

A OMISSÃO PENAL

Amalia Regina Donegá

Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.
Professora de Direito Penal I no Cesumar; Defensora Pública

I – O FATO PUNÍVEL

O crime, como fato jurídico ao qual a pena se dirige como consequência de direito, tem caráter essencialmente normativo. É a norma que os funde em unidade complexa para lhes atribuir, ao mesmo tempo, um posto dentro da ordem jurídica.

Ao examinarmos o fato, dentro da teoria do tipo, verificamos que variam as circunstâncias em que cada um dos seus elementos têm ingresso na órbita legal. Daí porque, quer quanto à conduta, quer quanto aos efeitos desta, os crimes podem ser distribuídos em vários grupos.

O motivo que justifica a existência de duas espécies de infrações é o de que elas se realizam por meio de uma ação positiva e as que se concretizam em uma ação negativa. Nas

primeiras, chamadas crimes comissivos, o bem é transformado em mal, devido a um esforço do indivíduo. Nas segundas, chamadas crimes omissivos, o sujeito se abstém de praticar um movimento tendente a obter certo efeito útil, ou deixa de impedir a atuação de forças modificadoras da realidade, possibilitando o surgimento do mal. Ele então, será punido por não ter feito qualquer coisa de determinado, isto é, aquilo que num dado caso era possível e exigido pela norma (GONZAGA, 1962:249).

II - A CONDUTA DELITUOSA

A conduta é um componente essencial do aspecto objetivo do delito. Requisito necessário, mas nem sempre fator suficiente. E isto porque, nos crimes providos de evento (naturalístico), existe

igualmente um efeito, que provoca uma alteração do mundo fenomênico. Evidencia-se o coeficiente físico da ação numa movimentação corporal. A ação adquire realidade e ingressa no mundo fenomênico depois de elaborada no mundo intrapsíquico. Essa face externa da ação poderá consistir na movimentação dos membros, na simples palavra ou em outras deslocamentos parciais do corpo.

O coeficiente físico da omissão, pelo contrário, é um não fazer, ou um agir diversamente, desde que não seja executado aquilo que deve ser feito.

Enquanto o coeficiente físico da ação diversifica-se do da omissão, o coeficiente psicológico é o mesmo. Numa e noutra espécie de conduta há um aspecto psíquico constante: a vontade (COSTA JUNIOR, 1989:29).

Postas em confronto com a norma, costuma-se classificar as formas de conduta em comissivas, omissivas e comissivas por omissão. Os crimes comissivos e os comissivos por omissão consubstanciam-se no desatendimento de uma

proibição de fazer. Os crimes omissivos atentam contra um imperativo de executar algo.

III – A AÇÃO

A ação humana constitui o ponto crucial da figura criminosa. Trata-se evidentemente de ação humana exterior, já que o direito penal, como ordenamento objetivo da sociedade que é, não pode interessar-se a respeito dos atos que repousem inteiramente na órbita da consciência, ou seja, dos atos internos.

A palavra ação pode ser entendida em sentido lato, no sentido do fazer e do não fazer. Significa então, de maneira genérica, a conduta do homem descrita no modelo dos tipos legais.

Não há crime sem ação. É sobre o conceito de ação que repousa a divergência mais expressiva entre os penalistas. Conforme o sentido que se dê à palavra ação, modifica-se o conceito estrutural do crime. Dentre as doutrinas que mais se entregam à busca de um conceito puro de ação estão a teoria causalista e a teoria finalista da ação.

IV - A OMISSÃO

Conforme já nos é possível compreender, o comportamento humano não se esgota com o exercício ativo da finalidade, possuindo também um aspecto passivo, constituído pela omissão. Igualmente, este aspecto passivo de atuar humano pode ser penalmente relevante, já que o direito penal não contém somente normas proibitivas, mas também normas imperativas, que determinam a prática de ações, cuja omissão pode produzir resultados socialmente nocivos. A infração dessas normas imperativas é o que constitui a essência dos delitos de omissão. O que o legislador pune nesses crimes é a não-realização da ação mandada (CONDES, 1988:29).

De modo geral, tem-se definido a omissão dizendo que consiste em não impedir um resultado. Por sua vez, LISZT disse que a manifestação de vontade, neste caso, consiste em não executar voluntariamente um movimento corporal que deveria fazer-se realizado (s.d.:314).

A omissão está sempre referida

a uma ação determinada, cuja não realização constitui sua essência. Não existe uma omissão em si. Disso se depreende que o sujeito, autor da omissão, deve estar em condições de realizar a ação. Se não existir tal possibilidade de ação, por qualquer razão, não se pode falar em omissão.

Portanto, omissão não é um simples não-fazer, mas o não fazer uma ação que o sujeito está em condições de poder fazê-la, de tal modo que as causas que excluem a ação são também as mesmas de exclusão de omissão.

Por outro lado, tem-se de dizer que a inatividade e a omissão não são idênticas. O não fazer pode atribuir-se ora a um ato de vontade motivado ora a um ato não querido; só a primeira classe de inatividade é uma omissão. Mezger, por seu turno diz que aos delitos de omissão faltam as características essenciais do fazer ativo, isto é, o fazer e o querer (apud, ASÚA, 1963:400).

Habitualmente os autores afirmam, com inteira razão, ser a teoria dos delitos omissivos tema dos mais árduos e obscuros da teoria do delito. Começaremos

por encontrar estas dificuldades ao tentar conceituar a omissão. Para tanto é necessária uma exposição, acerca das formulações a respeito existentes.

Sustenta-se, com discussões intermináveis, se a omissão é uma realidade naturalística, ontológica, com características físicas, ou se ela representa um dado normativo, um juízo de valoração da conduta.

Mas o problema de mais longo debate tem sido o de achar o elemento que coloque a omissão dentro do conceito geral da ação, o elemento natural, objetivo, que lhe dê realidade e substância.

Das diversas teorias que se apresentam, duas merecem especial destaque:

1. TEORIA NATURALÍSTICA

Naturalisticamente falando, a conduta poderá apresentar-se revestida de uma atividade positiva, ou de uma inatividade. Aquela se concretiza com um movimento corpóreo. Esta, num comportamento estático, de repouso corporal.

A omissão é uma forma de comportamento que pode ser

apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria função de atribuir a ela relevância em face do Direito (GESUS, 1995:208).

A omissão, todavia, tanto consistirá num *nihil facere* como num *aliud agere*. Tratando-se de uma omissão imprópria, realiza-se por meio de uma atividade positiva.

Conceituar-se omissão como pura inexistência de movimento foi idéia que provocou reações variadas enquanto se argumentava que esta era solução totalmente deficiente, mesmo para os que sustentam uma visão naturalista do problema. Afirmam seus seguidores que sobre o nada seria impossível incidir um juízo de valoração.

2. TEORIA NORMATIVA

Para os partidários desta teoria, a omissão não é um simples não-fazer, mas não fazer alguma coisa. O fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada. Sem ela não é possível falar em omissão no sentido jurídico. Assim, a omissão por si mesma não tem

relevância jurídica. O que lhe dá esse atributo é a norma, que impõe um determinado comportamento. Ela surge para o *direito quando se constata que a* conduta exigida pela norma não foi realizada pelo *sujeito*, que deixou de observar o dever jurídico de agir (Idem *Ibidem*,: 123).

A omissão é a não realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de concretizar. Assim, a possibilidade de concretização da conduta constitui pressuposto do dever jurídico de agir. Só há omissão relevante quando o sujeito, tendo o dever jurídico de agir, abstém-se do comportamento.

Os que formulam um conceito estritamente normativo vêm o conteúdo da omissão na norma jurídica. A omissão não representa uma realidade do mundo fenomênico. Estruturalmente ação e omissão são coisas diversas e só podem formar um conceito superior unitário de conduta no campo valorativo.

Em Romagnosi, nota-se que a

omissão está vinculada a uma obrigação. Carrara, assinalava ser inconcebível um delito de "pura inação" sem que outro tivesse direito a exigir a ação omitida. *Grispigni, por outro lado*, desenvolveu os aspectos mais significativos da teoria normativa, dizendo que a omissão não é um conceito naturalista, mas exclusivamente normativo encontrando sua significação e sua razão de ser, apenas quando relacionado a uma norma¹.

Nesta linha de pensamento, a omissão não é um não fazer algo. Seria impossível falar-se em omissão abstraído o dever-ser. Omitir será, somente, o desatendimento de uma determinação da ação a que o sujeito estava juridicamente obrigado.

As objeções que se seguiram a esta teoria eram no sentido de que o conceito valorativo de omissão a tornava dependente das condutas descritas nas normas jurídicas, englobando-se nela a antijuridicidade. As críticas

¹ Conceitua Grispigni a omissão como "*la condotta volontaria, positiva o negativa, de um soggetto, la quale, a giudizio de chi la considera fi diversa da quelJa che'era da attendersi, in base ad una norma di qualsiasi natura*". Apud Heitor Costa Jr., in *Teorias acerca da omissão*, Revista de Direito Penal e Criminologia, Forense, V. 33, Rio, 1982, p. 61.

também adviram de Mezger, que reconhece que o substrato natural do delito aparece carregado de valores.

Diante do confronto realizado nos campos das várias doutrinas, pode-se concluir que a teoria normativista é a mais apta a conceituar a omissão. Sem o filtro normativo, não será sequer possível verificar a conduta omissiva, como sem as lentes do microscópio não podem ser vistos os micróbios que povoam a realidade objetiva (COSTA JUNIOR, op. cit.:52)².

3 - A OMISSÃO NA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Armin Kaufmann, versando a matéria, reelabora a teoria da omissão, sustentando um conceito superior de ação: as normas estão vinculadas à capacidade do homem de agir. Eliminado hipoteticamente o omitente e sua vontade de omitir, nada seria modificado, pois a energia causal lhe é alheia. Dar-se-á a omissão

sempre que não se fizer aquilo que se tinha de fazer, desde que se tenha o poder final de agir (Id. Ibidem:69).

Ação e omissão de uma ação, em Welzel, apresentam-se como "uma segunda forma independente dentro da conduta humana suscetível de ser regida pela vontade dirigida por um fim" (WELZEL, 1970:276). Ontologicamente para ele, a omissão não é uma ação, mas omissão de uma ação determinada, tendo o agente o poder final de realizá-la. O simples não fazer já não significa omitir.

A própria teoria finalista da ação parte do conceito de que ação, antes de ser valorada juridicamente, tem um fundamento natural, isto é, pertence à categoria ontológica do ser. Como a ação é conceito genérico e natural, assim também a omissão teria fundamento naturalístico, como inação. Seria a omissão, portanto, modalidade de conduta, como inação, que se

² Roxin propõe em seu recente Tratado, um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação dever ser entendida como *expressão da personalidade*, isto é, *'ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação anímico-espiritua'*. Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 1994, p. 196, *apud* Juarez Tavares, in 'Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos', Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, RT, SP, 1996, p. 132.

contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva (Id. Ibidem: 276).

Menciona Welzel os requisitos essenciais inerentes ao poder final do fato (que corresponde à capacidade do homem de agir com o conhecimento do objeto em Kaufmann): estar ciente da situação fática produtora de seus efeitos, estar em condições de reconhecer e poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo da norma, ter possibilidade real física de empregar os meios eleitos e executar o ato planejado. Ausente qualquer desses requisitos, dar-se-á a inexistência de omissão. Enfim, a omissão de Welzel é uma ação determinada daquele que tinha o poder final de agir.

Tanto Welzel quanto Kaufmann se referem à ação qualificada de devida, determinada. Isto enseja dizer que o aspecto valorativo da conduta é inafastável, como também o dizem Kelsen e Cossio.

Analisando a forma e as deficiências do tratamento do comportamento omissivo dentro da teoria do delito, que conduzem a posturas insolúveis,

chegamos à conclusão de que a teoria finalista é basicamente uma teoria da ação, que foi concebida de modo funcionalmente correto no tocante aos crimes comissivos, mas que é claudicante quando procura tratar da omissão. E, embora quando trate da ação, em geral, supere, sem a menor dúvida, os enunciados da teoria causal, também como ocorre com essa teoria causal não consegue superar suas contradições na omissão, justamente porque incorre no mesmo erro, de considerá-la como um dado do ser (categoria ôntica) e não como um dado de valor (categoria axiológica) (TAVARES, 1996: 133).

V CONCEITO DE CRIME OMISSIVO

O conceito de omissão sempre se apresenta fundamentado na concepção doutrinária adotada. A propósito disto é que seguem as seguintes formulações:

O delito é uma conduta humana típica ilícita e por isto censurável, praticada por ação ou por omissão de ação. É importante que se ressalte que a omissão simplesmente tomada não é forma de conduta. Apenas

a omissão de ação, pois a norma tem por objeto, sempre, uma ação (apud, COSTA JUNIOR, op. cito :69).

Parte da doutrina entende que, para diferenciamos crimes omissivos e crimes comissivos, não devemos fazê-lo através da modalidade de conduta. A diferença entre ambos deve residir na estrutura da norma que impõe ou proíbe a atividade.

A separação entre omissão e comissão só pode ser feita, mediante o emprego de critério axiológico. Haverá omissão toda vez em que a existência da conduta como tal se vincule a um dever de agir, que assinale sua relevância. Haverá comissão quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir (TAVARES, op. cit.: 143).

Heleno Cláudio Fragoso conceitua omissão dizendo tratar-se de abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar. Omissão, em conseqüência não é um mero não fazer, mas sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização

(FRAGOSO, 1995:228).

VI- ESPÉCIES DE CRIMES OMISSIVOS

1. OMISSÃO PRÓPRIA

A omissão, enquanto descrita num tipo penal (omissão própria) não oferece dificuldade maior de enquadramento conceitual. No delito omissivo próprio, o conteúdo típico é constituído pela simples infração de um dever de atuar. Se o legislador determinou a intervenção pessoal do agente, obrigando-o à realização de ação destinada à salvaguarda de bem jurídico, e se o agente desconsiderou o comando legal, omitindo tal ação, é óbvio que sua conduta se ajusta à situação tipificada. Cuida-se, na espécie, de norma penal incriminadora de caráter preceptivo, isto é, de norma que ordena "uma determinada ação e impõe conseqüentemente, um fazer positivo; a infração do direito consiste, então, na omissão desse fazer" (FRANCO, 1987:27).

O exemplo mais comum é a figura da omissão de socorro.

Nela, o agente tem o dever de prestar assistência em situações específicas, desde que possível fazê-lo sem risco pessoal. Se houver omissão de sua parte, o delito se configura. Da mesma forma, se o agente não atender ao dever de prestação alimentar a que está obrigado; se não considerar a instrução primária de filho em idade escolar; se não denunciar à autoridade pública, sendo médico, doença de notificação compulsória; se deixar indevidamente de praticar, sendo funcionário público, ato de ofício; sua conduta omissiva, infringente a qualquer desses deveres de atuar, terá adequação típica (arts. 244, 246, 269 e 319 do CP).

São, portanto, crimes omissivos próprios, os que se perfazem com a simples conduta negativa do sujeito, independentemente de produção de qualquer consequência posterior. A norma que os contém, ao invés de um mandamento negativo, determina um comportamento positivo.

Para isso, a figura típica de forma implícita, descreve uma conduta positiva que deve ser realizada

pelo agente em face das circunstâncias por ela narradas. Então, o crime consiste em o sujeito amoldar a sua conduta à descrição legal por ter deixado de observar o mandamento proibitivo determinado pela norma. Assim, na omissão de socorro (art. 135 do CP) o núcleo do tipo é o verbo "deixar", enquanto o mandamento é a prestação de assistência às pessoas enumeradas no texto.

As formas omissivas puras são raras, poucos exemplos havendo em nosso código penal. São hipóteses em que encontramos tipos de imposição indicando a própria lei sancionadora um dever de agir.

Surgem, como nota característica desses delitos omissivos puros, a natureza injuntiva da norma, que ordena a prática de certo ato, e a circunstância de se esgotar a conduta penalmente relevante em um voluntário não-fazer concreto (GONZAGA, op. cit.: 250).

2 - OMISSÃO IMPRÓPRIA

Também conhecidos como crimes comissivos por omissão

representam um dos mais árdios problemas oferecidos pelo direito penal, assim considerado por quase que unânime doutrina, sobre o qual a lei e a doutrina não nos apresentam ainda soluções precisas e seguras, e cujo tratamento, na prática judiciária, costuma revestir-se de boa dose de empirismo.

A princípio, pode-se dizer que esses crimes se exteriorizam da mesma forma que os omissivos puros, porque em ambos os casos o sujeito se abstém de praticar certo ato. Mas, posteriormente é possível observar a diferença, quando se equipara aos de ação, dado que acarretam, como estes, a responsabilidade pela produção de um evento positivo.

Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios, não são como geralmente se supõem, crimes comissivos. São, na verdade, crimes omissivos, em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito é a violação do dever jurídico de impedir o

resultado. Nestes crimes não há violação de uma proibição, mas de um comando que se situa paralelamente à norma proibitiva - junto à norma proibitiva. A transgressão dessa norma implícita é que constitui o crime comissivo por omissão.

A omissão simples, anteriormente debatida, apresenta-se como o imperativo imposto pela norma, exigindo uma atuação que, não exercida pelo agente, provoca a infração, permanecendo indiferente ao direito penal se referida omissão provocou ou não determinado resultado. O que já se pode também apurar é que os delitos de omissão simples, constantes nos códigos penais, configuram-se ante o suposto imperativo de atuar que corresponde a um mandamento da norma, tais formas omissivas têm se demonstrado em pequeno número de formulações introduzidas na lei positiva. Todavia, os delitos de comissão por omissão, ainda que às vezes apareçam taxativamente formuladas nos códigos, não são definidas como tais.

Como já se disse, a maioria

dos delitos podem se dar não só por meio de uma ação, como também por meio de uma omissão. A partir desta possibilidade, pronuncia-se MEZGER (apud, ASÚA, op. cit.) acerca da omissão imprópria dizendo que "nesses casos [os de comissão por omissão] o autor não faz o que deve fazer, e produz por isso um resultado que não deve produzir: infringe e menospreza ao mesmo tempo uma norma preceptiva e uma norma proibitiva" (p.406). Mezger acabou por fazer uma aguda advertência a respeito de que a decisão sobre se estimar um delito como de natureza comissiva ou de comissão por omissão, depende do momento subjetivo do agente.

Os exemplos mais citados pelos autores para melhor explicar esta espécie de omissão é o da mãe que, dolosamente e com deliberado propósito de causar a morte de seu filho, não o amamenta nem lhe oferece qualquer outra fonte de alimento, vindo a provocar a morte da criança. Comete esta mãe o delito de homicídio. O guarda-vias que não executa a devida troca de

trilhos, para produzir assim um descarrilamento, pratica, em princípio, o delito de dano. Tais disposições encontram-se configuradas na lei como tipos de ação que produzem um resultado no mundo exterior. O agente, em tais exemplos, os executa através de uma conduta omissiva.

Os delitos de comissão por omissão são causados, portanto, por quem tem o dever de atuar e não interrompe a sucessão dos acontecimentos dos quais conhece o resultado, quando estão em sua marcha. É o caso ainda, do criado contratado para cuidar de um cego e que, ao ver este a quem deixou sentado em praça pública pôr-se de pé para cruzar a rua próxima, não o impede ao ver avançar um veículo a toda marcha, concebendo-se, portanto o propósito de deixá-lo morrer.

Pode-se esclarecer melhor o que fora dito: a proposta é oferecida por ASÚA (Id. Ibidem):

- Nos delitos de omissão simples existe vontade interna de não fazer concreto, mas pode não ser querido o resultado que consiste em não mudar o mundo exterior, cuja mudança se espera. Os delitos de omissão simples

são de perigo abstrato e estão configurados na lei, em forma preceptiva;

- Nos delitos de comissão por omissão, concorrem a vontade externa de não fazer tendendo a um resultado. Estes delitos causam um perigo concreto e não são especificados na lei, ao contrário, os códigos definem os delitos conforme a norma proibitiva, mas a ação pode ser substituída em quase todos os casos pela omissão, segundo já vimos. (p.409)

Os delitos omissivos próprios são fatos puníveis, que se esgotam na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei. São delitos omissivos impróprios, em contrapartida, os fatos puníveis nos quais o omitente está obrigado, como garantidor, a impedir o resultado, e nos quais o omitir-se corresponde valorativamente à realização do tipo legal através de um fazer ativo (WESSELS, 1976:157).

Quanto à tentativa é inadmissível nos crimes omissivos próprios, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado

(TAVARES, op. cit.: 154).

Nos crime omissivos impróprios, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais no que diz respeito aos atos preparatórios e executivos do delito.

Sobre a co-autoria e a participação há de se dizer que somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos aqueles que se encontram aptos a agir ou aqueles que se vêem submetidos a um especial dever de impedir o resultado. Assim sendo, podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas pois cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto diante da situação típica de perigo (Id. Ibidem:153).

A co-autoria e a participação não existem em qualquer dos crimes omissivos. Se mais de uma pessoa tem o dever jurídico de atuar, praticará crimes autônomos todos quantos se abstiverem. Se alguém, por violência ou ameaça, impede a ação devida, praticará crime comissivo, tendo em vista o resultado. Não há autoria

mediata em crime omissivo. A instigação, igualmente, é ação e se resolve segundo os critérios dos crimes comissivos (FRAGOSO, op. cit.:343).

A penalidade a ser aplicada nos delitos de omissão simples não suscita dúvida, posto que vêm descritos na própria norma que lhe assinala a pena correspondente. O mesmo se pode dizer com relação aos omissivos impróprios que estão inscritos na lei, cuja pena também está cominada.

Nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, sendo necessário demonstrar-se que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível (TAVARES, op. cit.:156).

2.1 - O DEVER DE ATUAR

A ação esperada há de poder ser exigida para constituir omissão punível. Já dizia CARRARA (apud, ASÚA, op. cit.) que "o delito de pura inação não se pode conceber mais que nos casos em que outra pessoa tenha direito exigível à ação omitida, porque também os

delitos de inação estão submetidos ao princípio fundamental de que não pode existir delito onde não se viola um direito" (p.419).

Há de se empreender agora a investigação que se prenda no sentido de esclarecer quando o fazer é exigido, ou ainda, quando haverá um dever de atuar. Essa exigência de atuar está estabelecida inclusive no Código Penal brasileiro.

O tema dos delitos omissivos, na verdade, só passou a alcançar maior repercussão, quando, no art. 13, § 2º. do CP, o legislador - encampou uma parte da elaboração doutrinária, inserindo nesse dispositivo as fontes do dever de garantidor, ou melhor, as fontes que fundamentam a posição de garantidor. Desde então os juristas têm aguçado sua percepção na busca de soluções adequadas, ainda que não definitivas, às questões que daí decorrem, principalmente acerca da parte omissiva dos crimes comissivos e do perfeito equacionamento dos limites do dever de impedir o resultado, que expressam, em certa medida os pontos centrais da investigação (TAVARES, op. cit.:126).

Defrontamo-nos aqui com "tipos abertos", nos quais só uma parte do tipo vem descrita na lei, cometendo ao juiz complementar o restante com outros elementos que são precisamente os que fundamentam a posição de garantidor.

a dever de agir impedindo o resultado, nos crimes comissivos por omissão, surge da posição de garantidor. Esta é a situação de fato que se relaciona com o agente, sendo pois, característica da autoria. a autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado. Trata-se, pois de crime próprio.

A lei vigente (diversamente do que ocorria na redação original do Código Penal de 1940) especifica as fontes do dever jurídico de impedir o resultado, sob a rubrica imprópria de relevância da omissão (art. 13, § 2º). A lei estabelece, portanto, os pressupostos de fato de que deflui o dever jurídico.

São estas as hipóteses em que se configura a posição de garantidor:

1 - A primeira é aquela em que a posição de garantidor é estabelecida diretamente pela lei, que embora atendendo a outros fins, impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. É o caso das disposições relativas ao direito de família, como por exemplo o dever de guarda e manutenção dos filhos previsto pelo código civil.

2 - A segunda situação é a de quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Costuma-se falar em contrato, ou negócio jurídico, mas o essencial é que o agente tenha assumido, de fato, seja ou não em virtude do contrato, a posição de garantidor. É o caso da enfermeira, do salva-vidas, do professor de natação ou do guia de alpino. a dever de garantidor não se confunde com o dever contratual, sendo indiferente às limitações que surjam do contrato, inclusive à validade jurídica deste.

É indispensável que o agente tenha assumido a posição de fato de garantidor, mesmo que a isto não o obrigue o contrato. Por exemplo, a enfermeira que permanece em serviço após o seu horário de trabalho, vindo ocorrer de o enfermo necessitar

de urgente aplicação de medicação. Não se exige mais do que a própria necessidade criada no momento para se caracterizar a posição de garantidor, podendo inexistir qualquer vinculação jurídica. É o exemplo do pedestre que resolve auxiliar um cego a atravessar a via pública.

3 - A terceira hipótese em que surge a posição de garante é consequência da anterior atividade causadora do perigo. Afirmar-se que, à luz do direito vigente, o dever de agir, em tal caso, será tácito, ou resultante do sistema, pois quem cria o perigo de dano teria a obrigação jurídica de afastá-lo.

O atuar precedente poderia gerar uma situação especial de garante que obriga o agente a evitar que o perigo por ele criado se converta em resultado lesivo ao bem jurídico. Pode-se citar o exemplo apresentado por Nelson Hungria, que narra o caso de um exímio nadador que, após convidar pessoa que não possui a mesma aptidão, abandona-a em meio ao mar, provocando-lhe afogamento (HUNGRIA, 1980: 11). É ainda o hipótese de quem, mesmo sem

culpa, põe fogo a um depósito de feno e abstém-se de salvar pessoa que se achava no interior do mesmo.

O dever jurídico de agir, nos crimes comissivos por omissão, não pode ser o que resulta da norma penal relativa aos crimes omissivos puros. Em tais casos a própria norma penal estabelece a sanção para a inobservância da ordem, sendo incabível qualquer outra consequência penal pelos resultados da omissão. Por outro lado, nos crimes omissivos puros não há o dever jurídico de impedir o resultado. Se o agente, podendo, omite socorro a pessoa em perigo, que vem a morrer, não responderá por homicídio, mesmo que querendo a morte da vítima. Outra seria a situação se houvesse dever jurídico de impedir o resultado.

MEZGER (apud, BRUNO, 1978:316) pretendeu resolver a questão sugerindo que para imputar-se ao omitente a responsabilidade criminal pelo resultado será necessário que exista, não simplesmente um dever jurídico de agir, mas um dever jurídico de impedir o resultado, do qual decorra

claramente que é se resultado deva ser tomado em consideração na punibilidade.

WELZEL (TAVARES, op. cit.:157), porém, opõe-se a Mezger ao dizer que impedir o resultado é também o fim visado pelo comando da omissão simples.

O erro sobre o dever de garantidor é erro de mandato, que exclui a culpabilidade, se inevitável.

2.2 - O DEVER DE ATUAR ENQUANTO DISPOSIÇÃO LEGAL

Na omissão imprópria o legislador equiparou a não evitação do resultado à causação, por uma atuação ativa. Assim sendo, tanto pode a mãe matar o filho de tenra idade, através de um fazer positivo, como por meio de uma omissão, negando-lhe o alimento.

A prática por omissão de delito comissivo exige uma omissão qualificada. Se se tratasse de mera omissão, a vida de relação seria de todo impossível, sendo que qualquer um poderia ser acusado de não ter feito algo para evitar um certo resultado.

Assim, a extensão dos tipos não teria limites e a prática por omissão se transformaria num instrumento perigoso nas mãos do poder (FRANCO, s.d.:27).

Na realidade, a omissão que apresenta interesse no campo penal tem características próprias. Exatamente por isso o legislador consignou na primeira parte do § 2º do art. 13, que "a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

Assim sendo, na comissão por omissão, antes de tudo deve ser verificada a causalidade hipotética, isto é, a possibilidade fática que teve o agente de evitar o resultado. Assim sendo, se se tem por certo que com a realização da conduta devida o resultado não se teria produzido, é certo que se deve imputar o resultado ocorrido ao agente da omissão.

É importante também se ressaltar que, na comissão por omissão, o resultado proibido não pode ser atribuído a qualquer pessoa, mas apenas àquela que tiver, com o bem jurídico protegido, um especial dever de garantia. Assim, só será autor da

omissão aquele que tiver uma posição de garante efetivo a respeito do bem jurídico e, nesta posição, não evita o resultado típico, apesar de poder fazê-lo.

É possível, todavia, observar dentre os doutrinadores mais críticos, uma insatisfação com relação a esta tipologia geradora do direito de atuar, por se mostrar incompleta e insatisfatória, não abrangendo situações que podem conduzir o agente à posição de garantidor do bem jurídico protegido.

A doutrina mais atualizada tem enfatizado que o dever de atuar não resulta apenas de fundamentos positivos, mas de "exigências de *solidarismos* do *homem* para com outros homens dentro da comunidade" (apud, FRANCO, s.d.:27).

Todavia, ao lado daquelas fontes clássicas sobre as quais já pudemos nos manifestar, surgiram também como fonte geradora desse dever, os valores e exigências resultantes da comunidade do perigo e de vida, o "âmbito do domínio" da pessoa e a "posição de monopólio" do agente.

Acerca desta afirmação assim se manifesta Aníbal BRUNO (op. cit.):

Por acaso, não assumiria um especial dever de garantia a pessoa que, juntamente com outras, tomasse parte em certas associações ou agrupamentos especiais que criam, embora transitoriamente, uma certa comunidade de vida e de perigo a um regime de mútua confiança, como acontece entre os membros de expedições arriscadas, tripulações de barcos, grupos alpinistas no que se refere a perigo para a vida e para o corpo?(p.315)

Ao que parece o tipo comissivo por omissão se tornaria mais amplo, ao lado da lei, do contrato e da ingerência, com a inserção do dever ético resultante da solidariedade social, *como fonte geradora do dever de atuar*. Aumentar-se-ia sobremaneira, desse modo, a área de manobra do juiz, na definição de quem deva ocupar a posição de garante do bem jurídico tutelado.

Todavia há de se dizer, ainda que assim se procedesse, o tipo comissivo por omissão permaneceria no terreno perigoso do tipo aberto, posto que o elenco dos deveres de garantia presta-se, apenas, de

mero roteiro à tarefa judicial de construção de figuras criminosas. Aí entrariamos um campo em que o direito de liberdade do cidadão corre risco, pois o preenchimento do tipo comissivo por omissão fica entregue ao inteiro talante do juiz, que na sua atividade criadora pode tornar-se arbitrário, induzido por fatores, tais como o de sua formação ideológica (FRANCO, op. cit.:27).

Diante de tal circunstância o ideal seria a enumeração, em artigo, das fontes geradoras do dever de atuar, tal como ocorre com o crime culposos, o que atenderia melhor ao direito de liberdade do cidadão. Todavia o legislador de 1984 optou por acolher em linhas gerais, no texto legal, a tipologia clássica das fontes geradoras do dever de atuar.

Com a reforma da parte geral do código penal, feita em 1984, o artigo 13 contempla em seu § 2º as fontes do dever de agir, de acordo com uma classificação formal, bem como assinala que a "omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia

agir para evitar o resultado". Com esta cláusula geral, pretende o código superar a questão do princípio da legalidade, todavia acaba por sofrer críticas, já que nem sempre nos tipos em espécie é fácil identificar-se ou se equiparar a ação neles prevista à omissão penalmente relevante. Comete homicídio por omissão o jornalista que, uma vez havendo desencadeado uma inimizade entre duas pessoas, não impede que uma delas mate a outra, embora lhe fosse possível fazê-lo? A resposta a esta indagação, se fundada nos estritos preceitos do art. 13, § 2º, poderá levar a incontornáveis injustiças (CONDE, op. cit.).

23 - O NEXO DE CAUSALIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS

A causalidade omissiva corresponde a "um dos pontos cruciais e mais tormentosos da ciência do direito penal" (apud, COSTA JUNIOR, op. cit.: 116). O problema comporta equacionamento nos seguintes termos: poderá ser conferido

à omissão, fator puramente negativo, um valor causal? Quando, em seguida a uma conduta omissiva, realiza-se um evento, poder-se-á atribuir à omissão a causação do resultado? Como chegar a admitir um efeito positivo de uma causa negativa? Em se admitindo tal, de que natureza será o nexa causal que se interpõe entre omissão e evento? É o que tentaremos responder.

O problema não se apresenta, porém, em todo o campo omissivo. Desponta somente nos crimes omissivos espúrios. Nos delitos propriamente omissivos, onde o evento oferece um conteúdo meramente jurídico a questão não se põe. Neles não se recorre à causalidade para atribuição material do fato, dada a ausência do segundo termo relacional: a transformação do mundo material.

Sobre esta relevância causal omissiva, muitas teorias foram formuladas, principalmente na Alemanha, onde Antolisei enumera 293 publicações que se ocuparam do assunto. Todavia,

a divergência doutrinária é só aparente, porque todos são concordes em que a responsabilidade penal possa advir tanto de uma ação quanto de uma omissão. Discutem apenas se a omissão é causal em si mesma ou através de uma ficção jurídica.

2.4 - A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O legislador de 1984 não concordou com a sugestão que se afinava com a mais moderna dogmática penal e preferiu ratificar o texto do art. 11 da parte geral do código penal de 1940, privilegiando a teoria da "equivalência das condições" que, regulando a relação de causalidade material, afirma que a "equivalência de todos os antecedentes indispensáveis ao suprimento do resultado concreto, qualquer que tenha sido a categoria ou o grau de contribuição para o evento", não distinguindo entre causa, condição ou ocasião: tudo que concorrer para o resultado é causa

dele (FRAGOSO, op. cit.:168).

Esta posição adotada pelo legislador decorre de infundado receio de que a ausência de um conceito legal de causalidade pudesse acarretar uma indefinição sobre o que seria ou não causa de um determinado resultado, decorrendo daí uma margem de incerteza no que se refere à aplicação da lei penal. Na verdade, a acolhida da mencionada teoria não diminui as dificuldades posto que o terreno da causalidade continua submerso em sombras até então difíceis de serem desvendadas.

A teoria da "equivalência das condições" afirma que se estabelece a relação de causalidade toda aquela condição do resultado que, suprimida mentalmente, o faria desaparecer. Não pode ser acolhida esta tese sem restrições, porque a aplicação do conceito de causa está circunscrito a um número relativamente insignificante de delitos, isto é, a crimes materiais, nos quais é possível separar materialmente a ação, do resultado.

Mas não é em relação a todos os crimes que produzem transformações no mundo da realidade física, que a teoria pode

ter aplicação. Assim, revela-se de todo ineficaz, em relação aos crimes omissivos impróprios. Nenhuma relevância pode ser a ela emprestada, no tocante aos crimes de mera ação, aos crimes formais e aos crimes omissivos próprios.

Na tipicidade, o problema não é determinar a causalidade da ação, mas sim, que se possa atribuir o comportamento realizado, ao tipo. A causalidade não acrescenta nem retira nada. De outra parte, quando há um resultado, o que interessa é verificar se se pode imputar, a partir do bem jurídico, a ação ou omissão produzida à situação típica.

O que se tem a dizer é que os conceitos referentes à teoria do delito são suficientes para resolver os problemas que se pretende aclarar com a causalidade.

Ao restabelecer o texto original do art. 11 do código penal de 1940, o legislador de 1984, não percebeu que, ao consagrar a teoria da equivalência das condições, no que se refere à omissão, cometeu um gritante conflito entre o caput do art. 13 e o respectivo § 2º. É que a introdução da omissão no caput

do art. 13 do código de 1984, apresentando-a como uma das formas de conduta humana geradora do resultado, colide-se com o § 2º do mesmo dispositivo penal, no qual a omissão, porque não causadora fisicamente do resultado, é tratada como um conceito normativo³.

VII- CONCLUSÃO

A omissão estudada como uma espécie punível, não pode ser destruída dentro do contexto jurídico-penal já que sua frequência é suficiente a despertar o interesse dos estudiosos, fazendo necessário lembrar que quase todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão. A problemática se amplia quando tratamos especificamente das formas omissivas impróprias.

Por outro lado é fácil de se perceber uma tendência de aumento quanto aos crimes omissivos, lembrando que a matéria se estende até a responsabilidade das pessoas jurídicas e à distribuição de responsabilidades dentro das sociedades e agrupamentos.

Esta ampliação é resultado

preocupante, posto que se o tema até o momento não encontrou perfeita ressonância doutrinária e sugere, em decorrência disto, desdobramentos não previsíveis.

A omissão considerada francamente pela doutrina como um dos setores mais obscuros da estrutura delitiva, carece de melhor formulação doutrinária, o que redundaria num acerto no que se refere ao aspecto legal.

Isto demonstra que é incontestável a fragilidade dos critérios usados para enfrentar e alcançar a solução de tais casos. Bernardino GONZAGA (op. cit.) bem delimita a problemática quando observa que quanto ao tema "a lei e a doutrina não nos apresentam ainda soluções precisas e seguras, e cujo tratamento na prática judiciária costuma revestir-se de boa dose de empirismo" (p.252).

Por seu turno, a jurisprudência brasileira - assim como a própria configuração legal, limitou o conceito da omissão a um mínimo, na procura de certeza e segurança, todavia, contendo-se dentro desta mesma limitação. Trata-se, neste

³ "De certa forma, acolhe o legislador aqui (delito omissivo impróprio) a *teoria normativa*, enquanto no *caput* do referido artigo prefere a *teoria naturalística*, enquanto no *caput* referido artigo prefere a *teoria naturalística* • conceito de omissão." Heitor Costa Jr., ob. cit., p. 60.

caso de uma impossibilidade do uso judicial da ciência do direito em razão de suas contradições e da falta de critérios suficientes para serem aceitos. Redunda em tipos penais que podem perfeitamente se prestar a infundáveis manipulações.

Ao que nos parece, por ora se apresenta inconveniente a ampliação dos quadros da omissão, seja por razões de

dogmática, de certeza e segurança do direito, seja pela possibilidade de uma destinação que possa não fugir aos anseios liberais, já que a inação se mantém até agora, como já o dissera BETTIOL, 1977:24), como um dos "mistérios" da nossa ciência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1963.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal 2* - ed. São Paulo: RT, 1977.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COSTA JR., Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal, Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GONZAGA, João Bernardino. *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MUNÔZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SILVA FRANCO, Alberto et alli. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987.
- TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº. 15, São Paulo: RT, 1996.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. s.l.: 1970.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal, Parte Geral*. Porto Alegre: Fabris 1976.