

*Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos **

JUAREZ TAVARES **

Introdução

1. O Código Penal brasileiro prevê no art. 318 o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho*, cuja ação está assim descrita: "*Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho.*"

Embora seja um antigo delito funcional, a análise do respectivo tipo pode gerar, entretanto, alguma perplexidade, sugerindo, como primeira assertiva, aquilo que a doutrina brasileira, desde **Nelson Hungria**, e sem qualquer outra preocupação, vem admitindo, que o delito possa ser praticado por ação ou por omissão.⁽¹⁾ Mas esta simples afirmativa, ainda que correta, não esgota o âmbito da investigação típica. Se praticado por omissão, podemos, por exemplo, em seguida perguntar: trata-se de crime omissivo próprio ou impróprio? Dada as características do tipo legal, essa é uma pergunta para a qual não encontramos resposta à primeira vista. Se concluirmos que é omissivo próprio, imediatamente poderemos ser contestados para indicar *onde a lei se refere à omissão*, isto é, onde se diz que o crime consiste em omitir-se de taxar ou de investigar a mercadoria que entra no país. Se dissermos que se trata de crime omissivo impróprio, devemos também esclarecer acerca dos fundamentos do dever de garantir. Por outro lado, a sua identificação, como crime omissivo próprio ou impróprio, não é produto de mera especulação doutrinária. Conforme se trate de um ou outro caso, devem variar os pressupostos de sua punibilidade. Daí que essa classificação merece um tratamento mais específico do que poderia aparentar.

2. Além de questões dessa ordem, que são comuns no trato judiciário, a vida cotidiana é extremamente rica de exemplos e de casos, aos quais a teoria jurídica muitas vezes não pode dar uma resposta satisfatória, porque ainda insuficientemen-

(1) **Nelson Hungria** - *Comentários ao Código Penal*, 1959, vol. IX, p. 374.

te desenvolvida.

Situemos alguns deles.

3. Um guia alpinista convida umas pessoas para fazerem uma excursão ao Pico da Bandeira. Nessa excursão, alguns morrem porque o alpinista não lhes dá a devida atenção, deixando de indicar o caminho mais adequado de subida. Uma vez iniciado o procedimento criminal contra o alpinista, afirma este que, na realidade, não era ele um verdadeiro guia, já que não havia acordado com os demais de que os levaria sãos e salvos até o cume do morro, mas apenas os havia convidado para tal aventura.

Fato semelhante ocorre com a pessoa que vai à praia com seu filho menor e, desejando refrescar-se nas águas do mar, pede a alguém que está ao lado para *dar uma olhada na criança*, recebendo desse um rápido assentimento. Pois bem, enquanto a mãe dá o seu mergulho, a criança corre, entra na água e morre afogada, porque a pessoa que deveria vigiá-la resolve dormir ao sol.

4. Dois irmãos, sem qualquer acordo prévio, estão nadando em águas profundas. Um deles, de repente, é acometido de câibras e começa a afogar-se. O outro nada faz para ajudá-lo.

5. Em determinado edifício, observa-se defeito contínuo nos elevadores, a ponto de o ascensorista alertar o síndico para o problema, enfatizando que *alguém ali ainda ficaria preso*, obtendo, no entanto, como resposta de que tudo não passava de mera fantasia e que nada disso iria acontecer. Certo dia, um profissional liberal, que possuía consultório no prédio, precisou trabalhar até mais tarde, vindo a deixar o serviço após 22:00 horas, quando no local apenas permanecia um vigia. Toma o elevador e este pára no meio dos andares. Imediatamente, aciona o alarma e desperta o vigia. Este, contudo, apesar de sua boa vontade, não sabe como mover o elevador, nem como abrir suas portas. O profissional liberal pede-lhe então, que se comunique com o síndico pelo telefone da portaria, o que é feito. O síndico lhe diz, porém, que nada poderia fazer, que esperasse até o outro dia, de manhã, quando chegasse o ascensorista. Ademais, não poderia ir até o local, porque estaria de saída para uma festa.

6. Esses exemplos são simples e corriqueiros, mas sua análise sugere a prévia investigação acerca da estrutura dos delitos omissivos, cujo complexo de fundamentos distintos tem sido de certa forma relegado pela doutrina.

O tema dos delitos omissivos, na verdade só passou a alcançar maior repercussão, quando, no art. 13, § 2º do Código Penal, o legislador brasileiro 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.

Ação e omissão

7. Mas, a primeira grande tarefa dos juristas, ao tratarem dos *crimes omissivos*, não se situa imediatamente na delimitação do dever de impedir o resultado, senão em determinar como se procede à diferenciação entre *ação* e *omissão*. Esta é a tarefa inicial e decisiva. Afinal de contas, essa foi a preocupação de toda a doutrina do Direito Penal, desde que se formaram os sistemas da *teoria do delito*.

8. Na evolução do conceito analítico de delito e tendo em vista a sua escassa incidência prática, a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação. Na realidade, o delito omissivo, como tal, só muito lentamente é que veio a despertar maior curiosidade de análise. O importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido como delito autónomo, os crimes omissivos só começaram a engendrar um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se desperta a atenção à necessidade de uma regra geral da omissão. Antes disso, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos aos delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime.⁽²⁾

A adoção de uma regra geral de omissão não decorre, entretanto, de uma imposição legislativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, notadamente com a introdução do conceito de conduta, por parte de **Berner** em 1857, que possibilitou a separação entre ação e punição, como conseqüência tardia da concepção hegeliana sustentada na culpabilidade de vontade.⁽³⁾ O ponto crucial dessa evolução foi traçado, porém, com o conceito de tipo formulado por **Beling**, o qual, superando as proposições da doutrina anterior, que se mostrava incapaz de diferenciá-lo da noção de conduta, possibilitou, ademais de outros efeitos, a consecução de um conceito geral de ação, baseado no dogma causal.⁽⁴⁾

9. Vê-se, portanto, que, uma vez superada a questão da possibilidade de um conceito geral de ação, era natural que daí decorresse para a *teoria causal* uma dificuldade ainda maior, que era a de estender o seu conceito de ação, tomada como causa de um resultado, à modalidade da omissão.

É cediço que a *teoria causal* não formulou, a princípio, um conceito de ação no sentido de que, diretamente, se pudesse dizer que a *ação fosse causa de um resultado*. Há outros modos de expressar esse conceito, de maneira indireta, mais literária, mas que no fundo signifiquem a mesma coisa.

O nosso saudoso **Aníbal Bruno** dizia que a ação constitui “*um comportamen-*

(2) **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodríguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 19, nota 1.

(3) **Roxin** - *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edição, 1994, p. 180.

(4) **Roxin** - *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1994, p. 181.

(5) **Aníbal Bruno** - *Direito Penal, Parte Geral*, 1959, vol. I, p. 282.

to humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior”.⁽⁵⁾ Igualmente, **Von Liszt**, um dos mais criativos penalistas de todos os tempos, conceituava a ação como “a produção de uma modificação no mundo exterior, referenciada à vontade humana”.⁽⁶⁾ Embora os enunciados se apresentem distintos, isto nada mais é do que a retratação de um procedimento causal que se desdobra, que se desenrola no mundo exterior e produz um acontecimento perceptível, que é o seu resultado. Se o que importa é o processo de produção do resultado, a ação, que se identifica com esse processo, deve ser concebida como causa desse resultado. Como o conceito de ação serve de elemento primário de ligação entre todos os elementos do delito, deve englobar também a omissão, a qual, é claro, deveria da mesma forma ser vista nesse contexto como “causa de um resultado.”

Entretanto, a transposição da causalidade da ação à omissão não pode ser feita sem maiores problemas. Como conceber, como causa de um resultado, uma inatividade que não tem no mundo exterior qualquer expressão de procedimento causal? A discussão já começa a agravar-se quando se busca equacionar o que se deva entender por *causa de um resultado*.

10. Não é de hoje que a causalidade tem suscitado os mais acalorados debates, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no Direito. Enquanto no Direito, pela necessidade de justificação da responsabilidade, a causalidade é sempre tomada no sentido lógico de certeza, na teoria científica moderna, chegou-se à conclusão de que não há causalidade exata, precisa, inequívoca. A causalidade só pode ser aferida depois que o processo já se desenvolvera e se sabe o que o teria impulsionado ou se tem, então, uma idéia intuitiva de que existe um responsável por aquele resultado. Mas, antes disso, não há como elaborar hipoteticamente o que poderá constituir a *causa* de um resultado.

Parece que, dado o grau de incerteza de suas variadas fórmulas, nenhuma teoria que se ocupe do conceito de causa pode elucidar essa matéria. No campo das ciências empíricas, essa incerteza quanto à identificação da causalidade tomou maior significado, por exemplo, com as investigações procedidas no setor do átomo e sua evolução. O cientista alemão **Heisenberg**,⁽⁷⁾ da Universidade de Munique e Prêmio Nobel de Física, ao proceder à elaboração dos princípios informadores da teoria quântica, enuncia na década de trinta o *princípio da indeterminação*, pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada, conduz à conclusão de que, no mundo dos corpúsculos nucleares, a causalidade não é certa, mas meramente provável. Mas antes disso, a causalidade já era posta em questão com a antiga teoria de **Maxwell**, que foi enunciada para explicar um dos *princípios da termodinâmica*. Segundo este princípio, um corpo quente, que se vincule a um

⁽⁶⁾ **Von Liszt** - *Lerbruch des deutschen Strafrechts*, 1891, p. 128.

⁽⁷⁾ **Heisenberg** - *Die physikalischen Prinzipien der Quantumtheorie*, 1930, IV § 3º.

corpo frio, produz a passagem de seu calor para este corpo frio e não vice-versa. Quer dizer, quando dois corpos entram em contacto, um quente e o outro frio, o primeiro que está quente, transfere ao segundo, que está frio, uma parte de seu calor, no sentido de um equilíbrio térmico. Segundo **Maxwell**, essa constatação empírica, entretanto, não é certa, é meramente provável, assim como tudo na investigação científica. Essa formulação da termodinâmica, embora do século passado e o princípio da indeterminação marcaram no campo da causalidade uma perspectiva completamente diferente do que a *ciência* até então havia indicado, pois a desvinculavam dos enunciados da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do Direito, e ainda alteravam o pressuposto empírico de sua configuração lógica.

Na esteira dessas modernas concepções, podemos dizer que a causalidade não pode ser equacionada através de uma teoria única, segundo a qual sempre, e da mesma forma, ela deverá verificar-se. Daí a tentativa de superar a velha teoria da condição, mediante uma individualização da causalidade, primeiramente no plano naturalístico, com a teoria da adequação proposta por **Von Kries**, e depois no plano normativo, com a teoria da relevância jurídica, elaborada por **Mezger**.

De acordo com a proposição de **Von Kries**, a causalidade seria unicamente aferida com base na experiência, segundo um juízo de previsibilidade, o qual, conforme o complemento trazido por **Traeger** deveria ter em conta todas as condições existentes ao tempo da ação, conhecidas ou cognoscíveis por um homem prudente.⁽⁸⁾

Por sua vez, **Mezger** entende que a causalidade, tomada no sentido da teoria da condição, não é suficiente para fundar o nexô de responsabilidade, senão em atenção à relevância jurídica da condição, que só poderá ser reconhecida no processo de interpretação teleológica da norma.⁽⁹⁾

Mas, como a causalidade é meramente provável, está claro que toda teoria causal é falha, porque está trabalhando sobre juízos e critérios de probabilidade e não de certeza. Se a incerteza torna-se a regra, fica, assim, mais difícil ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação.

11. Dentro da evolução percorrida pela teoria do delito, os primeiros critérios estabelecidos para justificar a causalidade na omissão, até pelas suas dificuldades, buscaram fundamentá-la em algo positivo, como na prática de ação diversa. Assim, por exemplo, são as soluções apresentadas por **Luden**, com sua *teoria da ação contemporânea*, pela qual o que efetivamente causa o resultado proibido é a prática de uma ação positiva contemporânea à omissão, diversa daquela que deveria ter sido

⁽⁸⁾ **Traeger** - *Der Kausalbegriff im Straf-und-Zivilrecht*, 1927, p. 159.

⁽⁹⁾ **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodríguez Muñoz, 1955, vol. I, p. 243.

⁽¹⁰⁾ **Luden** - *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 1840, vol. I, p. 467.

executada; ⁽¹⁰⁾ e por **Krug, Glaser e Merkel**, com a *teoria da ação precedente*, que tomava como referência não a ação contemporânea, mas a ação realizada momentos antes. ⁽¹¹⁾

Beling ⁽¹²⁾ que foi o grande teórico da teoria causal, ciente dos transtornos lógicos provocados por uma concepção puramente causal do delito, chegou à conclusão de que para fundamentar a causalidade na omissão só dispunha de um recurso, que era partir da investigação sobre o organismo da pessoa do omitente. Segundo ele, isto se daria da seguinte forma: na ação, a pessoa produz um movimento corpóreo e, portanto, desencadeia perceptivelmente a causalidade; na omissão, ao contrário, a pessoa não produz movimento corpóreo algum, mas, para não fazê-lo, deve retraindo sua capacidade muscular de movimentar-se. Justamente nesta retração subsistiria a causa do resultado. Esta concepção, entretanto, não era nova. Nada mais é, aliás, do que uma reformulação sistematizada na teoria do delito das *teorias da interferência*, mencionadas por **Landsberg**, e sustentadas por diversos autores, dentre os quais **Binding**, que, contestando as antigas teorias da *ação precedente* e da *ação contemporânea*, tentavam demonstrar que a *omissão* teria uma eficácia ativa, de modo que o omitente, ao não agir, passaria a expressar uma força interferente sobre o impulso que normalmente o compelia a fazê-lo. ⁽¹³⁾ Não será preciso socorrer-se de maiores indagações, para perceber a artificialidade dessas construções, que novamente deslocam o tema da causalidade do setor lógico para o biológico ou mecânico, tornando ainda mais obscura sua perfeita dimensão.

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, **Mezger**, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente por **Rickert**, enfatiza que “*o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situado exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva esperada, e a seu resultado*”. A pergunta decisiva será, portanto, a seguinte: “*o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada*”? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado. ⁽¹⁴⁾ Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode vigor sob o enfoque da teoria da relevância jurídica, que deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para transformar-se em teoria de imputação do resultado.

A omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na *teoria do*

⁽¹¹⁾ **Adolfo Merkel** - *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 76.

⁽¹²⁾ **Beling** - *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17.

⁽¹³⁾ **Binding** - *Die Normen*, II, p. 546; **Von Hippel** - *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, p. 158.

⁽¹⁴⁾ **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, p. 299.

delito, que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a *teoria finalista*, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la.

12. Afinal de contas, o que constitui a omissão? É uma inatividade? Mas, sendo uma inatividade, é modalidade de ação? Será outra categoria de comportamento, que, juntamente com a ação, integra, em seu todo, a conduta humana?

A própria *teoria finalista da ação* parte do conceito de que a 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 contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva.⁽¹⁵⁾

A relação entre ação e omissão se situaria logicamente como os indicativos A e Não-A, objetos independentes do mundo do ser, cada qual com suas propriedades. Ainda que se reconheça a engenhosidade desta tese, talvez a única que poderia ser compatível ao esquema das categorias ônticas, ainda assim não abrange a questão em todas as suas particularidades e em toda a sua extensão.

A deficiência da *teoria finalista* reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir. E quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não é qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade a alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um *nada*, absolutamente irrelevante.

13. Seguindo uma variante subjetiva da teoria finalista, com base no desdobramento do princípio da finalidade potencial, **Khars** e **Herzberg**, primeiramente, e depois **Behrendt** e de certa forma **Jakobs** criam um conceito diverso de ação, com base no princípio da evitabilidade, a que se denomina de *conceito negativo de ação*. Ação seria, então, “a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia”,⁽¹⁶⁾ ou “a realização do resultado evitável”.⁽¹⁷⁾ Com isso se quer significar que *comissão* e *omissão* se constituem de uma não evitação de alguma coisa, pois também nos delitos comissivos subsistiria a responsabilidade de evitar o resultado decorrente do movimento corporal do agente, atualizado como foco potencial de peri-

(15) **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 276.

(16) **Herzberg** - *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 174.

(17) **Jakobs** - “*Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*”, in *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 309.

(18) **Herzberg** - *ob. cit.*, p. 173.

Este conceito negativo de ação, ainda que, para se constituir, tome como modelo um critério que poderia fundamentar um ato omissivo, que seria a inevitabilidade do resultado, é incapaz de solucionar os problemas do enquadramento lógico e dogmático da omissão em um conceito superior de ação. Primeiramente, porque o próprio **Herzberg** não vê necessidade de utilizar um tal conceito na caracterização dos delitos omissivos em espécie. Em segundo lugar, porque se para os fatos comissivos o que basta é a não-realização do resultado, a qual é identificada com a sua evitação, para os fatos omissivos, onde o que ocorre é a não-realização da ação, o critério estaria baseado na *não-não-realização do resultado*, o que soa um absurdo.

Por sua vez, não socorre tal conceito a posição crítica de **Jakobs**, que primeiramente nega um conceito negativo e chega a taxá-lo de equivocado,⁽¹⁹⁾ mas, partindo do mesmo critério de inevitabilidade, como elemento identificador da ação, desemboca uma posição mais equivocada ainda, quando, por exemplo, nega a qualidade da ação à realização inevitável da morte de outrem, porque não estaria juridicamente configurado o plano do autor e, por conseguinte, inexistiria uma lesão à norma.⁽²⁰⁾

Mais criticável ainda se mostra a tese psicanalítica de **Behrendt**, para quem o conceito de ação não se ocupa do agir humano em geral, senão como expressão da por ele denominada *destrutividade humana*.⁽²¹⁾ Assim, a ação praticada em legítima defesa deixaria de constituir uma modalidade de causa de justificação, com a consequente exclusão da antijuridicidade, para se transformar em uma hipótese de ausência de ação, porque sendo tal fato inevitável conduziria à conclusão de que igualmente não caracterizaria uma expressão da destrutividade humana.⁽²²⁾ A omissão não seria, portanto, entendida como a não execução de uma ação possível ou de uma ação esperada ou mandada, senão a omissão da direção contrária à tendência destrutiva da própria psique, tomada por base na sua esfera interior, existente antes mesmo da resolução volitiva.⁽²³⁾

Embora se possa reconhecer à condição da *evitabilidade* um significativo papel na teoria do delito, em especial na teoria da imputação objetiva, sua inserção só faz perturbar a sistematização desse conceito, trazendo como consequência uma transformação radical e confusa dos demais elementos do delito.

Por outro lado, como o critério da inevitabilidade não é tomado exclusivamente no sentido objetivo, até porque seria difícil concebê-lo como elemento representado *a priori*, mas assentado na esfera interior do homem, sua adoção sob estes supostos

⁽¹⁹⁾ **Jakobs** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 143.

⁽²⁰⁾ **Jakobs** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1993, p. 144.

⁽²¹⁾ **Behrendt** - *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, 1979, p. 96.

⁽²²⁾ **Behrendt** - *ob. cit.*, p. 106.

⁽²³⁾ **Behrendt** - *ob. cit.*, p. 130.

induz a retratar todo o sistema do delito dentro de uma lógica subjetiva, onde o importante não será propriamente a defesa objetiva dos bens jurídicos, mas a conformidade interna do sujeito aos comandos normativos. Esta postura é própria de **Jakobs**, que vê a função do Direito Penal e da incriminação em geral referenciada como um instrumento de manutenção da ordem jurídica, como ordem normativa.⁽²⁴⁾

14. Percebendo a impropriedade de uma concepção ontológico-real da omissão, bem como das tendências mais recentes no sentido de uma subjetivação do conceito de delito, **Roxin** propõe, em seu recente *Tratado*, um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação deve ser entendida como *expressão da personalidade*, isto é, “*ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação animico-espiritual*”.⁽²⁵⁾ O próprio autor afirma que sua concepção não é nova, mas o resultado de uma evolução procedida sobre os conceitos precursores de ação enunciados por **Rudolphi** e **Arthur Kaufmann**, que na década de sessenta já haviam esboçado tal entendimento do agir como *objetivação da pessoa*.

Tomando a ação, portanto, como manifestação da personalidade, pretende **Roxin** poder superar os defeitos das concepções anteriores, que se reduziam a particularidades naturalístico-mecânicas (teoria causal), a formas especiais de aparecimento (finalidade), à sobreposição de valores sociais (teoria social) ou à esfera interior (teoria da evitabilidade).⁽²⁶⁾

Embora se assente, como ponto de partida, em um dado natural (a personalidade humana) **Roxin** não pode deixar de reconhecer que o conceito de ação, muitas vezes, dadas as características reais de sua manifestação, está vinculado também a juízos de valor, de ordem social ou pronunciados pela ordem jurídica, através dos respectivos tipos de delito. Esse inclusive é o caso da omissão, que tomada dentro do conceito de ação como *manifestação da personalidade* está praticamente imbricada nos graus de valoração, que fundamentam o injusto. A omissão só será considerada como manifestação da personalidade se tomada em referência à *ação esperada*, a qual, normalmente, vem fundamentada socialmente, antes de sua configuração jurídica, em face de deveres sociais que são impostos ao sujeito.⁽²⁷⁾ A ação esperada, assim, não é a ação que se poderia evitar, ou a ação simplesmente que não se realizou por interferência mecânica ou muscular nem a não-ação referente a uma ação final determinada, inserida no âmbito das categorias reais, mas, sim, a ação que a comunidade social ou a ordem jurídica aguardava como instrumento de proteção do bem jurídico.

Em face dessa abordagem acerca da omissão, a recente concepção personalista de **Roxin**, portanto, não pode ser caracterizada como uma pura teoria naturalista de

⁽²⁴⁾ **Jakobs** - *Strafrecht*, AT, 1993, p. 10.

⁽²⁵⁾ **Roxin** - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, 1994, p. 196 e ss.

⁽²⁶⁾ **Roxin** - *ob. cit.*, p. 197.

⁽²⁷⁾ **Roxin** - *Strafrecht*, AT, I, p. 200.

ação, mas simplesmente uma teoria de fundo naturalístico. Quer dizer, a ação não se compõe necessariamente de elementos puramente naturais, como condição de sua categoria ôntica, mas toma essa condição natural, de expressão da personalidade humana, como seu ponto de referência, evitando, com isso, uma concepção puramente normativista, própria do positivismo.

15. A relevância da omissão, como violação do dever de agir, é que assinala, assim, a sua própria existência. Pertence ela àquela categoria dos *objetos dependentes*, de que fala **Husserl**. Não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. Quando nos referimos à omissão, portanto, estamos no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo onde valoramos as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, onde o importante é unicamente assinalar suas características reais. Por isso, é que, na tarefa de diferenciação entre ação e omissão, para não cairmos nos mesmos erros causais, temos que descartar, desde logo, neste setor, a posição meramente naturalística.

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).

Valoração da omissão

16. Ao buscar diferenciar a ação da omissão, temos que nos situar, portanto, em plano axiológico: a omissão não é modalidade de conduta que se reduza a elementos puramente naturais. A omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social.⁽²⁸⁾

Por isso, o melhor modelo será aquele que situe o conceito de conduta dentro da ordem social e não exclusivamente na ordem natural. Quer dizer, a conduta como comportamento humano socialmente relevante, onde se considere o seu momento axiológico e se descarte toda fundamentação naturalística no tocante à omissão. A omissão passa, assim, a se enquadrar dentro de um campo valorativo e não num campo ontológico real.

17. Mas, surge um outro aspecto. Se a omissão tem fundamento axiológico, isto significa que ela passa a ser objeto de um juízo, pelo qual tem assegurada sua existên-

⁽²⁸⁾ Assim também, em linhas gerais, **Roxin** - *Strafrecht*, AT, I, p. 201.

tência. E como objeto de um juízo, deve submeter-se à consideração de se depende também de uma norma jurídica ou possui relevância fora do Direito. Esta é uma questão que decorre do seu significado axiológico, como dado social ou normativo.

Se reconhecemos nos valores um substrato social e não exclusivamente normativo, como aliás deve ser, podemos assumir a postura inicial de que a omissão tem relevância e existência fora do Direito. A omissão, como modalidade de comportamento valorado, não pode afastar-se de seu conteúdo social, que lhe assinala a relevância independentemente de seu reconhecimento normativo. E pode, quando valorada juridicamente, gerar efeitos nas mais variadas disciplinas jurídicas, dentre as quais o Direito Penal.

Há ações, aliás, que presenciamos na coletividade, que constituem comportamentos, às vezes, considerados antiéticos, desleais, estranhos, irregulares, mas que não configuram, em qualquer hipótese, comportamentos juridicamente enquadráveis. Quantas vezes, por exemplo, cruzamos com alguns colegas nossos e não recebemos o devido cumprimento? Essa ausência de cumprimento configura uma omissão dessas pessoas, que nos atinge na nossa relação de cordialidade entre colegas. Mas, isto não constitui nada em termos jurídicos, nem no âmbito do Direito Penal, nem no âmbito de outros ramos do Direito e nem tem assinalada sua existência porque referenciada a uma norma. É uma omissão que sentimos socialmente e que, inclusive, produz efeitos mais amplos do que se poderia supor na ordem social, porque a pessoa que não cumprimenta um colega, em determinado momento ficará antipatizada. E as demais pessoas que sentem a ausência dessa atitude de cordialidade poderão dizer: "*Bem, esse sujeito é um antipático; conseqüentemente, não vamos convidá-lo para as nossas festividades, nem para nossas programações, etc.*"

Há, portanto, uma reação das pessoas a esse tipo de comportamento omissivo, ainda que fora do Direito. Mas sua relevância não deriva da reação que poderá engendrar. Independentemente ou não dessa reação, que indicaria que a omissão, antes de sofrer a incidência das respostas do Direito, produziria efeitos sociais, deve-se considerar que, ao lado das imposições decorrentes das normas jurídicas, subsistem deveres sociais de convivência, que integram o substrato das categorias axiológicas. Justamente esse fundamento social é que assinala o conteúdo extrajurídico da omissão. Não podemos, assim, partir do princípio de que a omissão só tem relevância para o campo do Direito, porque então estaremos emprestando à norma jurídica, além do seu objetivo regulamentador, o efeito exclusivo de criadora de deveres sociais, como propunha nesse passo a orientação neokantista. Ao invés, devemos admitir que a não execução de uma ação esperada apresenta relevância na ordem social, antes de se constituir em objeto jurídico. A ação esperada de **Mezger** não é exclusividade jurídica, mas a expressão de exigências sociais de convivência.

Esta referência social da omissão representa um passo adiante na elaboração do conceito de conduta, que, tomado como conceito geral, deve ser suficientemente flexível e abrangente para englobar todas as modalidades concretas do comportamento.

Pode acontecer, ademais, que a omissão não apresente qualquer fundamento valorativo na ordem social, ainda que resulte relevante juridicamente. Isto, todavia, não desnatura seu conteúdo social extrajurídico, apenas reflete um estado de instabilidade normativa, pelo qual a norma vale durante certo tempo, ainda que carente de substrato, mas cujo estado tenderá, a longo prazo, à sua ineficácia porque isenta de conteúdo. Mas, então temos que vê-la de outra maneira, não só no seu aspecto de existência quanto no sentido que ela assume com vistas à proteção de bem jurídico, porque pode acontecer que a própria norma, em face do sentido protetivo que passa a desempenhar, venha a induzir a criação de deveres sociais de convivência, que lhe irão depois preencher seus fundamentos.

Diferenças: crimes omissivos e comissivos

18. A proteção de bem jurídico, como sabemos, em face da multiplicidade de variantes sociais, muitas vezes não é desempenhada diretamente através de proibições de modalidades de ações juridicamente indesejáveis, que pela experiência possam pô-lo em perigo ou lesá-lo, senão mediante a imposição de deveres concretos que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, a proteção pode ser exercida de duas espécies, ou mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos justamente para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado. Com isso, surge a necessidade inicial de distinguir essas duas modalidades da atuação estatal, como *crimes omissivos próprios* e *impróprios*.

Aqui, devemos, por sua vez, observar o seguinte: quando diferenciamos *crimes omissivos* e *crimes comissivos*, não devemos fazê-lo através da modalidade de conduta.

A diferença entre esses crimes deve residir na estrutura da norma que impõe ou que proibe a atividade. Sempre aprendemos, por exemplo, que o Direito Penal tem duas espécies de normas: proibitivas e mandamentais. E sempre aprendemos que são normas opostas, isto é, ou proibitivas ou mandamentais. Mas, a teoria mais recente considera que não existe norma puramente proibitiva, como não existe norma puramente mandamental.⁽²⁹⁾ É que, se não considerarmos que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo, não poderemos proteger suficientemente o bem jurídico. Porque no momento em que dissermos que a norma mandamental é aquela que impõe uma atividade, contentamo-nos em dizer que aquele que se encontra em inatividade viola a norma mandamental. Mas aquele que se encontra em inatividade, embora viole a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que realiza outra atividade que não a que a norma determina. Portanto, a norma mandamental, ao mesmo tempo que impõe

⁽²⁹⁾ Bacigalupo - *Delitos Improprios de Omisión*, 1970, p. 98.

uma atividade, proíbe outra. Da mesma forma, a norma proibitiva. Ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade de respeito à vida humana. Isto está implícito na norma proibitiva. E nem teria sentido a proteção de bem jurídico através exclusivamente da proibição, pois seria absolutamente inócua. Isto não quer dizer, porém, que nos *crimes comissivos* subsista, ao lado da proibição, um dever geral de obediência. A atividade positiva que resulta da proibição será aquela necessária à proteção do bem jurídico, na medida em que o sujeito se tenha decidido a apreendê-la.

19. Essas considerações, ainda que extensíveis a todos os delitos, adquirem maior relevância no âmbito dos *delitos culposos*.

Por exemplo, há pessoas que dirigem em excesso de velocidade, algumas vezes ultrapassando todos os limites imagináveis. Contudo, o excesso de velocidade, por si só, não caracteriza delito algum, apenas demonstra que há violação de um dever de cuidado. A norma jurídica que impõe uma atividade cuidadosa é a mesma que proíbe uma atividade descuidada. À pessoa que dirige em excesso de velocidade, em determinado local, a norma jurídica diz que *é proibido violar o dever de cuidado, porque, violando o dever de cuidado, se pode ocasionar um resultado penalmente proibido*. Mas, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso de velocidade, diz que *aquele que quiser dirigir, é obrigado a dirigir em velocidade adequada*. Portanto, a norma jurídica compõe um conjunto de proibições e comandos, num mesmo contexto, como forma de ampliar os limites da proteção do bem jurídico.

Ação e omissão na estrutura normativa

20. É importante salientar esse entendimento acerca da estrutura complexa da norma penal, porque com isto se podem assinalar com precisão as diferenças entre os *crimes omissivos* e os *crimes comissivos*.

Partindo desse aspecto, podemos, desde logo, estabelecer os critérios de diferenciação entre a *ação* e a *omissão* dentro da estrutura normativa do Direito Penal.

Alguns exemplos podem demonstrar, aliás, que às vezes é penoso estabelecer-se uma linha divisória absolutamente nítida entre *ação* e *omissão* e cuja solução, de caracterizar o fato como *crime comissivo* ou *crime omissivo*, não se limita a mera exigência classificatória.

Se optarmos pela omissão e tivermos um *crime omissivo*, teremos de definir ademais se o sujeito tinha ou não o dever de agir, exatamente nos termos em que a lei o determina.

21. O primeiro exemplo é muito simples. Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, as chamadas luzes de estacionamento e acaba, com isso, ocasionando um acidente, porque o motorista de um automóvel, que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em consequência do acidente, o motorista do automóvel vem a morrer.

A pergunta é a seguinte: haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

A resposta pode variar conforme a identificação da modalidade da conduta, se se trata de uma ação, ou de uma omissão.

Poderíamos dizer, por um lado, que haveria, nesse caso, um *crime omissivo culposo*, porque o caminhão não tinha as luzes traseiras acesas, quando o motorista o dirigia, ou seja, omitiu-se esse motorista de verificar se as luzes traseiras estavam em condições de tráfego. Mas também poderemos concluir que haverá um *crime comissivo culposo*, se entendermos que o sujeito trafegou sem as luzes traseiras. A diferença é sutil, mas é importante.

22. O segundo exemplo é um pouco mais complexo. O médico está cuidando de certo paciente internado em estado grave num hospital. Apesar de todo cuidado e do tratamento intensivo que recebe, de repente apresenta parada cardíaca. O médico resolve socorrê-lo através de massagens de reanimação, que são executadas sem qualquer proveito. Após algum tempo, é aconselhado por um seu colega que diz: “*não adianta, ele não tem mais chance*”. O médico pára de reanimar o paciente. Evidentemente, todos irão afirmar que se trata de *crime comissivo*.

Mas imaginemos que o médico não pare de reanimar o paciente e faça com que essa modalidade de reanimação tenha seqüência através de um aparelho automático, que se encarrega da estimulação do coração enfermo e permanece em funcionamento durante alguns dias. Após certo tempo, vem outro assistente e diz: “*não adianta insistir, porque esse aparelho não poderá reanimar o paciente. O melhor será desligá-lo*”. Se ambos desligam o aparelho e, em seguida, o paciente morre, a indagação acerca da natureza do comportamento não será tão evidente. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

23. Um sujeito está para salvar outra pessoa, que se está afogando na praia de Copacabana. Quando está prestes a salvá-la, é impedido de fazê-lo por seu vizinho, porque este reconhecera no afogado um seu inimigo. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

Ainda sobre o mesmo quadro, o sujeito quer salvar uma pessoa que cai da barca Rio-Niterói e está se afogando. Para isso lança-lhe um salva-vidas e, uma vez agarrado pelo acidentado, passa a recolhê-lo. No meio do ato de salvamento, contudo, reconhece no afogado seu inimigo e refletindo acerca da fortuna do acidente resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinenti solta a corda e deixa que a vítima se afogue. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

24. Um caso da jurisprudência alemã. Um fabricante importa da Pérsia algumas peles de carneiro para a confecção de cobertores, mas não manda desinfetá-las previamente como deveria. As peles vêm impregnadas de um vírus que acaba matando os operários que as manipulavam para fazer o preenchimento desses cobertores. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

25. Note-se que em todos esses exemplos a afirmação acerca da modalidade da

conduta não pode por si mesma elucidar acerca da natureza do delito, pondo em destaque a complexidade da diferenciação entre ação e omissão. Se enfocarmos de uma ou de outra maneira, podemos entender que são *crimes omissivos* ou *comissivos*. Mas as conseqüências da diferenciação são importantes, porque se em todos esses casos dissermos que se trata de *crimes comissivos*, as exigências de punibilidade serão menores, bastando demonstrar normalmente, além dos demais elementos que compõem o tipo legal, que o resultado pode ser imputado objetivamente ao sujeito. Mas, se dissermos que haverá *crimes omissivos*, teremos, então, que também demonstrar a violação do *dever de agir*, com todos os consentâneos, o que altera os fundamentos da punibilidade.

O *dever de agir* pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado *dever geral de assistência*), ou como dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado *dever de impedir o resultado*).

Critérios de diferenciação

Dada a complexidade da distinção entre ação e omissão, que não pode ser tomada por simples opção, a doutrina sugere três critérios para torná-la possível.

A) Critério da energia

26. O primeiro critério, e o mais antigo, é o chamado *critério da energia*, que, inclusive, é sustentado por vários autores de renome, dentre os quais **Engisch**.⁽³⁰⁾ De acordo com este critério, a diferença entre delitos comissivos e omissivos reside em que nos *crimes comissivos* o agente desprende uma certa energia na realização da ação. Desde que o sujeito não tenha impulsionado qualquer energia, haverá *crime omissivo*.

Assim, no caso do motorista que trafega com seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, haverá *crime comissivo* e não *omissivo*, porque ele mesmo estava dirigindo o veículo e, pois, desprendendo energia para realizar tal atividade, vindo com essa atividade a produzir um resultado antijurídico.

Este critério, entretanto, é praticamente insustentável, porque em muitos casos não há comprovação efetiva de manifestação de energia, no momento em que o fato lesivo ocorre, porque mesmo no exemplo do caminhão a energia era no sentido da direção do veículo, mas não no sentido de manter apagadas as luzes de advertên-

⁽³⁰⁾ **Engisch** - "Tun und Unterlassen", in *Festschrift für W. Gallas*, 1973, p. 163; *Otto - Grundkurs Strafrecht*. AT, 1982, p. 127.

cia. Ademais, no momento do acidente, este caminhão poderia estar parado na pista, encontrando-se o motorista em plena inatividade, sem desprender qualquer energia, a qual, então, deveria estar referida ao momento em que a atividade se havia iniciado e não ao momento em que se produzira o resultado, o que faria reeditar, para esse setor, a velha *teoria da actio libera in causa*.

B) Critério da causalidade

27. Em oposição a esse critério, **Jescheck, Rudolphi** e **Samson**⁽³¹⁾ propõem que a análise se faça exclusivamente em termos de causalidade. É a posição assumida também por **Welzel**.⁽³²⁾ Haverá, portanto, *comissão* todas as vezes em que o sujeito desenvolver um processo causal material, que produza dolosa ou culposamente o resultado proibido.

Assim, no caso do caminhão, haveria crime comissivo porque o motorista estava dirigindo o veículo. No caso do fabricante de cobertores, que não desinfetou suficientemente as peles de carneiro, haveria *crime comissivo*, porque fora ele quem entregara as peles aos seus funcionários e, conseqüentemente, houvera provocado a infestação do vírus. Este critério sofre as mesmas críticas ofertadas ao critério da energia, embora possa ser visto sob o plano lógico e não mecânico. As deficiências permanecem ainda que se adote qualquer outra teoria da causalidade, diversa da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos supostos de previsibilidade (adequação) ou da ação esperada, mais difícil se torna firmar, desde logo, uma nítida diferenciação entre fazer positivo e omissão, no plano exclusivo da causalidade.

28. **Sieber**,⁽³³⁾ por sua vez, associa os dois critérios, da *energia* e da *causalidade*, para concluir que a solução correta só pode advir dessa combinação, porque nem sempre o desprendimento de energia coincide com a interferência no processo causal, podendo acontecer ou não. Trata-se da conjugação de critério mecânico e de outro critério lógico, desde que evidentemente se tenha em vista que a causalidade não se limita a exprimir um dado puramente naturalístico.

C) Critério do ponto de gravidade da conduta

29. Tendo em conta as dificuldades resultantes da adoção de critérios puramente materiais, a doutrina postula por uma solução na órbita normativa, atendendo ao que se denomina de *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*.⁽³⁴⁾

Na verdade, os critérios da *energia* e da *causalidade* não podem explicar sufi-

(31) **Jescheck** - *Tratado*, p. 548; **Rudolphi** - StGB, *Systematischer Kommentar*, 1977, vol. I, p. 74; **Samson** - "Begehung und Unterlassung", in *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 579.

(32) **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 280.

(33) **Sieber** - "Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen", in *Juristenzeitung*, 1983, p. 431.

(34) **Wessels** - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 224; **Schönke-Schröder-Stree** - *StGB Kommentar*, 1991, p. 185.

cientemente, por exemplo, a solução para o caso do médico que desliga os aparelhos para evitar um prolongamento insatisfatório e até mesmo ineficaz da vida humana vegetativa. Porque, neste aspecto, quando o médico mantém a vida do paciente através do emprego dos aparelhos automáticos de reanimação e quando os desliga, na realidade, causou ele a sua morte, manifestando ainda energia para fazê-lo. Por outro lado, se ele não tivesse desligado os aparelhos, a vida humana se manteria, o que caracteriza a conduta do médico como condição *sine qua non* do resultado. Mesmo para a teoria da adequação, o fato de desligar os aparelhos pode ser tido como causal para a morte do paciente, o que também se dá com a teoria da relevância jurídica, independente do socorro à ação esperada.

Portanto, os dois primeiros critérios (da energia e da causalidade) não apreendem a questão em seus pontos fundamentais, pois a vida humana já era em si mesma insustentável. Pelo contexto social, ao contrário, a atividade do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (de manter ligados os aparelhos) e não a um preceito de proibição (de não desligá-los), o que implica a considerar esse comportamento como *omissão* e não como *comissão*.

A caracterização do comportamento como *ação* ou *omissão*, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais. Justamente neste sentido de ordem social é que reside o fundamento do critério do *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*. No exemplo dado, só haveria *comissão* se o desligamento dos aparelhos fosse efetuado por terceiros, que não tivessem qualquer relação para com a manutenção da vida do paciente, porque, então, estariam violando uma norma proibitiva, mas não uma norma mandamental, que não lhes seria aplicável. Mas, se os aparelhos fossem desligados pelo próprio médico, tratar-se-ia de *omissão* e não de *comissão*. O delito a ser analisado, portanto, seria um delito omissivo e não delito comissivo.

30. O critério do *ponto de gravidade*, como critério normativo, deve ademais ser complementado pela orientação com vistas à *proteção do bem jurídico*. Isto quer dizer que a análise deve recair também na *forma* e no *modo* da conduta que viola o bem jurídico. Na *comissão*, a *forma* e o *modo* contrastam com a proibição inserida na norma. Há, portanto, uma afronta à modalidade de *conduta permitida*, através da execução de uma modalidade de *conduta proibida*. Isto deixa de ser relevante nos *delitos dolosos*, quando o contraste entre o *proibido* e o *permitido* é direto e pode ser constatado desde logo através da comparação entre a conduta concreta e a conduta típica abstrata. Mas nos *delitos culposos*, em que a contradição entre a conduta do agente e a proibição se faz indiretamente, mediante a execução de uma conduta descuidada, o que se verifica é um contraste entre a conduta permitida e a modalidade de conduta concreta que o agente executou, de modo que se possa dizer que o agente executou uma conduta proibida, justamente porque deixou de atender aos cuidados que a ordem jurídica lhe impunha para praticar uma conduta permitida.

Na *omissão*, como a violação do bem jurídico não resulta de um contraste

direto entre o *proibido* e o *permitido*, mas da não execução daquilo que era determinado ao sujeito, a contradição entre o comportamento do sujeito e a norma radica em outro suposto, que é a vinculação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico. Assim, desde que se identifique no caso concreto uma situação em que a proteção do bem jurídico não está situada na *forma* e no *modo* da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estaremos diante de um quadro de omissão. Esta relação para com o sujeito é que assinala o conteúdo axiológico da omissão e a diferencia da comissão.

Como o critério do *ponto de gravidade* se orienta pelo sentido do comportamento, pode-se explicar o porquê da caracterização do desligamento dos aparelhos como *omissão* e não como *comissão*, consoante o sentido de proteção do bem jurídico indicado pela norma. Se tratássemos, além disso, esse caso como *crime comissivo* o médico deveria responder por homicídio, já que havia efetivamente produzido de modo causal a morte do paciente. Entretanto, acolhida a hipótese de *crime omissivo* poderemos verificar, depois, se efetivamente a ação que deixou de ser realizada teria um sentido para o médico com vistas à proteção do bem jurídico, o que não se daria na hipótese de delito comissivo.

D) Crítica e opção doutrinária

31. Os três critérios vêm sendo modernamente criticados. Não só os dois primeiros, mas também o último. E a maior crítica que a ele se faz é que violaria o *princípio da legalidade*. Porque afirma que, para a identificação da *omissão* em face da *comissão*, o que vale não é o que está escrito na lei, como dado objetivo, senão exatamente o contrário, ou seja, uma valoração de ordem social, que é efetuada pelo julgador, sem qualquer parâmetro e, conseqüentemente, com possibilidades enormes de favorecer ou prejudicar o réu. Isso, evidentemente, configura um alto grau de insegurança nas relações jurídicas, especificamente na órbita do Direito Penal.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do Direito Penal.

A reabilitação da causalidade

32. Por outro lado, independentemente da sua deficiência para firmar a diferenciação entre *ação* e *omissão*, que, como vimos, não pode ser obtida pelos critérios aventados, a doutrina tem procurado reabilitar o critério da causalidade, mediante uma reavaliação do conceito de causa com base em graus de probabilidade e não em parâmetros de certeza. Segundo essa postura, haverá *comissão* quando o processo de produção do resultado tenha aumentado consideravelmente o risco dessa produção. Já a *omissão*, que se baseia em outros parâmetros, isto é, na relação de proteção com vistas a um bem jurídico que efetivamente possa ser protegido em certo tempo e em certa medida, não pode ser aferida pelo critério do aumento do risco, que implicaria uma comissão. O parâmetro aqui seria o seu reverso, isto é, haveria *omis-*

são se com o comportamento do sujeito, ao não executar a ação possível, tivessem diminuído as chances de impedir o resultado.

No caso do desligamento dos aparelhos, a morte não pode ser evitada de imediato, nem através de qualquer outro processo terapêutico, senão única e exclusivamente pela continuação infinita dessa reanimação mecânica, o que significa que o seu desligamento não pode ser visto como um aumento do risco do resultado, pois este risco já era absoluto, mas sim pelo aspecto que, com isso, diminuiria a possibilidade de que continuasse o paciente a viver.

Desde que não se possa configurar uma situação em que a conduta represente um aumento positivo do risco, estar-se-á diante de fato omissivo. Caso contrário, haverá comissão. Este critério, porém, como veremos, é mais um critério de imputação do que de diferenciação. Além disso, a circunstância do aumento do risco ou da diminuição das chances de salvamento resulta ser a mesma, apenas sob duas facetas.

A teoria da condição

33. Em face do nosso Código Penal, qualquer reformulação da questão da causalidade enfrenta, entretanto, um sério obstáculo, pois, em seu art. 13, dispõe ele expressamente que se considera “*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”. Acolhendo a *teoria da condição*, o Código estendeu-a também à *omissão*.

Neste ponto reside o problema. Não podemos imediatamente optar pelo critério puro da causalidade para estabelecer a diferença entre *omissão* e *comissão*, para dizer que na primeira não há causalidade, quando o Código assume a postura de que aquela é também causal para o resultado. Mas, apesar da regra do Código, a causalidade deve ser adaptada à estrutura da *omissão*.

34. Por exemplo, se estabelecermos, na *teoria da condição*, que, segundo o *princípio da eliminação hipotética*, haverá causalidade quando eliminada mentalmente a ação (causa) será eliminado automaticamente o resultado, isto vale, é claro, para os *crimes comissivos*. Mas, para os *crimes omissivos*, o problema é mais complexo: eliminada mentalmente a causa - que seria a omissão - seria eliminado automaticamente o resultado? Não se sabe. Isto é mera hipótese.

35. Vejamos exemplo interessante. Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, situado em andar alto. No solo estão seus vizinhos, que, com gestos e acenos, gritam-lhe: “*jogue as crianças, que nós as apanharemos aqui embaixo, sem qualquer problema*”. O pai, acossado diante da situação de desespero, e ademais nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: ou jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogasse as crianças, estas, apesar de toda a atenção dos vizinhos, poderiam morrer, por causa da altura; e se não as jogasse, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo. Diante

desse dilema, o sujeito resolve que o melhor seria manter as crianças no apartamento, à espera do salvamento do corpo de bombeiros. Mas, resolve também jogar-se ele mesmo pela janela para ser amparado pelos vizinhos. Joga-se, quebra as pernas, mas não morre. As crianças, ao contrário, que permaneceram no apartamento, perecem sufocadas pela fumaça. Aqui, independentemente da questão da colisão de deveres ou do estado de necessidade, que se situam no âmbito do injusto, o problema está em se saber se houve ou não uma relação de causalidade.

Verifiquemos como isso se passa. Eliminada a omissão (de jogar as crianças para serem apanhadas pelos vizinhos), que seria, afinal, do resultado? Se o sujeito tivesse efetivamente jogado as crianças, o resultado desapareceria? Não se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida.

Vê-se, pois, que a *teoria da condição*, que adotamos no Código Penal, quando aplicada à omissão não funciona de maneira escorreita. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade.

Aplicação do princípio da causalidade à omissão

36. Como, então, poderemos aplicar o *critério de causalidade* à omissão, diante da norma do Código Penal?

De acordo com a teoria da condição, considera-se que a omissão é causa do resultado, quando, eliminada mentalmente, eliminado restaria o resultado. Essa formulação, entretanto, é inválida. Não se pode eliminar a omissão, pois seria um contra-senso lógico que se eliminasse aquilo que não existiu. Para adaptar-se à natureza da omissão, a teoria da condição deve considerar a eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar. Se, eliminada essa ação hipotética, restasse também eliminado o resultado hipotético, poderíamos dizer, então, que a *omissão* foi causa desse resultado. Mas a causalidade, aqui, é hipotética, não uma causalidade real, até porque o resultado igualmente não é certo.

O exemplo das crianças, que morrem no incêndio, assinala de maneira bastante nítida essa incerteza da causalidade na omissão. Não há possibilidade de se dizer: “*se ele jogasse as crianças, elas teriam sido salvas*”. Ninguém pode afirmar isso. Será que lançadas, por exemplo do 10º andar, elas se salvariam? Ninguém sabe. Fica em situação crítica, nesse caso, a teoria da condição, que é, porém, a teoria adotada no Código Penal.

Causalidade e incremento do risco

37. Além da *teoria da condição*, tem tomado corpo, mais recentemente, um outro princípio de imputação, que talvez possa superar esses obstáculos que se antepõem à causalidade na omissão. Trata-se da *teoria do incremento do risco*, que já foi antes rapidamente referida.

A *teoria do incremento do risco*, formulada e exposta com maestria por **Ro-**

xin⁽³⁵⁾, um dos mais notáveis penalistas da atualidade, primeiramente para os crimes culposos e depois estendida aos delitos dolosos, parte de que, na *omissão*, como no setor da imputação em geral, mais importante do que a causalidade é a determinação de se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado. Como a causalidade na *omissão* só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo. No caso em discussão, o importante para identificar a imputação é o juízo acerca de se, deixando de jogar as crianças aos braços dos vizinhos, o sujeito diminuiu as chances de seu salvamento. Na realidade, o risco seria o mesmo, tanto se deixasse as crianças no apartamento, quanto se as jogasse pela janela ao amparo dos vizinhos, o que exclui sua imputação.

38. A teoria do incremento do risco desempenhou um papel relevante, como teoria complementar à causalidade, na questão surgida com o uso do medicamento *contergam* (talidomida). Esse medicamento, que produziu também no Brasil inúmeros efeitos desastrosos, foi lançado na Europa sob todos os encômios, porque era efetivamente um fantástico regulador dos casos de dismenorréia e demais indições decorrentes da gravidez, tais como dores, náuseas, etc.

Todos sabem, entretanto, os teratológicos resultados que provocou, gerando defeitos físicos irreversíveis nos fetos, que os acompanharam até o final de sua vida adulta. Na discussão da responsabilidade decorrente desses efeitos maléficos, argumentou-se, em defesa do laboratório, que não havia certeza de que, com a ingestão desse medicamento, se produzissem os defeitos físicos de que vieram a padecer os recém-nascidos. Na realidade, se fôssemos entender a causalidade exclusivamente no sentido mecânico, mediante o uso da fórmula da *eliminação hipotética*, jamais poderíamos concluir que a ingestão do medicamento fosse *causa* do resultado. Mas a doutrina penal, que há muito trabalha com questões de causalidade, também há muito tem decidido que a fórmula da *eliminação hipotética* não vale em determinadas situações. Para determinar a responsabilidade dos fabricantes foi necessário que se afirmasse que, embora a ingestão do *cotergam* não produzisse com certeza absoluta os defeitos físicos, aumentava, porém, o risco de que isso viesse a ocorrer, sendo, portanto, causal para com as relatadas deformações. A inserção do critério do aumento do risco no setor da causalidade deu-lhe efetivamente um vigor novo, resuscitando sua natureza lógica e não simplesmente mecânica. Por este critério, em síntese, será causal a *omissão*, quando a não execução da atividade possível para

⁽³⁵⁾ Roxin - *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 1962, p. 441; *Idem* - "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", in *Strefrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 e ss; *IDEM* - *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2ª edição, 1994, p. 314 e ss.

evitar o resultado tenha diminuído as chances de sua não verificação, ou dito de outro modo, tenha diminuído a possibilidade de que fosse impedido. Mas esta teoria não soluciona definitivamente a questão da diferença entre ação e omissão, apenas respalda o entendimento de que será possível conceber-se nova modalidade de causalidade na omissão, fora da teoria da condição.

Crimes omissivos próprios e impróprios

39. A separação entre *omissão* e *comissão* só pode ser feita, assim, 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 assinala sua relevância. Haverá comissão, quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir. Esse critério axiológico parece estar de acordo com a própria natureza da omissão, sem partir para as insolúveis demonstrações da subsistência da relação causal, que constituiu a deficiência tanto da teoria causal quanto da teoria finalista, bem como daquelas correntes, naturalistas ou normativistas, que visavam à sua superação.

Além disso, devemos estabelecer também a diferença entre *crimes omissivos próprios* e *crimes omissivos impróprios*.

Normalmente, essa diferenciação não oferece dificuldades, pois todos sabem identificar quando se trate de um ou de outro. Mas, às vezes, as complexidades afloram e os critérios de diferenciação falham. Em face da diversidade de critérios, alguns autores propõem a criação de três espécies e não de apenas duas. Assim, aventa-se a existência de um terceiro grupo de casos, de modo que se possam reconhecer, primeiramente os delitos de mera omissão (delitos omissivos próprios), os delitos de omissão e resultado e os delitos omissivos impróprios.⁽³⁶⁾ Ainda que se reconheça certa validade a esta classificação, é preferível a classificação bipartida, porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados ou como delitos omissivos próprios ou impróprios. Como veremos, o fundamento dessa classificação tripartida de evitar a polarização de apenas umas das perspectivas (político-criminais, axiológicas, jurídico-positivas ou estruturais) de identificação do desvalor do ato ou do resultado, não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.

40. Acolhendo uma classificação bipartida, veremos que a diferenciação entre essas duas categorias de delitos omissivos tornia-se até mesmo evidente em certos casos, por exemplo, quando analisamos superficialmente a omissão de socorro em contraste com o homicídio, para afirmar este último no caso da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido. O primeiro será próprio, o outro impróprio. Mas, quando o tipo legal comporta, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações

⁽³⁶⁾ Assim, **Rodríguez Mourullo** - "La clausula general sobre la comisión por omisión", in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 907; **Silva Sanchez** - *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 323.

e omissões, como ocorre com os delitos de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318) ou *fuga de pessoa presa* (art. 351), a sua correta diferenciação deve valer-se de outros critérios.

Crimes omissivos próprios

41. O primeiro critério de diferenciação é o mais elementar deles. Todos o conhecemos. É o critério do sujeito.⁽³⁷⁾ Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Esta é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.⁽³⁸⁾

42. O segundo critério é o da previsão legal, sustentado entre outros por **Armin Kaufmann**.⁽³⁹⁾ No crime omissivo próprio, a lei penal descreve a própria modalidade de omissão. Por exemplo, “*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*” (art. 135).

Mas esses dois critérios, que normalmente se conjugam, não são suficientes, porque ainda não respondem a questão do crime de facilitação de contrabando ou descaminho cometido por omissão, se é omissivo próprio ou impróprio.

Crimes omissivos impróprios

43. Antes de solucionarmos essa questão, vejamos quais são os critérios que identificam os crimes omissivos impróprios.

Modernamente, tem-se questionado, inclusive, essa denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que ela não é adequada, sendo mais inadequada ainda a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente será incorreta a denominação de *omissão imprópria*. *Imprópria* porquê? De onde vêm o *próprio* e o *impróprio*? Nosso antigo mestre, **Jescheck**⁽⁴⁰⁾, sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de *crimes de omissão qualificada*, e os crimes omissivos próprios de *crimes de omissão simples*, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras.

⁽³⁷⁾ **Bacigalupo** - *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 110.

⁽³⁸⁾ **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 287.

⁽³⁹⁾ **Armin Kaufmann** - *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277.

⁽⁴⁰⁾ **Jescheck** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de José Luiz Manzanares Samaniego, 1993, p. 551.

Está claro que as denominações propostas por **Jescheck** são as mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral.

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada, porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada.

Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe essa vinculação especial do sujeito para com a vítima, de modo a torná-lo *garantidor*. A omissão é qualificada porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, por exemplo.

A posição de garantidor

44. A posição de garantidor, de acordo com nosso Código Penal (art. 13, § 2º), está fundada no dever de impedir o resultado. Este, por sua vez, pode derivar da lei, do contrato ou da assunção fática de proteção do bem jurídico, ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado. Esta relação legal dos três grupos de casos que fundamentam o dever de impedir o resultado parece remontar a **Mezger**⁽⁴¹⁾, que, exatamente como faz o Código Penal, ao comentar as conseqüências dessa classificação, associa à existência da lei, por exemplo, a obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância, ou, ao contrato, a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. A fórmula tripartida de **Mezger**, que é da década de trinta, foi adotada desde há muito pela doutrina e agora pelo Código Penal, mas não é satisfatória.

Senão, vejamos.

Costuma-se dizer que a mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido e, assim, causa-lhe a morte, responde por homicídio por omissão. Ainda antes de estar contida no Código Penal uma indicação precisa dessa responsabilidade, esta foi a orientação da doutrina. Mas esta conclusão sempre foi tomada arbitrariamente pela doutrina, com base no costume, fazendo deste uma fonte de incriminação, o que violava o princípio da legalidade e toda a tradição liberal.

⁽⁴¹⁾ **Mezger** - *Tratado de Derecho Penal*, tradução de Rodriguez Muñoz, 1995, vol. II, p. 301 e ss.

Quando se trata de equacionar legalmente essa responsabilidade, pode-se notar que nem mesmo as leis extrapenais, que disciplinam fatos específicos, o fazem de modo expresso. Nosso Código Civil, por exemplo, ao tratar do pátrio poder com relação à pessoa dos filhos, em seu art. 384, não contempla expressamente essa forma de responsabilidade, apenas obrigando os pais a dirigir-lhes a criação e a educação. Tão-só com a atual Constituição (art. 229) é que se determinou que os pais têm não apenas o dever de criação e educação dos filhos menores, mas ainda o de assistência, o que inclui, evidentemente, o dever de alimentá-los e protegê-los fisicamente. Quanto aos filhos maiores, nada há na legislação brasileira, a não ser a própria norma constitucional (art. 229), que os obriga a ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

45. Vê-se, pois, que a indicação formal das fontes do dever de agir às vezes deixa de contemplar casos relevantes, fazendo com que a doutrina venha criar paralelamente outras formas de incriminação. Diante disso, podemos desde logo perguntar se foi válido dispor acerca dessas fontes no Código Penal. A doutrina ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão. A principal objeção à regra adotada no Código Penal é que ela se limita simplesmente a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece acerca de seu conteúdo.

Ao dispor sobre esses três supostos do dever de agir, que foram acolhidos no Código Penal, **Mezger** já havia salientado a necessidade de delimitar com segurança os fundamentos desse dever, para evitar que meros deveres morais viessem a justificar a responsabilidade criminal.⁽⁴²⁾ E agregava ainda que, em todos esses casos, deveria haver um inequívoco sentido de que a infração ao dever jurídico de agir devesse conduzir à responsabilidade criminal do sujeito.⁽⁴³⁾ Não chegou, entretanto, **Mezger** a conclusões definitivas acerca da previsão dessa responsabilidade criminal, justamente porque partia de premissas formais e se satisfazia em ajustá-las aos casos concretos.

46. Se quisermos, entretanto, buscar um conteúdo para os fundamentos da posição de garantidor, podemos encontrá-lo sob três aspectos:

1º. - Na vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar;

2º. - Nas relações de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico com relação aos seus pacientes; com os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores, etc.

⁽⁴²⁾ **Mezger** - *Tratado*, p. 303.

⁽⁴³⁾ **Mezger** - *Tratado*, p. 305.

3º. - Na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo. Quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes. Isto acontece, por exemplo, com o dono do prédio para com os materiais ou acessórios nele utilizados; os pais para com os atos dos filhos; os delegados de polícia para com os atos dos carcereiros; as pessoas que detêm autoridade para com os atos daqueles que lhes são subordinados; aqueles que criaram com sua conduta o perigo para com os resultados lesivos que dele derivam (a chamada *ingerência*) etc.

Ao investigarmos a fundo os deveres de agir, vemos que esses não se podem limitar apenas a fontes formais, o que demonstra que possuem um conteúdo muito mais abrangente, a indicar que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social empreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção para com as outras.

Esses fundamentos do dever de impedir o resultado, que sustentam a posição de garantidor, todavia, por si sós ainda são insuficientes, não no sentido de caracterizar e explicar a situação geradora desse dever, ou indicar o conteúdo social da omissão, mas para assegurar uma inequívoca conformidade entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade.

47. A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição pela omissão.

Só desta forma poderíamos satisfazer ao sentido do empreendimento de **Mezger** de afirmar que tal omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.

Como um empreendimento dessa ordem, porém, só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria na criação de nova tipificação de condutas, devemos por ora combinar o conteúdo desses fundamentos que sustentam a posição de garantidor com as exigências formais inseridas no art. 13, § 2º, no sentido de que só terão validade, se se encontrarem amparados na lei, na assunção fática ou jurídica da responsabilidade de impedir o resultado ou na ingerência.

Na combinação desses dois critérios, porém, deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da *ingerência*, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesma violado um dever de cuidado. Essa limitação da *ingerência*, sugerida por **Rudolphi**,⁽⁴⁴⁾ é necessária para restringir a amplitude do *atuar precedente*,

(44) **Rudolphi** - *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, p. 154.

evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.

O critério normativo

48. Tendo em vista a especial importância dos supostos da posição de garantidor para com os delitos omissivos impróprios, podemos, num primeiro plano, dizer que este critério, como instrumento de diferenciação, é mais relevante do que o critério legal, porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de omissão.

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado proibido, tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível, como tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Daí exigir-se em algumas legislações que os crimes omissivos impróprios preencham a *cláusula da equivalência*, ou da *absoluta identidade*, isto é, que o não impedimento do resultado, como omissão, corresponda ou se identifique à produção do resultado, como ação.

Somente a análise, portanto, da estrutura normativa e da especial posição de garantidor, que integram conjuntamente o tipo dos delitos omissivos, é que pode traçar uma diferença correta entre delitos omissivos próprios e impróprios.

Haverá crime omissivo próprio, toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma na violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio, toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.⁽⁴⁵⁾

Voltando à hipótese do crime de facilitação de contrabando ou descaminho. Aqui, a conduta proibida se refere a uma ação, de *facilitar*, e, ao mesmo tempo, a vincula à infração de dever funcional, o que significa que sua estrutura está estratificada basicamente na proibição, mas identifica com esta o não impedimento do resultado, por omissão. Proíbe-se a ação de facilitar e, ao mesmo tempo, se determina a ação de impedir a realização do contrabando ou descaminho, que seria o resultado da facilitação. Como o sujeito está subordinado a um dever especial de proteção, decorrente de lei, é ele garantidor do bem jurídico protegido. Tendo em vista os dois critérios, podemos dizer que se trata, portanto, de crime omissivo impróprio de resultado, ou, se fôssemos adotar a classificação de **Rodríguez Mourullo**, delito de omissão e resultado. O resultado aqui não precisa traduzir-se em efeitos materiais, basta que a ação de descaminho ou de contrabando se tenha iniciado para que se

⁽⁴⁵⁾ Wessels - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 228.

integralize o tipo legal. O mesmo se dá no delito de *fuga de preso* (art. 351), cujo resultado pode estar configurado com o início da fuga ou evasão, não precisando que esta efetivamente se conclua.

O tipo dos delitos omissivos

49. Embora ainda sem previsão na Parte Especial, salvo para os crimes omissivos próprios, será possível equacionar os elementos caracterizadores do tipo legal de um delito omissivo.

Inicialmente podemos dizer que nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Em consequência da *inação*, haverá ou não um resultado, dependendo da estrutura do tipo. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação se dá desde que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nos delitos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor, que se está afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte.

50. Integra também o tipo dos delitos omissivos, a *real possibilidade física de atuar*, que é, por sua vez, condição da posição de garantidor. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade física de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: "*Jogue-se na água para salvar quem se está afogando*". Bem, se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é absolutamente absurda e deve ser considerada como inexistente, ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica.

Note-se que a impossibilidade física de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar acerca das modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições fisicamente impossíveis (art. 116). A pessoa, portanto, que não pode pessoalmente atuar não pode pessoalmente ser responsabilizada por sua omissão. Esta condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios.

51. Há ainda outro elemento nos tipos de delitos omissivos. O tipo desses delitos não está constituído, como se pensava, apenas por aquelas duas características, da *inação* e da *real possibilidade física de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o Direito quer regular, através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou supostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, de modo a justificar sua punibilidade. Assim, por exemplo, no crime de omissão de socorro, constitui essa situação a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Portanto, o tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso,

há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não-agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida*, não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*, mas esta naquelas circunstâncias tipicamente descritas.

No crime de omissão de notificação de doença (art. 269), que constitui um exemplo clássico de norma penal em branco, onde o mandamento é complementado através de ato administrativo dos órgãos do Ministério da Saúde, a situação típica está expressada na natureza da doença (de notificação compulsória) e na circunstância de haver sido ela identificada por médico no exercício profissional.

Portanto, não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essenciais à sua configuração.

52. Nos delitos omissivos impróprios, além da omissão, da real possibilidade física e da situação típica, agrega-se ainda o dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor.

A posição de garantidor, que justifica a assunção do dever de impedir o resultado, como já se disse e deriva daquelas fontes mencionadas no art. 13, § 2º do Código Penal, interpretadas com base nas circunstâncias que constituem seu conteúdo (as relações familiares e profissionais, e a responsabilidade pelas fontes de perigo), constitui um elemento do tipo desses crimes omissivos impróprios especializando o círculo dos seus sujeitos.

Tendo em vista, ademais, a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, na mesma medida da norma proibitiva, faz parte do tipo a afirmação da *identidade* entre a não execução da ação possível para impedir o resultado e o *conteúdo social de sentido* da ação típica do delito comissivo correspondente. Como consequência do princípio da legalidade, não será admissível aqui a afirmação da mera *equivalência*, como pensam alguns autores, mas sim de absoluta *identidade* de injusto entre a omissão e a comissão.

A cláusula da equivalência

53. A cláusula da equivalência, imaginada como um meio de legalizar a punibilidade da omissão não prevista em lei, apresenta seus antecedentes legislativos no Código Penal alemão (§ 13) e tem suscitado acesos debates, em parte pela sua indeterminação, em parte pela redação que tem recebido.⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁶⁾ Crítico, **Rodríguez Mourullo** - "La Cláusula general sobre la comisión por omisión", in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 909 e ss.

A redação original do Código alemão é a seguinte:

“§ 13 *Cometimento por omissão*

Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal só é punível quando tenha o dever jurídico de evitar tal resultado e a omissão equivale à sua produção por ação.”

A um setor da doutrina, esta cláusula da equivalência teria a finalidade restrita de também incluir no âmbito dos delitos omissivos impróprios aqueles casos em que o resultado típico venha condicionado a uma determinada e específica forma de realização da ação, os chamados *delitos de atividade vinculada a um resultado*,⁽⁴⁷⁾ delitos esses que se contrapõem aos puros *delitos de resultado*, que, para a sua ocorrência, não pressupõem uma ação especial.

Outros entendem que a cláusula da equivalência significa a forma de atender ao princípio da legalidade, fundamentando a punibilidade da omissão, sem qualquer consideração à modalidade de ação delituosa. Para estes, todos os delitos comissivos, portanto, podem ser, sem mais, cometidos por omissão.⁽⁴⁸⁾

A inserção de uma cláusula da equivalência entre ação e omissão nada mais faz do que admitir na interpretação integrativa dos tipos legais o argumento analógico, vindo a ampliar indevidamente as possibilidades da punição por omissão. Uma tal cláusula é evidentemente inconstitucional porque viola os fundamentos e os corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita. Não basta para fundamentar a punibilidade que se afirme uma semelhança entre ação e comissão. Será preciso que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que compõem essa punibilidade.

Como no Código brasileiro não consta essa cláusula, a relação entre delito comissivo e omissivo não pode ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*. Isto quer dizer que, para configurar um delito omissivo impróprio, não previsto na lei, será indispensável que a redação do tipo legal, combinada com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado pela constituição do sujeito garantidor, possa implicar o mesmo conteúdo de injusto do seu cometimento por ação. Assim, conforme, aliás, uma proposta de **Silva Sanchez**,⁽⁴⁹⁾ na ausência de uma tipificação expressa dos delitos omissivos impróprios na Parte Especial, só seria admissível a sua punição, mas com pena atenuada (por aplicação do art. 66 do CP), num restrito número de casos, onde não haja dúvida de que o ato que descumpra a norma mandamental, em

⁽⁴⁷⁾ Lackner - StGB, 1993, p.94.

⁽⁴⁸⁾ Maurach-Gössel-Zipf - *Derecho Penal, Parte General*, tradução argentina de Jorge Bofill Genzsch, 1995, tomo II, p. 244.

⁽⁴⁹⁾ Silva Sanchez - *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 1986, p. 369; da mesma forma, Mourullo - “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 911 e ss.

razão da especial conformação do injusto com vistas à direta proteção do bem jurídico. Tal evidentemente, afora os casos expressos, só se dá nos delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade, cujos objetos jurídicos, pela sua natureza e pelas conseqüências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva, que não pode ser postergada para não se tornar inócua.

A solução dos casos

54. Na hipótese do alpinista, embora inexistente um acordo formal, capaz de caracterizar um contrato profissional, o fato de o alpinista haver convidado pessoas inexperientes para realizar uma tarefa para a qual era o único treinado, configura a assunção fática de responsabilidade de proteção a seus convidados. Tem, portanto, o dever de impedir que resultados lesivos provenham do seu empreendimento, visto estar em posição de garantidor da integridade do bem jurídico alheio. O mesmo se dá na hipótese da mãe que leva o filho à praia e o deixa aos cuidados de terceiro. Trata-se, como no exemplo do alpinista, da assunção fática de responsabilidade de proteção do bem jurídico, vindo caracterizar sua omissão o delito de homicídio e não simplesmente omissão de socorro.

55. Embora a relação de parentesco gere socialmente uma vinculação maior entre as pessoas, no tocante à proteção mútua, o irmão omitente deve responder somente por omissão de socorro, visto que, no âmbito das exigências formais contidas no art. 13, § 2º, não está contida simplesmente a relação de parentesco, mas apenas a prévia existência de dispositivo legal que a torne fonte da posição de garantidor. Como a legislação brasileira carece de tal dispositivo, a relação entre irmãos não constitui, por si só, fundamento para o dever de impedir o resultado, mas apenas um dever geral de assistência, que integra o tipo dos delitos omissivos próprios, como a omissão de socorro. Parece injusta essa solução, mas será a solução legal.

56. Na hipótese do condômino, o síndico, como administrador do prédio, tem a responsabilidade pelas fontes de perigo nele existentes e, portanto, o dever de impedir os resultados que advierem de seu uso, como forma de *ingerência*. Não se cogita aqui do atuar precedente, desde logo contrário ao dever, porque a execução da ação possível, que caracteriza o momento omissivo, é gerada justamente com o fato lesivo à liberdade do condômino, produzida pelo defeito no elevador e levada ao conhecimento daquele que estava obrigado a saná-lo. Não o fazendo, cometeu, portanto, o crime de seqüestro por omissão.

57. Nos dois exemplos do salvamento, em que terceiro intervém no processo de sua realização ou quando o próprio omitente desiste de continuar com sua ação já iniciada, trata-se de delito comissivo, porque, independentemente da análise do tipo legal ou da espécie de norma que compõe seu substrato, com as respectivas ações incrementaram o risco da produção do resultado. A circunstância do incremento do risco, por sua vez, assinala a característica precipuamente proibitiva da norma que passa a regular o fato.

58. No exemplo do pai que deixa as crianças à espera do corpo de bombeiros, em vez de lançá-las aos braços dos vizinhos, haverá apenas omissão e não ação, podendo, porém, excluir-se a imputação objetiva, em face da inexistência de um aumento do risco da produção do resultado ou da indiferença quanto à diminuição das chances de salvamento.

Concurso de pessoas e tentativa nos crimes omissivos

Há ademais dois outros aspectos dos crimes omissivos que constituem questões polêmicas, ainda sem soluções definitivas. São os aspectos relativos ao concurso de pessoas e à tentativa. Aqui, a doutrina tem tomado caminhos absolutamente contraditórios, sendo melhor que se adotem regras especiais, direcionadas à respectiva modalidade de delito.

A) Concurso de pessoas

59. Como os crimes omissivos são *delitos de dever*, para usarmos a terminologia proposta por **Roxin**,⁽⁵⁰⁾ há uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.

Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente. Somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir, e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para com a vítima ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever especial de impedir o resultado.

Consoante esse dado, podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há co-autoria nem participação.⁽⁵¹⁾ Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição de garantidor. Trata-se na verdade, como expõe **Armin Kaufmann**, de uma forma especial de autoria colateral. São estas suas palavras: "*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão se omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão.*"⁽⁵²⁾

60. Um exemplo poderá demonstrar com maior clareza o acerto dessa posição. Alguém está na companhia de outra pessoa e vê terceiro afogar-se. Quem se está

⁽⁵⁰⁾ **Roxin** - *Täterschaft und Tatherschaft*, 6ª edição, 1994, p. 459 e ss.

⁽⁵¹⁾ **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 284.

⁽⁵²⁾ **Armin Kaufmann** - *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 189.

afogando é o filho de uma das pessoas que observam o afogamento. Os dois não só o observam, mas comentam entre si quem irá salvá-lo, ressaltando as incertezas desse empreendimento. Afinal decidem em conjunto que não irão proceder ao salvamento. Embora um tenha aconselhado o outro acerca do que devesse fazer ou não fazer, inexistente no caso participação, porque um deles responderá por crime de omissão de socorro e o outro por homicídio por omissão. Cada um, portanto, responde individualmente pela omissão e seus efeitos, na medida de sua posição em face da proteção do bem jurídico. O pai viola o dever de impedir o resultado, porque era garantidor da vida do filho. O outro viola o dever geral de assistência, porque, como cidadão presente na situação de perigo, tinha que lhe prestar socorro.

Note-se, assim, que o comportamento de cada um, que pode coincidir com o comportamento do outro, não é decisivo para determinar a participação. O que importa é a posição de cada sujeito diante da proteção de bem jurídico. Como a realização do tipo dos delitos omissivos está associada a violações de deveres, desde que qualquer pessoa tenha violado o dever que lhe é imposto já estará dando início à execução do fato, que, dependendo da configuração legal, pode exigir a verificação do resultado para a sua consumação. Este raciocínio não muda, quando o dever que é imposto aos vários agentes pertença à mesma fonte. Se os que se omitirem do salvamento forem ambos pais de quem se está afogando, assim mesmo sua comum resolução não implica participação ou co-autoria. Já que, como vimos, o comportamento de ambos não interfere na realização do tipo de delito que lhe seja atribuível, a participação, pelos seus fundamentos, não pode exclusivamente derivar da fonte do dever de agir. Quer dizer, mesmo que os deveres remontem à mesma origem, o omitente não deve ser visto na qualidade de portador de um dever solidário, mas, sim, como pessoa individual, sobre quem recai o mandato normativo de realizar determinada ação para afastar a ocorrência do resultado.

Resta examinar a posição de terceiro, que, através de conduta comissiva, contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado. Da mesma forma que inexistente participação ou co-autoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de **Roxin**, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação,⁽⁵³⁾ o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma. Cada qual - agente e omitente - serão igualmente autores do fato, o primeiro de crime comissivo e o outro de crime omissivo.

⁽⁵³⁾ **Roxin** - *Täterschaft und Tatherschaft*, p. 470.

B) Tentativa

61. No tocante à tentativa, as coisas são um pouco mais complexas. Podemos aqui afirmar, se bem que teoricamente se pudesse pensar ao contrário, que nos crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado.

62. Nos crimes omissivos impróprios, entretanto, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais.

No campo da diferenciação entre atos preparatórios e executivos do delito, a doutrina brasileira adota, em sua maioria, sendo isto tradicional em nosso país, a *teoria formal-objetiva*, segundo a qual haverá tentativa toda vez que, iniciada a realização estrita da ação típica, não é alcançada a consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Esta fórmula, que adveio do direito liberal burguês, é conseqüência de uma interpretação formal e restritiva dos dispositivos legais que regulamentam a tentativa, com base no início da execução. E é de se notar que a definição legal da tentativa inserida no art. 14, II, do Código Penal brasileiro é igualmente da tradição dos países da América Latina, como, por exemplo, dos códigos da Argentina (art. 42), Chile (art. 7º) e Uruguai (art. 5).

A questão principal da tentativa reside justamente na determinação do que constitua esse *início de execução*. A *teoria formal-objetiva*, fiel ao enunciado da teoria causal-naturalista, só poderia considerar como *início da execução* aquilo que, objetivamente, desse impulso ao desenrolar da ação típica, tomada no contexto da causalidade. No crime de homicídio, por exemplo, a tentativa só teria lugar no instante em que o agente iniciasse a ação de matar, isto é, comesçasse a disparar contra a vítima, ou a esfaqueá-la, ou a ministrar-lhe veneno, etc.

Esta teoria, entretanto, embora tenha seus métodos incontestáveis, principalmente no sentido de buscar uma precisa delimitação da zona que separa a conduta proibida da permitida, não é suficientemente apta a, diante de alguns casos controvertidos, proteger *oportuno tempore* o bem jurídico.

Como a *teoria formal-objetiva* parte do início da realização estrita da ação típica, está claro que enfrentará enormes dificuldades quando aplicada aos crimes omissivos, que não podem ser retratados materialmente.

63. Como complemento a esta teoria puramente formal, a doutrina tem desenvolvido outros critérios, como os da *teoria material-objetiva*, ou da *teoria subjetiva-objetiva*, agregando-se-lhes ainda o critério do *perigo para o bem jurídico*. Mas, todas essas orientações são igualmente defeituosas, não havendo até agora uma solução definitiva e escorreita na determinação precisa do que se deva entender por *início de execução*.

64. Imaginemos um exemplo no âmbito dos crimes comissivos: dois ladrões pretendem arrombar uma casa, que é guardada por ferozes cães, além de possuir grades

e alarmes em portas e janelas. Para realizarem o furto, necessitam, previamente, contornar esses obstáculos. Primeiramente, matam os cachorros; depois colocam ácido nas grades e fechaduras e, finalmente, provocam um curto-circuito para desativar o sistema de alarme. Pela *teoria formal-objetiva*, esses atos, que não podem ser identificados com a ação de subtrair, constituem meros atos preparatórios, impuníveis. Pela *teoria material-objetiva*, constituiriam já início da execução do delito de furto, porque estariam integrados em plano natural à própria ação típica de subtrair, como seus sucedâneos, e teriam colocado em perigo o bem jurídico. A mesma solução seria dada pela *teoria subjetivo-objetiva*, com base no plano dos agentes.

A questão da aplicação dessas teorias alternativas reside, porém, na insegurança jurídica que podem gerar, porque, desvinculadas da exata configuração da ação típica, começam a interpor na análise do tipo critérios nem sempre inequívocos, como os do *sucedâneo natural da ação típica*. A superação desses problemas de segurança só pode ser alcançada no caso concreto.

No exemplo dado, os atos praticados pelos ladrões estão descritos no Código Penal como modalidade qualificada de execução do delito de furto (art. 155, § 4º, I), o que os caracteriza como atos de execução da própria ação típica, desde que, entretanto, a subtração deva ser praticada imediatamente após aqueles atos. Se entre tais atos, embora referidos como formas qualificadas do agir, e a ação típica de subtrair houver uma solução de continuidade, porque, por exemplo, os ladrões pretendiam entrar na casa somente no dia seguinte, o fato de matarem o cachorro, despejarem ácido nas grades ou provocarem um curto-circuito ainda não constitui início da execução do furto.

Independentemente da teoria que se adote, se um determinado ato vier referido na lei como elemento de qualificação, ou forma agravada, o que deve valer é a relação direta entre esse ato e a imediata realização da ação típica. Aqui, praticamente, o próprio legislador descreve o ato, que poderá ou não ser ato de execução, dependendo de sua relação para com a realização da ação típica. Se o ato, previsto como forma qualificada, for praticado dentro do plano de imediatamente após ser realizada a ação típica, tal ato já constitui início de execução do delito. Esta é a posição majoritária da doutrina⁽⁵⁴⁾ quando se trata de crimes comissivos.

65. Nos crimes omissivos impróprios, o início da execução se dá com a violação do dever de impedir o resultado, que faz parte do tipo de injusto. Mas essa violação deve manifestar-se concretamente, único modo de colocar em perigo o bem jurídico.

A doutrina tem-se orientado aqui em três sentidos: **a)** ou no sentido de tomar como decisivo a não utilização da primeira possibilidade de salvamento;⁽⁵⁵⁾ **b)** da

⁽⁵⁴⁾ **Jescheck** - *Tratado*, p. 471; **Roxin** - "*Tatenschluß und Anfang der Ausführung*", in *Juristische Schulung*, 1979, p. 1; **Wessels** - *Strafrecht*, AT, 1992, p. 182.

⁽⁵⁵⁾ **Herzberg** - "*Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*", in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1971, p. 881.

última chance de fazê-lo,⁽⁵⁶⁾ ou c) ainda do perigo concreto para o bem jurídico, produzido pelo atraso na prática da ação apta a impedir a lesão.⁽⁵⁷⁾

Parece que a melhor solução será dada por uma variante objetiva da proposta seguida por **Wessels**.⁽⁵⁸⁾ se o perigo para o bem jurídico só ocorrerá mais tarde, o início da execução não pode se dar com a não utilização da primeira chance de salvamento, mas, sim, com a não utilização da última quando o perigo entrar em sua fase aguda. Assim, se o filho cai nos trilhos, mas o trem só passará por ali dentro de uma hora, a omissão do salvamento imediato não configura ainda um início de execução. Este só se verificará quando o trem já estiver efetivamente prestes a passar.

Por outro lado, há de se distinguir aqui entre *tentativa acabada* e *tentativa inacabada*. Só esta última é que deve submeter-se a tal raciocínio, pois o desdobramento posterior do fato depende da omissão do próprio sujeito. Na *tentativa acabada*, na qual a seqüência do fato está à própria sorte dos acontecimentos, a execução terá início a partir do momento em que o sujeito não se vale da primeira chance, deixando que a causalidade siga normalmente seu curso. Por exemplo, se mãe deixa de alimentar seu filho recém-nascido, o início da execução ocorrerá quando a falta de alimentação já tenha provocado danos à sua saúde, de modo que deva ela imediatamente realimentá-lo, mas deixe passar essa chance. Antes disso, não haveria início da execução, porque o perigo da realização do resultado ainda não se havia manifestado.

Ao invés, se a mãe abandona na rua o recém-nascido, deixando-o à sua própria sorte, com este ato de abandono já se inicia a execução, pois, a partir daí, passa ela a não ter qualquer domínio sobre a causalidade, estando desde logo presente o perigo da ocorrência do resultado. Estamos aqui analisando aspectos da execução do delito doloso de homicídio, praticado por omissão e não o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), que só se configura com o preenchimento, além do dolo de perigo, de um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de *ocultar desonra própria*. Neste último caso, tendo em vista justamente essa finalidade especial, o legislador considerou o ato de abandono como delito autônomo de perigo, isto, entretanto, sem descartar a hipótese de que esse mesmo ato por si mesmo já constitua início de execução do homicídio, dependendo do dolo do sujeito.

Dolo e erro

66. Os crimes omissivos representam ainda uma particularidade no tocante ao dolo. Diferentemente dos crimes comissivos, onde o dolo deve orientar-se à realiza-

⁽⁵⁶⁾ **Armin Kaufmann** - *Die Dogmatik der unterlassungsdelikte*, 1959, p. 210; **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 305.

⁽⁵⁷⁾ **Jescheck** - *Tratado*, p. 581.

⁽⁵⁸⁾ **Wessels** - *Strafrecht*, AT, p. 238.

ção da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado. Não basta, por conseguinte, para reconhecer-se o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir, ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria **Welzel**.⁽⁵⁹⁾ Mais do que isto, será necessário demonstrar-se que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível. Esta é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do art. 18, I do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo e que deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

Além disso, deve conhecer o omitente todas as circunstâncias que compõem a chamada *situação típica* e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor. O erro, portanto, sobre a posição de garantidor é *erro de tipo*, que exclui o dolo. Por outra parte, o erro sobre o dever de garantidor, como tal, é erro de proibição, que exclui a culpabilidade, se inevitável, subordinando-se aos ditames admitidos no art. 21.

⁽⁵⁹⁾ **Welzel** - *Derecho Penal Alemán*, p. 282.

* Conferência proferida na Associação Mineira do Ministério Público, Belo Horizonte, 1995.

** **Juarez Tavares** é Professor Titular de Direito Penal e Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.