naturalmente o fiz na inconfessável esperança, fruto de um excesso da juventude, de que com a publicação de minha dissertação essa situação se alteraria de forma definitiva. Ledo engano, exclamaria em suas irrepetíveis aulas nosso professor dos tempos de Göttingen, Claus Roxin. Afinal, desde as quase quatro décadas que se passaram de lá para cá, estabeleceu-se precisamente nesse campo, de um lado, um 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 e, de outro lado, uma jurisprudência que renuncia a derivações dogmáticas e busca sua salvação na pura casuística.

2. Na medida em que um artigo escrito para um livro em homenagem não é o local para comprovar essas afirmações de forma minuciosa por meio de citações várias, limitar-me-ei *pars pro toto* aos comentários ao § 13 StGB confeccionados há pouco por Thomas Weigend no Leipziger Kommentar – o mais recente entre nossos cinco grandes e imponentes comentários.

³ Além de nós dois, por HANS ACHENBACH, BERNHARD HAFKE e HERO SCHALL. Depositei formalmente minha dissertação sobre «fundamentos e limites dos delitos de omissão imprópria» no ano de 1970 (publicada em 1971) na Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen; Knut Amelung fez o mesmo no ano seguinte, com o seu trabalho fundamental sobre «proteção de bens jurídicos e proteção da sociedade».

⁴ Algo evidentemente perceptível não apenas nos dois livros coletivos de HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (coords.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, bem como em VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (coords.), *Mediating Principles*, 2006, como também na recente decisão sobre o incesto do Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja negação da teoria do bem jurídico se conduz *ad absurdum* desde todas perspectivas imagináveis (para a crítica ver o voto em separado de Hassemer, bem como o artigo de GRECO, ZIS 2008, p. 234 e ss. (N.T. esse estudo está traduzido por mim para o português, in: RBCC 82 [2010], p. 165 e ss.), cuja crítica à suposta falta de um elemento deontológico na teoria do bem jurídico pode ser facilmente superada por uma recondução dessa teoria à ideia do contrato social). Se a teoria do bem jurídico representa diante da teoria da danosidade social desenvolvida no Iluminismo um retrocesso ou uma desenvolvimento ulterior é especialmente controvertido entre o homenageado e eu (ver nossos trabalhos no já citado livro conjunto «Die Rechtsgutstheorie», p. 133 e ss. (155 e ss.; N.T.: o estudo de Schünemann é o primeiro do presente volume, o de Amelung encontra-se traduzido para o português in: GRECO/TÓRTIMA [coords.], *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117 e ss.), e a discussão não deve ser renovada na presente sede.

a) Weigend toma como ponto de partida a tese segundo a qual, ante a carência de diretrizes legislativas, «a legitimação material de deveres jurídico-penais de ação pode (apenas) ser extraída de princípios gerais de *fairness*» (§ 13 nm. 23). Essa tese, no entanto, soa-me insustentável. Afinal, ainda que por *fairness* se quisesse entender – o que nesse contexto careceria de qualquer sentido – algo diverso do significado que usualmente se lhe empresta, ou seja, o de justiça procedimental, a proposição conduziria ela própria, mesmo assim, *ad absurdum*. Pois o mero recurso a princípios gerais de justiça (1) restituiria a voz ao Direito Natural, há mais de 200 anos corretamente considerado obsoleto; (2) seria, especialmente no Direito Penal, escandalosamente incompatível com o princípio da legalidade (art. 103 II GG) e, de resto, (3) estaria presa, a partir de sua linha de raciocínio, a uma teoria da imputação jurídico-penal de natureza acessória ao direito civil (etc.), ou seja, ter-se-ia um sancionamento jurídico-penal de deveres de ação que em princípio foram pensados de forma apartada do Direito Penal, portanto, uma construção igualmente considerada obsoleta há décadas. Não é possível deduzir, já por razões lógicas, de um tão alto nível de abstração lançado nestes moldes, muito acima das exigências mínimas da imputação jurídico-penal (sua conformação como proteção de bens jurídicos por meio de normas de comportamento com eficácia preventivo-geral), nenhum critério material de equiparação do comportamento ativo com a omissão imprópria, como exige expressamente o § 13 StGB.

b) Uma abstração (*Allgemeinheit*) sem força vinculante como essa não está em condições de autonomamente conduzir a uma solução, o que fica claro após a manifestação do próprio Weigend, que recorre à postulação de um «ponto de partida comum» nos moldes «da concepção de Feuerbach», segundo a qual apenas pode ser garantidor aquele que está em uma relação «específica» com o resultado cuja ocorrência é iminente. A pergunta decisiva – e complicada – nesse contexto seria o ponto no qual deve ser fundada essa «especificidade» (§ 13 nm. 23). Na realidade, Feuerbach não desenvolveu – ao contrário do que lhe atribui Weigend – um conceito vago como esse, mas, sim, uma precisa teoria dos deveres formais, na esteira da teoria do Direito de Kant e que pressupõe uma teoria liberal do Estado e do dever geral de todos os cidadãos de, nos delitos de ação, omitir a lesão de outrem. Em razão disso é que se deve exigir, para os delitos de omissão, um dever de agir fundado no Direito positivo, ou seja, na Lei ou em um contrato.⁶ Que o equívoco dessa, como de qualquer outra «teoria dos deveres formais», situa-se na confusão da imputação jurídico-penal com a violação de um dever jurídico extrapenal, que surge aqui quando muito como um epifenômeno, reconhece o próprio Weigend (§ 13 nm. 21). A substituição do dever formal por uma «relação

⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2. ed., 1803,

específica» não significa um avanço, mas apenas a expressão de desorientação.

c) Essa desorientação, ao invés de ser aplacada, apenas aumenta por meio da solução introduzida por Weigend, segundo a qual os deveres do garantidor seriam de se legitimar «por meio de uma recondução a proposições normativas simples» (§ 13 nm. 24). Isso não se deve exclusivamente ao renovado aumento do grau de abstração conjugado, ao mesmo tempo, com um esvaziamento semântico (devo confessar que por «uma proposição normativa simples» consigo compreender muito pouco, a não ser uma regra completamente generalizada e, por isso, equivocada para os inúmeros casos que se apresentam). O mesmo se pode dizer, também, da ulterior concretização introduzida, qual *deus ex machina*, por Weigend, segundo a qual a plausibilidade, «no essencial», resultaria de que o dever de ação seria um encargo imposto como consequência de um comportamento anterior, ao qual, por sua vez, seria referido um dos três tipos de posição de garantidor, a assunção (Übernahme), a ingerência e o âmbito de domínio (Herrschaftsbereich) (§ 13 nm. 24).⁷ De que maneira uma tal constelação pode, no entanto, corresponder à realização de um tipo por meio de uma ação, como de resto determina o § 13 StGB⁸ e que, além disso, é obrigatório em razão da idêntica consequência jurídica prevista, não fica claro a partir da «simples proposição normativa», também porque ela não se relaciona com os pressupostos da imputação jurídico-penal. E para tanto não basta – tal como no caso da teoria dos deveres formais – um «encargo que impõe um (qualquer) dever de ação», como o demonstra o indiscutível tratamento do caso da babá que, contra a promessa que fizera, não aparece no final da tarde e os pais, apesar disso, deixam sozinha a criança que posteriormente viria a se acidentar: nesse caso, apenas os pais praticam um delito omissivo impróprio, e não a babá. O *topos* do comportamento prévio não oferece, pois, o verdadeiro critério diagnóstico-distintivo (*differential-diagnostisches Kriterium*) para a descoberta da omissão equiparável à ação. Ele apenas descreve uma condição, nem necessária, nem suficiente e, assim, apenas um epifenômeno que comumente acompanha, mas que não constitui a *ratio essendi* da equiparação.

3. Não obstante, seria injusto extrair da presente crítica a um déficit específico da dogmática da omissão construída por Weigend a conclusão de que nela se espelhariamos o «dilema alemão»: enquanto em vários países, como

⁷ (N.T.) Assunção significa, nesse contexto, assumir uma posição de guarda em relação a um bem jurídico desprotegido. Ingerência significa que o agente criou com o seu próprio comportamento prévio uma situação de perigo para o bem jurídico.

⁸ (N.T.) O § 13 StGB prevê uma chamada cláusula de correspondência entre ação e omissão, o que ficará claro ao longo do texto: a omissão equivale à ação se o agente tiver, em primeiro lugar, um dever jurídico de agir, e, além disso, se a omissão corresponder («entspricht») à

a Inglaterra ou a França, a dogmática jurídico-penal não chegou a nenhum resultado digno de nota em relação aos delitos omissivos impróprios,⁹ desenvolveu-se na Alemanha a esse respeito um inabarcável número de teorias que se contradizem,¹⁰ e em relação às quais pode-se falar, com uma pitada de gosto pela polêmica, em um caos dogmático. Não é tranquilizadora, nesse contexto, a consideração de que na dogmática jurídico-penal alemã, caracterizada pelo princípio da «hiper-sofisticação» (Überfeinerung),¹¹ ao fim e ao cabo, tudo seria defensável e discutível. Afinal, trata-se, em regra, de aspectos semânticos marginais (as periferias do conceito – *Begriffshöfe*) das categorias de imputação, cujo núcleo permanece fora de discussão – um bom exemplo oferece o conceito de dolo. Em relação à *ratio essendi* das posições de garantidor, está ausente já o consenso sobre as perguntas nucleares, e isso justamente no âmago da imputação jurídico-penal, na medida em que nos delitos de omissão imprópria estão em jogo a equiparação com uma conduta comissiva (= o conceito de ação) e a «essência» da autoria.

II. IMPASSES CONCEITUAIS NO PROBLEMA DA EQUIPARAÇÃO

Em razão de que nos delitos de omissão imprópria trata-se de uma equiparação à realização do tipo na forma comissiva (ou seja, de uma ação típica em sentido amplo e de uma forma de autoria), a relação entre o indivíduo penalmente responsável e o resultado deve apresentar nessas constelações, que devem ser elencadas no mesmo plano, uma *estrutura ontológica equiparável* sob o mesmo aspecto valorativo reitor. Afinal, não existe uma mera comparação valorativa quando o conteúdo material empiricamente palpável da valoração não apresenta similaridades – doutra forma recair-se-ia na chamada *falácia normativista* (valorativa), que partindo de uma «pura» valoração (isto é, uma valoração sem qualquer relação com um contexto fático real) apenas pode atingir a realidade valorada com a ajuda de círculos viciosos.¹² Em função disso é que, até o presente momento, todas aquelas posições mais influentes conduzem a um beco sem saída ao estabelecerem o conceito de omissão de tal

⁹ A esse respeito, em detalhes, Schünemann in TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union* (2002), p. 103 e ss. (106 e ss.).

¹⁰ Sobre a diversidade, equiparável a uma selva, da e a impossibilidade de abarcar a discussão sobre a história dogmática dos delitos de omissão imprópria, ver para o período anterior a NAGLER, *Der Gerichtssaal* 111, p. 3 e ss.; para a época posterior à segunda guerra mundial até 1970 ver SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen...*, p. 79-221; para as décadas seguintes SCHÜNEMANN, in: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (coords.), *Internat. Dogmatik der obj. Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 49 e ss.; SCHÜNEMANN, in: TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht...* p. 105 e ss. com ulteriores referências.

¹¹ SCHÜNEMANN, *Festschrift für Roxin*, 2001 p. 1 e ss. (2 e ss., 6).

¹² Em detalhes SCHÜNEMANN, *Festschrift für Schmitt*, 1992, p. 117 e ss. (130 e s.); SCHÜNEMANN,

forma que aquela unidade/aspecto comum (*Gemeinsamkeit*) real que subjaz à conduta comissiva e à omissão (imprópria) esteja *per definitionem* excluída.

1. Essa consideração é válida, em primeiro lugar, para a famosa e ainda hoje intensamente defendida tese de Gustav Radbruch, segundo a qual ação e omissão se relacionam como «a» e não-«a», não havendo possibilidade de um supraconceito.¹³ A tentativa de Gimbernat Ordeig no sentido de que é plenamente possível encontrar elementos comuns¹⁴ foi reelaborada por Puppe¹⁵ por meio de uma crítica analítico-linguística. Para o meu presente tema é ainda mais relevante um terceiro argumento: nos delitos comissivos e nos – a eles equiparados – delitos de omissão imprópria trata-se, de um lado, da causação de um resultado por meio de uma conduta comissiva, no entanto, de outro lado, não da omissão *dessa* ação, mas da omissão de uma outra ação *completamente diversa*, a saber, da *ação de salvamento*. Nesse ponto não há, de partida, oposição entre «a» e não-«a,» de modo que é perfeitamente permitido, a partir de aspectos lógicos, reunir a violação ativa e a salvação omitida sob um supraconceito, ainda carecedor de uma mais precisa explicitação.

2. A um comparável impasse levam as reflexões filosóficas sobre a possibilidade de construir um conceito de causalidade na omissão. Também nas condutas comissivas o curso causal que conduz à lesão do bem jurídico não é esgotado, e oferece apenas a razão pela qual é possível imputar ao autor esse curso causal – de modo que se deve perguntar, nos delitos omissivos impróprios, por razões de *intensidade comparável* àquelas oferecidas nas condutas comissivas para imputar ao autor o curso causal por ele não impedido. Logo chegarei ao até hoje prejudicial erro cometido há tempos na história da dogmática, segundo o qual deve-se procurar, na omissão, um conceito de causalidade *idêntico* ao da conduta comissiva. O problema da equiparação não é meramente uma pergunta pela existência ou ausência de causalidade, mas caracteriza o *segundo* nível de imputação, após a constatação de que o autor possuía em geral o «poder de evitar». É evidente, assim, que na omissão estamos diante de um conceito transitivo, que se caracteriza pela omissão de uma *determinada* conduta comissiva; além disso, que apenas se pode falar de uma omissão *dessa* ação quando sua realização era possível ao autor individual; e que somente se pode falar na omissão da evitação de uma lesão de bem jurídico quando a realização da ação de salvamento pelo autor teria conduzido, com probabilidade próxima da certeza, ao salvamento do bem jurídico.

¹³ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, p. 140; seguindo essa ideia, por exemplo GALLAS, *ZStW* 67 (1955), p. 8; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969, p. 200; HIRSCH, *Festschrift für die Rechtswiss. Fakultät Köln*, 1988, p. 408; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LÉNCKNER/EISELE, *StGB*, 27. ed., 2007, comentários prévios ao § 13 nm. 35.

¹⁴ *Gedächtnisschrift für Arm. Kaufmann*, 1989, p. 159 e ss. (168 e ss.).

Sempre se falou de uma quase-causalidade da omissão, e vários penalistas acreditaram ter encontrado aqui um grande problema ontológico.¹⁶ Para uma dogmática jurídico-penal normativista moderada, que eu considero correta e que não posso descrever e fundamentar em detalhes nesta sede,¹⁷ trata-se de um problema meramente aparente. Afinal, a omissão de uma possibilidade certa de salvamento equivale completamente, sob o (mero) aspecto da causalidade, à causação de uma lesão, como pode ser demonstrado por meio da forma intermédia da interrupção ativa de cursos causais salvadores.¹⁸ Outra pergunta normativa é sobre se já a omissão de uma chance real de salvamento (isto é, a omissão de uma «diminuição do risco») deve ser suficiente para responsabilizar o garantidor pelo tipo do delito de resultado.¹⁹ Isso deve ser em princípio negado, caso contrário a exigência de um aumento do risco, que nas condutas comissivas deve adicionar-se à causalidade e funciona como um limitador da punibilidade, substituiria a (quase-)causalidade na omissão e ampliaria, assim, a punibilidade – um resultado inaceitável que viraria de ponta-cabeça a relação hierárquica (*Rangverhältnis*) entre ação e omissão.²⁰ De todo modo, não se pode, como recentemente demonstrou Roxin,²¹ reduzir a análise da causalidade ao resultado final abstrato, devendo diferenciar-se entre os níveis concretos: quando a ação de salvamento teria evitado com certeza o curso que realmente conduziu a resultado, ela permanece causal mesmo quando cursos causais hipotéticos possivelmente teriam conduzido, nesse caso, por outros caminhos, ao mesmo resultado final – nada diverso do que na realização do resultado por meio de uma conduta comissiva.

III. ENGODOS (*HOLZWEGE*) DA HISTÓRIA DOGMÁTICA

1. A história dogmática oferece sugestões melhores que as disputas conceituais. Como já foi mencionado, Feuerbach tentou, no começo do século XIX, deduzir a equiparação entre ação e omissão da teoria do Estado liberal.

¹⁶ Que havia dado ensejo para a formulação da chamada teoria da interferência, ver v. BURI, *GS* 21 (1869), p. 199 e s.; v. BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 99; de acordo, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. II, 2. ed., 1914, p. 552 e ss.; contrário já v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 14./15. ed., 1905. Uma visão detalhada em BINDING, obra citada acima, p. 516 e ss. (N.T.: segundo a teoria da interferência, a omissão consistiria na conduta interna de reprimir o impulso natural de salvar o bem jurídico em perigo).

¹⁷ Ver SCHÜNEMANN, in: UNED (coord.), *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, 2000, p. 643 e ss.; IDEM, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1 e ss.; da mesma forma, ROXIN, in: SCHÜNEMANN (coord.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, p. 21 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, no mesmo volume, p. 1 e ss.

¹⁸ A esse respeito GIMBERNAT ORDEIG, in: HEFENDEHL (coord.), *Empirische und dogmatische Fundamente*, kriminalpolitischer Impetus, 2005, p. 163 e ss.

¹⁹ Detalhadamente ROXIN, *Strafrecht AT II*, p. 642 e ss.

²⁰ SCHÜNEMANN, *StV* 1985, p. 229, 231 e ss.; da mesma forma GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW* 111 (1999), p. 323, (330 e s.).

Em razão de que os cidadãos estariam fundamentalmente obrigados apenas a omitir lesões de bens jurídicos de outros cidadãos, em princípio só a causação ativa de um dano poderia ser punida, de modo que a punibilidade da omissão de uma ação de salvamento seria pensável apenas se existisse um dever jurídico especial de realizar essa ação.²² O equívoco lógico dessa formulação foi percebido 100 anos mais tarde. De qualquer forma, esse equívoco é por todos conhecido há mais de 70 anos. Em primeiro lugar, ocorre uma confusão entre condição necessária e condição suficiente ao concluir-se que, da mera existência de um dever de ação baseado na lei ou em um contrato, necessariamente alocados fora do direito penal, extrai-se uma possibilidade de equiparação jurídico-penal. Em segundo lugar, a dedução de uma equiparação jurídico-penal entre ação e omissão, a partir de um dever extrapenal, em regra oriundo do direito civil, é sistematicamente equivocada em razão das diferentes funções que incumbem a esses âmbitos do direito. Afinal, um dever jurídico-penal apenas pode ser deduzido das normas de imputação do direito penal, e não de uma norma a este externa. Schaffstein e Nagler²³ demonstraram, a partir do famoso caso da babá, há mais de 70 anos, que essa refutação teórica da teoria dos deveres formais é também carregada de evidentes exigências de justiça. No caso, em sua primeira variante, a babá não prestou o seu serviço, violando o contrato de natureza civil que havia firmado; na segunda variante ela firmou um contrato civilmente nulo (fato que foi conhecido apenas depois por aqueles que tomaram parte no caso). Na primeira variante, caso os pais deixem o bebê sozinho e sem supervisão em casa, embora a babá não tenha, em desconformidade com o contrato, aparecido para cuidar da criança, é evidente que apenas os pais – e não a babá – são responsáveis pelo homicídio por omissão caso a criança deixada sozinha engasgue com o mingau e se asfixie. Ao contrário, apenas a babá é punível pelo homicídio da criança por omissão caso resolva fazer um passeio com a criança e, durante este passeio, receba a notícia, de um jurista por ela conhecido, da nulidade civil do contrato de tomar conta da criança e, em consequência disso, assista passivamente a criança trepar em uma cerca à margem de um abismo e despencar mortalmente. Evidentemente, não é o dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal; o dever contratual de natureza civil não é mais do que um epifenômeno jurídico da posição de garantidor de natureza jurídico-penal.

2. Na segunda metade do século XIX, foi desenvolvida na Alemanha uma teoria completamente diferente sobre os delitos omissivos, que recorreu à filosofia do positivismo, então dominante em todas as ciências, e que

²² FEUERBACH, *Lehrbuch...*

²³ SCHAFFSTEIN *Festschrift f. Graf Gleispach*, 1936, p. 70 e ss.; NAGLER, GS 111, p. 1 e ss. (59)

acreditava ter encontrado no conceito de causalidade a pedra de toque de todas as questões da imputação jurídico-penal. Procurou-se, assim, também nas omissões, por uma relação real de causa e efeito, que ia além da quase-causalidade; e acreditou-se ter encontrado essa relação na forma de uma ação prévia praticada pelo próprio autor, cujos desdobramentos não foram por ele posteriormente evitados. A própria conduta anterior perigosa transformaria, assim, a subsequente omissão em uma «comissão por omissão» – e assim nascia precisamente a figura jurídica que posteriormente seria designada de «posição de garantidor por ingerência». Enquanto na dogmática os partidários da teoria do dever jurídico inspirada em Feuerbach e os partidários da teoria da ingerência fundada no monismo-causal confrontavam-se asperamente, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) simplesmente combinou ambas as concepções, em realidade logicamente excludentes, e acresceu aos deveres jurídicos decorrentes de lei ou contrato (ou seja, os deveres jurídicos formais, com existência externa ao direito penal) o pretense dever jurídico decorrente de uma conduta precedente perigosa (inventado apenas para o direito penal e inexistente fora dele) como fundamento para a equiparação da omissão com a conduta ativa.²⁴ No que se refere à fundamentação, a doutrina do século XIX era tão equivocada como a argumentação do Tribunal do Império, pois o foco em uma conduta ativa não-dolosa anterior significava, isso sim, a punição de um *dolus subsequens* e, desse modo, a violação do princípio da culpabilidade; e enquanto na lei e no contrato ao menos havia um dever de agir jurídico extrapenal, o pretense dever jurídico por ingerência era uma invenção jurídico-penal, inassimilável pela teoria dos deveres jurídicos formais. Também no que diz respeito à extensão da posição de garantidor por ingerência, podiam-se verificar um sem número de problemas, por exemplo, quando a ação precedente estava em completa conformidade com os deveres de cuidado ou mesmo justificada. O fato de o BGH ter posteriormente, apoiando-se nos esforços de limitação de Rudolphi, reduzido a posição de garantidor por ingerência²⁵ à criação de riscos não permitidos,²⁶ conduziu a seu turno a estranhas distinções: caso alguém cause culposamente um acidente e deixe a vítima sangrar até a morte, será posteriormente punido por homicídio simples (ou mesmo

²⁴ Pioneiramente no ano de 1888 em RGSt 18, 96 (98); observe-se, contudo, que claramente não se tratava de um dever extra-penal, mas sim de uma norma derivada do tipo penal, uma vez que o conceito de ação é simplesmente estendido para compreender também as consequências causais ainda evitáveis (com um recurso à antiga decisão RGSt 3, 316 [318] na qual em verdade tratava-se do local do cometimento do fato).

²⁵ RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 163 e ss., 182 s.; RUDOLPHI, SK-StGB, § 13 nm. 39; de acordo, NK/WOHLERS, § 13 nm. 43; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB..., § 13 nm. 35, ambos com referências ulteriores.

qualificado) por omissão;²⁷ no entanto, caso deixe a vítima sangrar até a morte após um acidente em que ele não teve culpa alguma, então a imputação da morte seria negada e restaria apenas a punição pelo delito especial mais leve de omissão de socorro, nos termos do § 323c StGB.²⁸ O reduzido poder de convencimento dessa distinção foi reconhecido há poucos anos pelo próprio *Bundesgerichtshof*, que afirmou a existência de uma posição de garantidor do produtor da mercadoria no caso do spray de couro (*Lederspray*)²⁹ também quando ele observa todas as exigências de cuidado, mas posteriormente descobre a natureza perigosa de seu produto.³⁰ Essa jurisprudência claudicante torna-se apenas compreensível caso fique claro que a ingerência – tal como o dever jurídico extrapenal decorrente de lei ou contrato – representa meramente um epifenômeno da verdadeira razão para a equiparação entre ação e omissão, a saber: *a assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado ou a assunção de uma função de vigilância de uma determinada fonte de perigo*.

3. Antes de desenvolver em detalhes essa ideia, gostaria de observar rapidamente os caminhos que fizeram a jurisprudência e doutrina alemãs se aproximarem de forma intuitiva desse critério fundamental, sem no entanto abandonarem as suas antigas – em realidade, obsoletas – fundamentações. Assim é que logo se reconheceram como fundamentos da equiparação, ao lado dos deveres jurídicos formais decorrentes de lei ou de contrato, as comunidades de perigo e as comunidades próximas de vida em comum (*enge Lebensgemeinschaft*)³¹ – que são, de resto, subcasos das chamadas comunidades de perigo (*Gefahrgemeinschaften*):³² a maioria dos acidentes não ocorre em uma escalada de montanha ou em outras atividades claramente arriscadas como essa, mas no convívio caseiro, como quando um integrante da comunidade de convívio escorrega na banheira ou quando recebe uma descarga elétrica na torradeira durante o café da manhã, na comunidade

²⁷ Assim BGHSt 7, 287, onde a intenção de esconder o fato (*VERDECKUNGSABSICHT*) ainda foi negada; a afirmam no entanto em BGHSt 38, 358 (361); de forma diferente, de novo, BGH NJW 2003, 1060; resumidamente em GRÜNWARD, GA 2005, p. 502 e ss.

²⁸ Por exemplo BGHSt 25, 218 (221 e s.); na doutrina, por exemplo RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik...*, p. 179 e s. O direito espanhol possibilita aqui uma hierarquização adequada nos termos do art. 195.3 CP, no qual Silva Sánchez enxerga mesmo um terceira forma, intermediária, de delito omissivo, ver SILVA SÁNCHEZ, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 641 e ss. (648 e ss.); de acordo ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 100 e ss., que leva adiante a ideia.

²⁹ (N.T.) Trata-se de um famoso caso alemão a que logo Schünemann fará referência detalhada.

³⁰ BGHSt 37, 06, (116 e ss.); que o BGH simplesmente tenha empreendido aqui uma confusão entre culpa objetiva e subjetiva (ver SCHÜNEMANN, in: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Internat. Dogmatik...*, p. 49, (69), apenas demonstra a irrenunciabilidade de uma dogmática jurídico-penal exata, conceitual e sistematicamente.

³¹ RGSt 10, 100; 17, 260; 69, 321; 73, 389; 74, 309.

³² N.T. São os casos em que há um empreendimento comum arriscado. Caso clássico é o do

de perigo da vida cotidiana, por assim dizer. Não apenas a ciência,³³ como também a jurisprudência,³⁴ desvencilharam-se desde os anos 30 do século passado do foco em deveres jurídicos formais e, ao invés disso, desenvolveram uma fundamentação material para a equiparação entre ação e omissão. Armin Kaufmann pôde, em razão disso, diagnosticar de forma correta, em sua monografia de 1959 sobre «a dogmática dos delitos omissivos», a existência de duas formas de omissões equiparáveis à ação: de um lado, omissões referidas à proteção de um bem jurídico desprotegido e, de outro, as referidas à vigilância de uma fonte de perigo.³⁵ Ao invés de investigar ainda mais fundo esses campos, nos quais estão, respectivamente, os fundamentos materiais para a equiparação, acabou ele, quando estava diante dessa pergunta decisiva, marchando em sentido oposto ao enunciar a tese de que as posições de garantidor deveriam ser determinadas não na parte geral, mas de forma específica no âmbito dos respectivos tipos da parte especial.³⁶ Em verdade, para a imensa maioria dos tipos penais, nos quais o injusto se funda numa lesão de bem jurídico, a equiparação entre ação e omissão diz com uma relação específica do autor da omissão precisamente com essa lesão de bem jurídico e, dessa forma, com uma estrutura geral existente em todos os delitos de resultado. A linha de raciocínio de Armin Kaufmann, inicialmente genial e promissora, mas interrompida, seguida também por Wolfgang Schöne,³⁷ é comparável à forma como procedeu o arqueólogo Howard Carter, que, bastante próximo à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio.

IV. A ASPECTO COMUM LÓGICO-MATERIAL (*SACHLOGISCHE GEMEINSAMKEIT*) ENTRE O DOMÍNIO EXERCIDO PELO GARANTIDOR (*GARANTENHERRSCHAFT*) E O DOMÍNIO DO FATO POR CONDUTA ATIVA

1. Essa marcha forçada pelo desenvolvimento da dogmática alemã dos delitos omissivos por omissão nos últimos 200 anos oferece um quadro colorido e, visto em sua totalidade, quase caótico, caracterizado pela cons-

³³ Ao lado de SCHAFFSTEIN (*Festschrift f. Graf Gleispach*, 1936, p. 70 e ss.) e NAGLER (GS 111, p. 1 e ss.) podem ser referidos SAUER e KISSIN, cujas tentativas de recorrer à antijuridicidade material como tal, foi renovada por FREUND (*Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 51 e ss., levada adiante em seu comentário do § 13 no MüKo-StGB, nm. 60 e ss.) e está submetida às mesmas críticas dirigidas a este. (SCHÜNEMANN, in: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Internat. Dogmatik...*, p. 52 e ss.)

³⁴ Cujos desvios ideologicamente condicionados na primeira fase do nacional-socialismo podem ser deixados de lado na presente sede.

³⁵ Veja p. 283.

³⁶ Como acima, p. 287.

tante mudança tanto das fundamentações, como da extensão da punibilidade. Responsáveis por essa situação foram as formas de pensamento e estruturas de argumentação que dominavam, de uma forma geral, a época em questão, mas que não apresentavam qualquer relação específica com o problema da comissão por omissão. Recordo a concepção de Feuerbach fundada exclusivamente na teoria do Estado ou o monismo causal do pensamento jurídico-penal naturalista da segunda metade do século 19. A teoria da ação final de Welzel teria, nesse contexto, uma melhor chance de, com a ajuda da teoria do domínio do fato³⁸ desenvolvida a partir de seus fundamentos, chegar a uma solução especificamente jurídico-penal para o problema da equiparação: caso o resultado nos delitos omissivos impróprios seja imputado da mesma forma, tal como se o autor o tivesse produzido por meio de uma conduta comissiva, então a posição do autor da omissão deve ser equiparável e estar em um mesmo plano daquela do autor por ação. O conceito de domínio do fato erigido sobre o terreno da teoria da ação final poderia ter representado, aqui, a ponte decisiva, na medida em que ele fundamentava a autoria dos delitos comissivos não na mera causalidade, mas sim no domínio conferido pela conduta comissiva do acontecimento global que conduzia à lesão ao bem jurídico.³⁹ Essa chance não foi, infelizmente, aproveitada pelos defensores do finalismo, pois Armin Kaufmann, aluno de Welzel, enunciou em sua «dogmática dos delitos omissivos» a infeliz tese do princípio da inversão, segundo a qual a imputação no delito omissivo deve ocorrer de forma invertida, isto é, de certo modo como um espelho da imputação nos delitos comissivos.⁴⁰ Isso não convence já por razões lógicas, porque a aplicação precisa de um princípio da inversão significaria que o autor deveria ser punido em caso de causação ativa de uma lesão a um bem jurídico e, inversamente, premiado em caso de salvamento de um bem jurídico em perigo. Além disso, nos delitos de omissão imprópria o princípio da inversão conduz, isso sim, a equívocos, na medida em que a idêntica pena prevista em lei para esses casos e para os de delitos comissivos pressupõe, antes, uma equiparação entre ação e omissão, e não uma oposição.

2. Essa equiparação da omissão com a conduta ativa sob o aspecto do domínio do fato, fundamental para a autoria, dá-se quando – e apenas quando – o autor da omissão exerça um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação, e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação, ou seja,

³⁸ Sobre essa ponte SCHÜNEMANN, in: MORENO/STRUENSEE/CEREZO/SCHÖNE (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y en la dogmática penal del siglo XXI*, Mexico, 2003, p. 231, (232 e s.); SCHÜNEMANN, in: *Libro Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 981, (995 e ss.)

³⁹ Fundamental, WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 539; sobre a relevância para a estrutura geral da autoria ver I K/SCHÜNEMANN. 12. ed., 2007. § 25 nm. 39 e ss.

como domínio potencial (hipotético). Nos anos de Göttingen, referidos logo no começo, desenvolvi pioneiramente em minha tese sobre os «fundamentos e os limites dos delitos de omissão imprópria» o princípio do «domínio sobre o fundamentos do resultado» como estrutura fundamental comum, como *tertium comparationis* na linguagem da lógica formal, entre a comissão por meio de uma conduta ativa e a comissão por meio de uma omissão imprópria, e o fundamentei da seguinte forma:

«O fundamento decisivo da imputação (na realização do tipo por meio de uma conduta ativa) é a relação entre o centro pessoal de controle (*Steuerszentrum*) e o movimento corporal causador do resultado. A essência da relação entre pessoa e movimento corporal, decisiva para a pergunta sobre a equiparação, (...) repousa no domínio absoluto da pessoa sobre o corpo. (...) Na medida em que o movimento corporal possibilita onexo causal e surge como fundamento imediato do resultado, o domínio imediato sobre esse fundamento imediato do resultado é, assim, fundamento mediato do resultado, o que justifica a imputação à pessoa. Podemos, desse modo, compreender a imputação de um resultado a uma pessoa *qua* ação como uma especificação do princípio geral nos termos do qual um resultado deve ser imputado a uma pessoa que exerce o domínio sobre o fundamento do resultado.»⁴¹

Atualmente, eu acrescentaria ainda que o *tertium comparationis* do domínio atual da vontade na comissão por conduta ativa é constituído não apenas com referência ao movimento corporal, mas com referência ao acontecimento global como essência da autoria, na medida em que o movimento corporal do autor por comissão apenas é fundamento do resultado quando ele funda uma autoria, e que, assim, deve também existir na posição de garantidor do autor por omissão, para que se possa construir uma relação comparável com o resultado, em forma de um domínio sobre um aspecto essencial do acontecimento global.

3. Dessa forma, foi encontrada uma fórmula para a equiparação material da conduta ativa com a omissão, com cuja ajuda é possível superar uma divisão ocasional e formal da já mencionada distinção das posições de garantidor, de um lado, fundada em deveres de proteção de determinados bens jurídicos e, de outro, na responsabilidade por determinadas fontes de perigo, e passar para um sistema construído a partir das condições lógico-materiais do domínio real sobre o acontecimento: o domínio sobre o fundamento do resultado decompõe-se no domínio sobre o desamparo de um bem jurídico (com as posições de garantidor mais específicas da comunidade de vida, comunidade de perigo e da assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado) e o domínio sobre uma causa essencial do resultado (que engloba as posições

de garantidor dos deveres de asseguração (*Verkehrspflichten*)⁴² no sentido do controle sobre coisas perigosas e do domínio sobre pessoas ou funções perigosas). Demonstrei de forma minuciosa em meus novos trabalhos que o «domínio sobre o fundamento do resultado» é uma estrutura fundamental da autoria, adequada, na mesma medida, para os delitos comissivos e para os delitos omissivos impróprios, também verificável nos delitos especiais (de garantidor) (*Garantensonderdelikte*) e nos delitos de mão própria.⁴³ Como prova adicional, no que se refere aos delitos omissivos, gostaria de mencionar os já referidos casos fundamentais nos quais a punibilidade por omissão imprópria nunca foi duvidosa: a babá que assumiu faticamente a guarda sobre o bebê, é responsável por um acidente mortal que ocorra em razão do desamparo do bebê e que não foi por ela evitado por força do domínio exercido pela posição de guarda (*Obhutsherrschaft*), e isso com total independência da eficácia jurídico-civil de seu contrato de prestação de serviço. Na posição inversa, a babá não será punida caso não cumpra o seu serviço e os pais deixem, mesmo assim, a criança sem supervisão em casa, pois nesse caso apenas os pais é que exercem o domínio de guarda sobre a criança e são responsáveis pela morte da criança por omissão das precauções. Mais fundamental é o domínio da mãe que está amamentando sobre o seu bebê, de modo que sempre foi reconhecido que a mãe deve ser condenada pelo homicídio da criança caso deixe-a morrer de sede.⁴⁴ Um derradeiro exemplo: aquele que resolve passear com um cachorro bravo e não o detém quando o animal ataca um transeunte será, corretamente, punido por lesão corporal por omissão, o que nunca foi questionado por ninguém. Além disso, os limites do domínio demarcam sempre os limites da posição jurídico-penal de garantidor, de modo que o proprietário de um cachorro indócil e que já fugiu de forma definitiva não comete nenhum delito omissivo impróprio caso observe posteriormente o seu cachorro perambular de forma indomável e morder outra pessoa sem atirar no animal com a espingarda que carregava ocasionalmente. Afinal, ele perdera o domínio sobre a fonte de perigo «cachorro» há muito e está, por isso, na mesma relação que qualquer outro com relação aos acontecimentos ulteriores.

4. Por último, mas não menos importante, milita decisivamente em favor da teoria do domínio o fato de as três constelações de casos mais relevantes atualmente – a saber, as posições de garantidor do empresário (*Betriebsi-*

⁴² (N.T.) No original, Verkehrspflichten; comumente se usam também as locuções Verkehrssicherungspflichten ou simplesmente Sicherungspflichten. Como Verkehr é tráfego, circulação, comércio, mas também trato social, optamos pela tomar o último desses termos alemães como ponto de referência, com o que se chega, em português, ao termo deveres de asseguração.

⁴³ Sobre os delitos especiais de garantidor (Garantensonderdelikte) LK/SCHÜNEMANN, § 25 nm. 42 e ss.; sobre os delitos de mão própria ver SCHÜNEMANN, *Festschrift für Jung*, 2007, p. 881 e ss.

⁴⁴ RGSt 61. 199: JW 1927. D. 2696 com comentário de Bohne; da mesma forma OLG Celle,

nhaber), do funcionário público e do produtor de mercadorias – podem receber apenas a partir dela uma solução convincente.

a) Com relação ao *empresário*, cuja posição de garantidor representa um importante papel na jurisprudência moderna,⁴⁵ apenas a teoria domínio está em condições de conduzir tanto a uma fundamentação, como também a uma limitação adequada de sua posição de garantidor. Já em 1979 cuidei de fundamentar esse ponto de vista⁴⁶ e desde então o aprofundi e atualizei repetidamente em discussões com as respectivas jurisprudência e literatura que foram surgindo,⁴⁷ de modo que na presente sede posso remeter o leitor às minhas manifestações anteriores.

b) Algo semelhante ocorre com o *funcionário público*, que apenas pode ser responsabilizado de forma correta como autor por um resultado se – e apenas se – tiver dominado o acontecimento, e não apenas por ter violado um dever funcional formal de natureza de direito público. Recentemente Michael Pawlik tentou fundamentar, a partir de considerações de teoria do Estado, a dedução da posição de garantidor do mero dever funcional.⁴⁸ Essa tentativa, no entanto, representa novamente a velha recaída na teoria dos deveres jurídicos formais e na sua equivocada tentativa de resolver um problema de imputação jurídico-penal com o auxílio de regras de outros ramos do Direito. A diferença fundamental entre o mero dever funcional e o verdadeiro domínio em razão da posição funcional pode ser ilustrada por meio da comparação entre o diretor de um estabelecimento de execução penal, que deve proteger os presos, por força de seu domínio sobre o desamparo destes, dos perigos específicos ligados ao estabelecimento e o funcionário de um órgão de proteção ao meio ambiente, que domina apenas os próprios atos administrativos⁴⁹ e não o comportamento dos cidadãos: caso não revoguem autorizações ilegais, serão responsabilizados pelas lesões ao meio ambiente daí decorrentes na condição de garantidores; o

⁴⁵ RGSt 24, 353, (354 e s.); 33, 261 e ss.; 57, 148, (151); 58, 130, (132 e ss.); 75, 296; BGHSt 25, 158, (162 e s.); 37, 106, (123 e s.); Schw. BGE 96 IV, 174; detalhada exposição da jurisprudência com ulteriores referências em SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 70 e ss.; Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, 1986, p. 17 e ss.

⁴⁶ *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 84 e ss.

⁴⁷ Por último, na Alemanha, LK/SCHÜNEMANN, § 14 nm. 67 e s.; na Espanha, por exemplo SCHÜNEMANN, in: *Hacia un derecho penal economico europeo*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995, p. 565 e ss. (575 e ss.); IDEM, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después milenio*, 2002, p. 129 e ss. (137 e ss.); IDEM, ADPCP 2002, p. 30 e ss.; IDEM, in: BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA Díez (coords.), *Constitución Europea y derecho penal económico*, 2006, p. 141 e ss.; IDEM, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Buenos Aires 2004, p. 23 e ss., 66 e ss. Uma análise pormenorizada do direito espanhol pode ser encontrada em GRACIA MARTÍN, in: *Hacia un derecho penal economico europeo*, p. 81 e ss.

⁴⁸ ZStW 111 (1999), p. 335 e ss. (348 e ss.).

mero não-intervir contra delitos ambientais dos cidadãos conduz, ao contrário (ao lado da responsabilização funcional), apenas à punição por omissão de socorro nos termos do § 323 c StGB.⁵⁰

c) O problema de posição de garantidor mais intensamente discutido e também merecedor de discussão na atualidade é o do *produtor de mercadorias* nos casos em que o desenvolvimento e fabricação do produto ocorreu com a observância de todas as regras de cuidado, mas que, mais tarde, revela uma danosidade à saúde dos consumidores originariamente não reconhecível. Num primeiro momento, os tribunais cíveis afirmaram aqui um dever de retirada (*Rückruf*) dos produtos,⁵¹ e, posteriormente, o *Bundesgerichtshof*, em sua decisão de grande repercussão sobre o caso Lederspray, afirmou uma correspondeção posição jurídico-penal de garantidor.⁵² Como fundamentação recorreu-se à ingerência, o que é desde logo equivocado, na medida em que as pessoas que posteriormente decidirão raramente são as mesmas que atuaram na fabricação da mercadoria.⁵³ Em verdade, trata-se de um caso completa-

⁵⁰ A questão é bastante controvertida. Sobre o meu posicionamento próprio ver SCHÜNEMANN, *wistra* 1986, p. 235 e ss.; IDEM, *Festschrift für Rudolphi*, 2004, p. 297 e ss. (309); sobre a discussão alemã em geral e de acordo ver CZYCHOWSKI, *ZfW* 1984, p. 265 e ss., (267 e s.); GenStA Hamm NStZ 1984, p. 219; HOHMANN, *NuR* 1991, p. 12; IMMEL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, 1987, p. 183 e s.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT*, 5. ed., 1996, p. 624; RUDOLPHI, *Festschrift für Dünnebier*, 1982, p. 580; IDEM, *NStZ* 1984, p. 198 e s.; IDEM, *JR* 1987, p. 336 e ss.; IDEM, *JR* 1995, p. 167 e s.; IDEM, *SK-StGB* § 13 nm. 40c, 54c e s.; TIEDEMANN, *GS f. Meyer*, 1990, p. 618 e s.; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB* 54. ed., 2007, comentários prévios ao § 324 nm. 18 ff.; WEBER, *Strafrechtliche Verantwortung von Bürgermeister und leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltrecht*, 1988, p. 56 e s.; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1270; SCHALL, *JuS* 1993, p. 723. De forma diversa, BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, 1986, p. 197 e s.; FREUND, *Erfolgsdelikt...*, p. 305 e ss.; HORN, *SK-StGB*, comentários prévios ao § 324 nm. 23; HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, 1986, p. 175 e s., 182 e ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 5ª ed., § 18 nm. 80 e ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE *StGB* 27. ed., 2006, comentários prévios ao § 324 nm. 30, 38 e ss.; SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 166 e ss.; STEINDORF, *LK* 11. ed., § 324 nm. 64; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht AT*, 5. ed., 2004, § 13/17; WINKELMANN, *Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht*, 1991, p. 67; da mesma forma OLG Frankfurt *NJW* 1987, p. 2753 e ss. (2757), enquanto BGHSt 38, 325 dizia respeito ao caso específico dos esgotos «municipais» (KOMMUNALE ABWÄSSER) (com a posição de domínio do prefeito!)

⁵¹ Sobre isso PALANDT/SPRAU, *BGB* 66ª ed., 2007, § 823 nm. 173 com ulteriores referências.

⁵² BGHSt 37, 106 e ss.

⁵³ Minha crítica pode ser encontrada em BREUER/KLOEPFFER/MARBURGER/SCHRÖDER (coords.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, p. 137 e ss. (163 e ss.). Em razão da diversidade dos problemas dogmáticos decisivos surgidos na decisão do spray de couro, o número dos comentários à decisão é praticamente inabarcável. Ver ARMBRÜSTER, *JR* 1993, p. 317 e ss.; BEULKE/BACHMANN, *JuS* 1992, p. 737 e ss. (739); BÖSE, *wistra* 2005, p. 41 e ss.; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, p. 104 e ss.; BRAMMSEN, *Jura* 1991, p. 533 e ss. e IDEM, *GA* 1993, p. 97, 102 e ss., 113 e s.; BRAUM, *KritV* 1994, p. 179 e ss.; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 292 e ss., p. 327 e ss. (segunda parte); GÖHLER, *wistra* 1991, p. 207 e ss.; HAEUSERMANN/RINGELMANN, *ZStW* 109 (1997), p. 444 e ss.; HAMM, *StV* 1997, p. 159 e ss.; HASSEMER, *JuS* 1991, p. 253 e ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von*

mente diverso, a saber, da assunção de guarda sobre o desamparo de um bém jurídico, que ocorre apenas em determinados casos, comparável com a posição de garantidor do médico sobre a saúde um paciente a ele confiado. Afinal, os produtos de marca – e apenas os produtos de marca! – são oferecidos em nossa moderna sociedade industrial com a garantia de que o produtor cuidou de sua segurança e inofensividade, e, exatamente em razão disso, um cliente compra uma produto de marca muito mais caro, confiando nos cuidados que toma o produtor. Um exemplo oferece o automóvel, cuja segurança é deliberadamente relevada pelo produtor em sua propaganda, o que gera uma confiança em seus clientes, muito semelhante àquela do médico com seu paciente. Apenas em caso de produtos de marca é que possui o produtor, em razão disso, uma posição de garantidor no sentido de *advertir*⁵⁴ o consumidor, caso, em função da observação do produto, dever ao menos tacitamente garantido pelo produtor, cheguem posteriormente a seu conhecimento riscos não permitidos⁵⁵ – o que de resto está em uma harmonia preestabelecida com as condições reais de atuação: produtos anônimos sequer são passíveis de ser reencontrados em uma sociedade de massas e não gozam de qualquer confiança específica por parte do consumidor. Também nesse ponto fulcral do direito penal econômico moderno apenas a teoria do domínio é que pode conduzir a uma fundamentação convincente e a uma limitação dos delitos de omissão imprópria.

A crítica realizada há pouco por Kuhlen a essa limitação da responsabilização jurídico-penal pelo produto após a entrada em circulação da mercadoria

ss.; IDEM, *NStZ* 1994, p. 561 e ss.; IDEM, *Pharma Recht* 1994, p. 303 e ss., 561 e ss.; IDEM, *GA* 1995, p. 515 e ss.; HIRTE, *JZ* 1992, p. 257 e ss.; HÖYER, *GA* 1996, p. 160 e ss. (173); JAKOBS, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 419 e ss.; KAIAFA-GBANDI, *KritV* 1999, p. 613 e ss.; KIENLE, *NVwZ* 1996, p. 871 e ss.; KUHLEN, *NStZ* 1990, p. 566 e ss. (569); IDEM, *JZ* 1994, p. 1142 e ss.; IDEM, *GA* 1994, p. 347 e ss.; KURZAWA, *VW* 1991, p. 1079 e ss.; LANGKEIT, *WiB* 1995, p. 1016 e ss.; MARXEN, *EWiR* 1990, p. 1017 e ss.; MEIER, *NJW* 1992, p. 3193 e ss.; MOLTORIS, *PHI* 1997, p. 225 e ss.; IDEM, *PHI* 2000, p. 33 e ss.; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, 1995; OTTO, *WiB* 1995, p. 929 e ss.; PUPPE, *JR* 1992, p. 30 e ss.; IDEM, *JZ* 1994, p. 1147 e ss.; IDEM, *Jura* 1997, p. 408 e ss.; RANSIEK, *ZGR* 1999, p. 613 e ss.; ROTSCHE, *wistra* 1999, p. 321 e ss.; SAMSON, *StV* 1991, p. 182 e ss. (184); SCHMID, *Festschrift für Max Keller*, 1989, p. 647 e ss.; SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1990, p. 2966 e ss.; IDEM, *PHI* 1990, p. 234 e ss.; SCHULZ, *ZUR* 1994, p. 26 e ss.; SEELMANN, *ZStW* 108 (1996), p. 652 e ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB* § 13 nm. 39b; VIEWEG/SCHRENK, *Jura* 1997, p. 561 e ss.; WEIMAR, *GmbHR* 1994, p. 82; WOHLERS, *JuS* 1995, p. 1019. e ss. Sobre o problema específico da posição de garantidor ver ROXIN, *Strafrecht AT II*, p. 778 e ss.

⁵⁴ E não de retirada, como está equivocadamente estabelecido em BGHSt 37, 106, numa adoção da jurisprudência civilística: o domínio do produtor sobre o desamparo dos consumidores tem como condição necessária (se bem que não suficiente) o dever de informação, de modo que já com o esclarecimento dos consumidores está encerrado o domínio e com isso a posição de garantidor.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, tomo IV, p. 621 e ss. (640 e s.); de acordo, SCHMUCKER, *Die «Dogmatik» einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, 2001, p. 150 e s. De acordo no que se refere à construção fundamental,

(*Produktauslieferung*) ao dever de advertir sobre os perigos posteriormente conhecidos em produtos de marca⁵⁶ parece antes confirmar do que abalar a correção de minha posição dogmática. Afinal, Kuhlen – de forma ainda mais escancarada do que a fundamentação de Weigend por mim criticada logo no início – não gasta uma palavra sequer acerca da fundamentação dogmática da equivalência entre a omissão e a ação, fundamentando o dever da posição de garantidor «em considerações de prevenção e *fairness*» (FS Eser, p. 364), o que, de princípio, pode apenas fundamentar a utilidade social do dever de socorro do produtor de mercadorias, mas não a possibilidade de equiparação com uma conduta ativa de lesão. Na verdade, a tese de que «a afirmação de uma posição de garantidor é preventivamente indicada (...) na medida em que é incontestavelmente mais efetiva» não passa de uma clássica dedução da norma *qua* análise econômica do direito, que fracassa no direito penal diante do princípio do *nullum crimen* e pode apenas sustentar, por meio de uma inovação interpretativa do direito (*Rechtsfortbildung*),⁵⁷ uma responsabilidade pelo produto no direito civil (não por acaso utiliza Kuhlen como fonte central, por mais de dez vezes, a monografia civilista de Bodewig intitulada «A retirada de produtos defeituosos» de 1999 com os adjetivos de «detalhada e correta»). A exigência de que a posição jurídico-penal de garantidor conduza apenas a uma advertência aos consumidores e não a uma (relevante apenas civilmente) retirada dos produtos deduz-se já dos princípios da 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 mais sequer o poder de direito para a evitação). A opinião de Kuhlen, de outro lado, segundo a qual o «ganho de segurança» para além da mera advertência com a retirada seria evidente, substitui a imputação especificamente jurídico-penal por uma ponderação de interesses civilística. O fato de Kuhlen julgar a limitação aos produtos de marca «pouco evidente», parece-me ao contrário pouco evidente a mim, porque essa limitação não é deduzida apenas (como demonstrado) da condição para a equiparação jurídico-penal que ocorre com o domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, já que a expectativa do trânsito jurídico e a possibilidade econômica de realização estão aqui claramente limitadas. Ou alguém já ouviu algo a respeito de algum agricultor que observou um saco de batatas e, a depender do caso, o retirou do mercado?

5. Por fim, gostaria de realizar algumas considerações a respeito da repercussão de minha teoria do domínio nos âmbitos nacional e internacional:

a) Ela foi mencionada expressamente na jurisprudência do BGH apenas onde uma posição de garantidor poderia ser fundamentada com a sua ajuda, em casos não abarcados pela tradicional teoria do dever jurídico formal. Isso é

⁵⁶ *Festschrift für Eser*, 2005, p. 359 e ss., bem como, resumidamente, in: ACHENBACH/RANSIEK (coords.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. ed., 2008, p. 41 e ss. (57 e s.)

válido, por exemplo, para a posição de garantidor do dono ou do administrador de uma empresa privada com relação às condutas que lesionam bens jurídicos praticadas pelo empregado. A teoria do dever jurídico formal fracassa completamente nesse caso, enquanto a teoria do domínio, caso o subordinado siga simplesmente as ordens de seu chefe e haja então um domínio fático do acontecimento, está em condições de fundamentar de forma convincente a posição de garantidor do chefe. De outro lado, nos casos em que a teoria do domínio conduziria a uma limitação do delito omissivo impróprio, ela não encontrou acolhida na jurisprudência do BGH, o que pode ser explicado por determinadas tendências da atual judicatura: ela possui fundamentalmente uma tendência à ampliação da punibilidade e se serve, assim, das construções dogmáticas desenvolvidas na ciência como se estivesse em um supermercado, na medida em que privilegia e adota aquilo que corresponde ao resultado intuitivamente desejado.⁵⁸ De todo o modo, pode estar se avizinando uma alteração nesse sentido após o nosso professor em comum, Claus Roxin, ter adotado a teoria do domínio em seu tratado.⁵⁹

b) No ambiente internacional, a teoria do domínio encontrou enorme interesse, e não apenas na Espanha. Nos relatórios do 13º Congresso Internacional de Direito Penal no Cairo, em 1984, sobre a extensão dos delitos omissivos impróprios, o congresso acabou por apoiar-se no princípio do domínio e definiu o garantidor como aquele que possui o «domínio sobre o fundamento do resultado», com as seguintes palavras, em língua inglesa: «*having the power to dominate some essential conditions of the materialization of the typical event*».⁶⁰ Na Espanha, a teoria do domínio foi adotada por penalistas eminentes, devendo destacar-se, especialmente, que Luis Gracia Martín e Jesus Maria Silva Sánchez contribuíram em análises profundas para o desenvolvimento ulterior dessa posição.⁶¹ Também na concepção dos delitos omissivos impróprios de Santiago Mir Puig aparece como critério decisivo o «domínio pessoal» (*control personal*),⁶² e na concepção de omissão de

⁵⁸ Ver SCHÜNEMANN, GA 1995, p. 201 e ss. (223 e ss.); SCHÜNEMANN, GA 2001, p. 205 e ss. (216 e ss.)

⁵⁹ ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, p. 717 e ss.

⁶⁰ *Revue Internationale de Droit Pénal* 1985, p. 489, 491, 495.

⁶¹ Para a posição de GRACIA MARTÍN, *Hacia un derecho penal economico europeo...*, p. 81 e ss., trabalho exaustivo sobre a posição de garantidor em empresas privadas; ademais IDEM, *Estudios de derecho penal*, Lima, 2004, p. 140 e ss.; IDEM, *Modernas tendencias...*, p. 411 e ss. SILVA SANCHEZ afirma que a razão da equiparação expressamente o «domínio sobre o curso causal que conduz à lesão» (*Festschrift für Roxin*, 2001, p. 641 e ss. [645]) e considera a comissão e a omissão imprópria como formas normativamente idênticas de domínio sobre um risco típico (in: COBO DEL ROSAL (coord.), *Comentarios al Código Penal I*, Madrid, 1999, p. 455); ver também o resumo de sua detalhada análise em: El delito de omisión, 1986, p. 368 e ss.

⁶² Assim MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., 2004, § 12 nm. 38 e s. Em razão da proximidade com a posição normativista de Jakobs manifestada por BACIGALUPO em Conde

Enrique Gimbernat Ordeig pode-se verificar vários elos de ligação, o que é confirmado pela ampla coincidência nos resultados.⁶³ Com mais razão ainda no Direito Penal Internacional, não há mais como abrir mão de um princípio do domínio como fundamento da comissão por omissão admitida de forma geral da jurisprudência atual.⁶⁴

V. AS ESCAPATÓRIAS (AUSWEGWEISER) PARA O LEGISLADOR?

1. Nos Códigos Penais do século XIX, a omissão era mencionada como forma de comportamento punível apenas na parte especial e mesmo assim apenas raramente, pois confiava-se em uma futura solução geral do problema por meio da jurisprudência e da ciência.⁶⁵ Isso nos soa atualmente incompatível com a garantia *nullum crimen sine lege*. Mas o que, afinal, deve o legislador realmente fazer nesse âmbito? As modernas codificações do direito penal, elaboradas no século XX, viram-se diante de uma complicada tarefa, tal como um estudante de direito que ou não consegue saciar sua sede de conhecimento em uma dogmática penal empobrecida ou assiste a sede transformar-se em confusão diante de uma dogmática penal tão complicada quanto incompreensível. É ao mesmo tempo fascinante e instrutivo estudar as estratégias de construção com cuja ajuda os legisladores alemão, espanhol e colombiano procuraram escapar desse dilema por meio da definição das condições sob as quais uma omissão («imprópria») pode equivaler a uma conduta ativa e ser punida de igual forma, como um delito de ação.

2. O legislador alemão da reforma penal de 1969 disse a si mesmo, tal como Sócrates, «só sei que nada sei», e formulou o § 13 I StGB, por isso, com apenas dois princípios gerais, a saber, o «ter de responder juridicamente (*Einstehen-Müssen*)» e a chamada «cláusula de correspondência» (*Entsprechungsklausel*).⁶⁶ Com o primeiro critério, buscou-se impedir a dedução (observável na jurisprudência dos tempos do nacional-socialismo) de posições de garantidor de meros deveres morais, e não a positividade da teoria dos deveres jurídicos formais, o que ficou claro com a introdução da cláusula de correspondência. Com isso, o conceito de «ter de responder juridicamente»

432 e ss. posso apenas remeter o leitor à minha discussão com o próprio Jakobs em *Revista del Poder Judicial* 51, p. 203 e ss. Jose CERESO MIR, por fim, prefere, é verdade, a regulação do art. 11 CP por razões de legalidade e segurança jurídica, mas coincide completamente, de um ponto de vista material, com a teoria das funções (*Derecho Penal, Parte General*, 2. ed., 2000, p. 226 e ss.; da mesma forma Calderón Cerezo, *Código Penal Comentado*, 2005, p. 23), que, sem a teoria domínio, como demonstrei no texto, flutua no espaço.

⁶³ Sobre isso em detalhes ver SCHÜNEMANN, *Libro homenaje a Gimbernat Ordeig*, Madrid, 2008, p. 1609 e ss. (1628 e s.).

⁶⁴ Em detalhes a esse respeito ver BERSTER, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, Münchener jur. Diss. 2008.

⁶⁵ Pormenorizadamente, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen...*, p. 48 e ss.

fica reduzido, é verdade, à violação de um dever jurídico-penal de evitação do resultado e conduz assim a uma tautologia. O mesmo ocorre com a cláusula de correspondência, que é evidente em razão da identidade das consequências jurídicas (um pouco enfraquecida apenas no Absatz 2).⁶⁷⁻⁶⁸ De qualquer modo, o § 13 StGB deixa duplamente claro que se trata de uma equiparação jurídico-penal, de forma que a solução deve ser buscada no âmbito da imputação jurídico-penal e não em construções abstratas de dever ou em concepções de *fairness*. Essa é uma «solução mínima», que certamente não é errada, mas que confia a solução dogmática à ciência – nada diverso do legislador do ano de 1871.

3. O legislador espanhol de 1995 em seu art. 11, 1ª frase CP, ao contrário, emprestou do legislador alemão, primeiramente, os dois princípios gerais previstos no § 13 StGB, declarou-os, no entanto, na segunda frase do art. 11, como preenchidos quando (letra «a») houver «uma específica obrigação legal ou contratual de atuar», apoiando-se diretamente em Feuerbach, ou quando (letra b) à omissão anteceder-se uma ação perigosa, com o que foi introduzida como razão fundamental para a equiparação da omissão com a conduta ativa a «ingerência»,⁶⁹ desenvolvida no monismo causal do naturalismo jurídico-penal da segunda metade do século 19.⁷⁰ O art. 11, frase 2, CP, repete exatamente aquela «teoria formal conjunta», baseada na lei, no contrato e na ação precedente, o que correspondia à opinião dominante na Alemanha por volta de 1930,⁷¹ e cujos defeitos mais graves foram, como já foi demonstrado acima, denunciados por *Schaffstein* e *Nagler*.⁷² Por isso é que não foi uma decisão sábia do legislador espanhol a de institucionalizar a – no fundo há tempos

⁶⁷ (N.T.) O dispositivo contém uma diminuição facultativa de pena para os delitos omissivos impróprios.

⁶⁸ Em consequência disso é que ROXIN, *Festschrift für Lüderssen...*, cit., o considera completamente dispensável.

⁶⁹ Referências em *Grund und Grenzen...*, p. 218 e s.; ver ademais WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 26 e ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 96 (1984), p. 287 e ss. (289 e s.).

⁷⁰ (N.T.) Essa é a situação da parte geral do Código Penal brasileiro (art. 13, § 2, letra c).

⁷¹ Dominante na jurisprudência do Tribunal do Império, ver RGSt 58, 130 e ss., 244 e ss.; 63, 392 e ss.; 64, 273 e ss.; 66, 71 e ss. Para a combinação da teoria dos deveres formais fundada sobre a lei ou contrato, renovada por Traeger (*Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913, p. 66 e ss., 83 e ss.) com a teoria da ingerência, é representativo LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14./15. ed., 1905, p. 133 e s. (embora ele descreva, com razão, «que a disputa sobre a causalidade da omissão como uma das menos frutíferas levadas a cabo pela ciência penal»); v. LISZT/EB. SCHMIDT, 26. ed. 1932, p. 172 e s., 189 e ss.; ulteriores referências em SCHÜNEMANN, *ZStW* 96 (1984), p. 291 n. 16. De forma moderada, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. ed., 1931, Einl IV, Vorbem § 1. Em razão de que o Tribunal do Império postulava também na ingerência um «dever jurídico de evitação do resultado» (por exemplo, RGSt 64, 276 com ulteriores referências), fala-se aqui comumente, mas de forma *stricto sensu* incorreta de uma «teoria dos deveres jurídicos formais» (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen...*, p. 218 e ss.; ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, p. 714).

obsoleta – teoria do dever jurídico, e apenas pode ser, desde a perspectiva alemã, louvado o fato de a ciência jurídico-penal espanhola, em sua grande maioria, não prestar obediência à lei qual uma escrava, mas, ao contrário, interpretar as condições de equiparação previstas no art. 11, II, CP, nem como necessárias, nem como suficientes, ou, então, interpretá-las tacitamente de forma tão extensiva, que várias outras formas de posição de garantidor, que a rigor não poderiam ser subsumidas no dispositivo, podem ser reconhecidas.⁷³

4. Enquanto o legislador alemão de 1969 exerceu parcimônia na confecção do § 13 StGB diante da situação dogmática não esclarecida da época, e o legislador espanhol em seu art. 11 CP (como demonstrado anteriormente) buscou reviver de forma fracassada visões obsoletas, o legislador colombiano⁷⁴ assumiu decididamente sua tarefa de modernização e adotou a teoria do domínio de forma ampla – não sem ressalvas, é verdade – mas tanto em seu conceito fundamental, como em suas formulações centrais. Em razão de que o art. 25, II, do CP colombiano descreve individualmente as posições de garantidor, o dever jurídico previsto no item I apenas pode ser compreendido como uma consequência jurídico-penal das posições de garantidor e não como dever jurídico extrapenal, no sentido da teoria dos deveres jurídicos, e tais posições são divididas já no item I, segunda frase, nos dois grupos: da assunção de uma proteção concreta sobre um bem jurídico e da posição de garantidor de vigilância sobre uma determinada fonte de perigo; e são caracterizadas no item II, n. 1, por meio do «âmbito próprio de domínio», exatamente no sentido por mim desenvolvido. Os casos das comunidades de vida e de perigo, referidos expressamente no item II, n. 2 e n. 3, são evidente-

⁷³ A esse respeito em detalhes SCHÜNEMANN, *Libro homenaje a Gimbernat Ordeig...*, p. 1612 e s.

⁷⁴ Ley 599 de 2000, com a seguinte regulamentação dos delitos de omissão imprópria no art. 25 CP colombiano:

art. 25. ACCIÓN Y OMISIÓN. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley (9º, 84 párr. 3º, Const. Pol. 6º, 122)

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones :

Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente (131, 152; Const. Pol. 92 num. 2).

PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la

mente apenas subcasos das posições de garantidor de guarda já abarcadas no n. 1, de modo que toda a regulação apenas movimenta-se fora das fronteiras delineadas pelo princípio do domínio em razão da posição de garantidor da ingerência, quando há causação de um risco não-permitido, abarcada no n. 4.⁷⁵

5. Aquilo que se iniciou há quarenta anos em Göttingen parece, assim, apresentar uma vitalidade que, àquele tempo, Knut Amelung e eu ousamos esperar apenas em nossos mais recônditos sonhos: as suas pesquisas sobre o fundamento e os limites da legislação penal são atualmente ainda mais importantes do que outrora e os meus esforços sobre o fundamento e os limites dos delitos de omissão imprópria encontram atualmente uma ampla ressonância nacional e internacional. E ambas concepções – *horrible seu admirabile dictu* – sobreviveram, assim como os seus criadores, à insolvência da editora na qual as respectivas dissertações ganharam a luz do dia. *Ad multos annos!*

⁷⁵ Não poderemos, aqui, cuidar das possibilidades de, recorrendo ao item I frase 2, limitar os casos de ingerência novamente ao domínio sobre uma fonte de perigo, nem da restrição realizada no parágrafo único do dispositivo da equivalência e determinados bens jurídicos, o que, aparentemente, ocorreu em consonância com a teoria de ARMIN KAUFMANN e de SCHÖNE e