

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

FABIO ROBERTO D'AVILA

# OFENSIVIDADE E CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS

(CONTRIBUTO À COMPREENSÃO DO CRIME  
COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO)



2005

---

COIMBRA EDITORA

**C**omposição e impressão  
Coimbra Editora, Limitada

ISSN 0872-6043

ISBN 972-32-1358-3

Depósito Legal n.º 233 147/2005

Dezembro de 2005

	Págs
APRESENTAÇÃO .....	9
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	11
PALAVRAS PRÉVIAS.....	13
INTRODUÇÃO.....	15

## PARTE PRIMEIRA

### BREVES LINHAS ACERCA DO DIREITO PENAL E A SOCIEDADE DO RISCO

## PARTE SEGUNDA

### A OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL. A OFENSIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE DELIMITAÇÃO E CONFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

#### 1.º CAPÍTULO

##### O princípio da ofensividade em direito penal.

Excurso sobre a projeção principal do modelo de crime  
como ofensa a bens jurídicos e as dificuldades enfrentadas  
na sua afirmação como elemento (eficaz) de garantia

#### 2.º CAPÍTULO

Os fundamentos positivos da ofensividade. O reconhecimento constitucional e infraconstitucional da ofensividade e sua ressonância jurídico-penal

- |   |    |
|---|----|
| I. A fundamentação da ofensividade em âmbito exclusivamente principal. A “ofensividade como princípio-garantia constitucional” e a sua ponderação com o “princípio constitucional impositivo da intervenção penal necessária” ..... | 63 |
| II. A ofensividade no âmbito das regras constitucionais .....   | 70 |
| 1. A fundamentação da necessária ofensa a partir da regra constitucional do direito à liberdade. O direito à liberdade como norma constitucional de caráter duplo ( <i>Doppelcharakter</i> ) .....                                  | 70 |

	Págs.
2. A fundamentação da necessária ofensa a partir de outras regras constitucionais. Sobre a proibição constitucional à instrumentalização do homem e sobre as disposições que distinguem entre pena e medida de segurança .....	73
III. A fundamentação da ofensividade em âmbito legislativo-ordinário. Algumas linhas acerca do instituto da tentativa impossível, sob o olhar interessado da ofensividade.....	76
IV. A função crítico-garantista da ofensividade. Elemento eficaz de garantia ou princípio de direção política? .....	83

### 3. • CAPÍTULO

#### Formas de ofensa e perigo abstrato. O cuidado-de-perigo como categoria-limite da noção jurídico-penal de ofensividade

I. A ofensa como dano/violação e perigo/violação. Algumas linhas sobre as formas fundamentais de ofensa. Para uma compreensão do perigo como noção autônoma dotada de efetivo desvalor de resultado.....	90
II. Ofensividade e crimes de perigo abstrato. A problemática legitimação dos crimes de perigo abstrato à luz da exigência constitucional de ofensividade.....	102
III. Tentativas teóricas de (re)construção do ilícito-típico de perigo abstrato.....	112
1. Perigo abstrato como presunção relativa de perigo (Schröder).....	112
2. Perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer).....	115
3. O perigo abstrato como negligência sem resultado.....	119
a) Horn.....	119
b) Brehm.....	120
c) Schünemann.....	122
d) Roxin.....	124
e) Considerações gerais.....	126
4. A “cláusula negativa” proposta pelo Projeto Alternativo alemão de Código Penal ( <i>Alternativ-Entwurf</i> ).....	130
5. O perigo abstrato como resultado que se manifesta no risco de lesão a bens jurídicos.....	134
a) Wolter.....	136
b) Martin.....	138
c) Considerações gerais.....	142
6. O perigo abstrato como perigosidade ( <i>Gefährlichkeit</i> ).....	145
a) Gallas.....	145
b) Giusino.....	146

	Págs
c) Meyer .....	147
d) Hirsch.....	149
e) Zieschang.....	151
f) Mendoza Buergo .....	153
g) Considerações gerais.....	155
 IV. Crimes de perigo abstrato e ofensividade de cuidado-de-perigo (Faria Costa). Uma proposta de legitimação a partir da interferência na esfera de mani- festação do bem jurídico. Concepção e critérios de acertamento.....	159
1. A ofensividade de cuidado-de-perigo e a interferência na esfera de mani- festação do bem jurídico .....	159
2. Considerações sobre o acertamento da ofensividade de cuidado-de- -perigo .....	166
3. Algumas breves considerações de política-criminal.....	174

## PARTE TERCEIRA

### CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS

#### 1.º CAPÍTULO

##### Compreensão e delimitação do crime omissivo próprio

I. Questões preliminares acerca da omissão .....	183
1. A omissão jurídico-penal como realidade meramente normativa. Bre- ves considerações sobre a natureza da omissão penalmente relevante ...	183
2. A renúncia ao conceito de conduta como <i>Oberbegriff</i> . Para uma cons- trução dogmática elaborada a partir da realização do tipo.....	189
3. Da validade da distinção entre ação e omissão operada pelo critério do “ponto de gravidade da conduta do agente” em âmbito exclusivamente normativo .....	202
 II. O tipo penal como critério distintivo entre os crimes omissivos próprios e impróprios. Elementos para uma adequada delimitação do crime omissivo próprio .....	215
1. Critérios de distinção entre omissão própria e omissão imprópria. Para um panorama sobre as diferentes propostas de delimitação com especial atenção aos critérios do resultado e do tipo penal .....	215
a) Critério do resultado ou critério tradicional .....	219
b) Critério do tipo penal ou critério formal.....	221

	Págs.
2. Considerações preliminares acerca do critério do tipo penal.....	222
3. Da propriedade do tipo penal como critério de distinção entre omissão própria e imprópria .....	225
a) Inexistência da razão fundante como legitimadora do critério do evento .....	225
b) Da utilidade do tipo como critério classificatório .....	228
c) Acerca das supostas vantagens creditadas ao critério do evento.....	232
d) Significativo crescimento e afirmação do critério do tipo penal ....	233

## 2.º CAPÍTULO

### Crimes Omissivos e Ofensividade. Da problemática relação entre os crimes omissivos próprios e a exigência de ofensa ao bem jurídico

I. Crimes omissivos próprios e mera desobediência. O ilícito-típico de omissão própria à luz dos diferentes modelos de Estado .....	237
II. O desenvolvimento teórico-dogmático do crime omissivo próprio e a sua relação com a ofensa ao bem jurídico. Elementos para uma leitura em termos de ofensividade.....	251
1. O formalismo das construções doutrinárias no dealbar do Séc. XX.....	251
a) Binding.....	251
b) Liszt.....	253
c) Beling .....	257
d) Considerações .....	264
2. A omissão no pensamento jurídico-penal germânico. Subsídios para a compreensão da ofensividade.....	265
a) Gallas.....	265
b) A. Kaufmann.....	268
c) Schwarz .....	270
d) Schöne .....	274
e) Considerações .....	276
3. O contributo da literatura italiana. Tentativas teóricas de reconstrução em termos de ofensividade .....	280
a) Grispigni.....	280
b) Mazzacuva .....	283
c) Spasari .....	285
d) Galiani.....	287
e) Cadoppi.....	289
f) Considerações .....	293

## 3.º CAPÍTULO

## A leitura do ilícito-típico de omissão própria segundo a ótica da ofensividade

	Págs.
I. A norma preceptiva como norma conservadora de bens jurídicos: considerações normológicas prévias acerca da proteção de bens jurídicos através do ilícito-típico de omissão .....	299
II. A leitura da ofensividade no ilícito-típico de omissão própria segundo a metódica de análise bidimensional dos planos <i>real</i> e <i>hipotético</i> .....	317
1. Omissão própria e real-verdadeiro: a gênese dos planos de análise .....	317
2. A conservação de bens jurídicos na tutela de dimensões negativas e dimensões positivas. Para uma distinção material do objeto de tutela .....	322
III. A tutela de dimensões negativas no ilícito-típico de omissão própria .....	333
1. Linhas gerais .....	333
2. O não-impedimento da continuidade na exposição a perigo. Ofensividade por omissão em bens expostos a perigo .....	334
a) Regras gerais para análise da ofensa .....	334
b) O crime de omissão de auxílio. A omissão de auxílio como hipótese paradigmática do modelo de ofensa em análise .....	338
3. O não-impedimento da ocorrência do dano ou perigo. Ofensividade por omissão em bens não expostos a perigo .....	355
a) Regras gerais para análise da ofensa .....	355
b) Breves considerações sobre normas diversas .....	357
IV. A tutela de dimensões positivas no ilícito-típico omissivo .....	364
1. Regras gerais para a análise da ofensa .....	364
2. Breves considerações sobre normas diversas .....	365
V. A ofensividade em contextos instáveis. Aplicação da ofensividade em hipóteses complexas .....	384
CONCLUSÕES .....	401
BIBLIOGRAFIA .....	407
ÍNDICE GERAL .....	433