

3 — DOCTRINA NACIONAL

A RELEVÂNCIA CAUSAL DA OMISSÃO

EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES

Sumário: 1. A questão dos crimes comissivos por omissão — 2. A proposta de Alcântara Machado — 3. A relevância da omissão perante o CP de 1940 — 4. O crime comissivo por omissão e o princípio da legalidade — 5. A fórmula adotada na reforma penal de 1984 — 6. Alguns aspectos relevantes; 6.1. A natureza da omissão imprópria; a) A teoria causal; b) A teoria normativa; c) Conclusão; 6.2. O campo de abrangência dos crimes comissivos impróprios: a) Sua generalidade; b) Crimes comissivos impróprios culposos; c) Crimes comissivos impróprios tentados; d) A participação por omissão; 6.3. A questão da possibilidade de agir — 7. Conclusão e síntese — 8. Bibliografia.

1. A Questão dos crimes comissivos por omissão

Apesar da enorme dificuldade que cerca o tema da relevância causal da omissão, ou talvez precisamente devido à necessidade de se buscar a sua clarificação, é que o abordamos neste trabalho. Trata-se de *“Um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal”*,¹ não acolhido como fórmula expressa porque entendido desnecessário pelo legislador de 1940, conforme justificativa apresentada, à época, por um, e talvez o principal, dos artífices da reforma:

“Fez bem a Comissão Revisora em riscar o dispositivo. Desde que se reconhece, do ângulo de vista lógico, (como já fazia o Projeto Alcântara), que a omissão é Causal, redundando numa incoerência declarar-se, em seguida, que a omissão equivale a causa. E inteiramente ocioso é dizer-se que a

omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão LÍCITA não pode entrar na estrutura de um crime: é objetivamente lícito”.²

Alcançava já, portanto, o renomado Hungria, que a relevância causal da omissão repousava, em muito, no caráter de antijuridicidade da conduta, mas não antevia, com o costumeiro acerto, o vazio tipológico que adviria da falta de disposição a respeito.

Redimindo-se de tal falha, o próprio grande doutrinador acolheu dispositivo semelhante ao proposto por Alcântara Machado, assim se justificando:

“Importante é o que agora aparece como referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos da con-

⁽¹⁾ Heleno Cláudio Fragoso, Comentários, v. I, t. II, n. 12.

⁽²⁾ Nélson Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. 2, n. 60.

duta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar".³

Deve-se verificar, portanto, que Hungria ia além da justificativa, para afirmar, nas entrelinhas, incompleta a proposta Alcântara, por prever expressamente a hipótese em que a omissão valesse como causa mas não frisar as suas fontes de dever jurídico. Tal não fora, entretanto e como visto, o motivo da supressão anteriormente feita.

Sabido, mais, que a reforma que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984) acolheu dispositivo praticamente idêntico ao redigido por Hungria (art. 13, § 2.º), nada mais interessante que analisar o instituto dos crimes comissivos por omissão também sob a perspectiva histórica positiva, no Brasil, indagando se a proposta de Alcântara Machado era, efetivamente, errônea, ou incompleta; se melhor seria, efetivamente, a supressão da previsão legal, como o fez o nosso CP de 1940, deixando à jurisprudência e à doutrina a sua solução; ou se a fórmula proposta por Hungria (CP de 1969 e CP vigente) era a mais adequada à solução do problema. É o que, ousadamente, passamos a fazer.

2. A proposta de Alcântara Machado

Assim se redigia o aludido dispositivo, no Projeto Alcântara Machado:

Art. 9 — O agente só responderá pelo evento que for efeito de sua ação ou omissão.

§ 1.º — *Faltar à obrigação de impedir o evento equivale a causá-lo. (...).*

Se insurgência houve, ainda que morigerada, quanto ao Caput (Costa e Silva, principalmente; discutiu sua necessidade), muito maior foi a reação ao parágrafo primeiro, na qual se sobressaiu o próprio Hungria. A previsão, para ele haurida do Código italiano, fora reproduzida no uruguaio e era, ao seu ver, incoerente.

De tais críticas procurou defender-se o próprio Alcântara, com a proverbial clareza de sempre:

"Toda a atoarda vem, afinal de contas, de mero equívoco do censor. O de que trata o dispositivo é, pura e simplesmente, de afirmar que na espécie há um nexo causal entre a omissão e o evento. Mas o reconhecimento da relação de causalidade não importa evidentissimamente, por si só, o reconhecimento da responsabilidade criminal do omitente em apreço. De fato, sabe toda a gente que, além do elemento material ou objetivo, a responsabilidade pressupõe o elemento subjetivo ou psicológico, isto é, o dolo ou a culpa. De sorte que se não houver dolo ou culpa, da parte do omitente, este não responderá pelo evento. Ainda mais: se o evento relacionado com a omissão realizar hipótese considerada pelo legislador somente quando dolosa, e culposa for a omissão, não existirá para o omitente responsabilidade penal, embora exista o nexo de causalidade".⁴

O que pretendia o venerando mestre, pois, era demonstrar que o dispositivo não implicava estruturar o crime, vale dizer, que o só reconhecimento do nexo causal com o resultado não esgotava o

⁽³⁾ Exposição de Motivos n. 1, D.O.U. de 21.10.69, n. 9.

⁽⁴⁾ Alcântara Machado, O Projeto do Código perante a Crítica, in: "Revista da Faculdade de Direito", v. XXXV, Fasc. I, janeiro a abril de 1939, p. 63/64.

delito, da mesma forma quanto aos comissivos puros, porque havia que se indagar, ainda, do tipo subjetivo, do dolo ou da culpa. Cabia, assim, a previsão genérica quanto à omissão, porque quanto a esta havia que se estabelecer um nexó normativo, diferentemente da ação, em que o nexó era naturalmente causal.

Estabeleça-se, desde logo: não havia dissidência doutrinária quanto à causalidade omissiva em si, afirmada por todos, desde Costa e Silva, resultante do dever jurídico de impedir o evento. O que se discutia era a necessidade de se estabelecer a equivalência causal entre a ação e a omissão, expressamente, bem como os pressupostos da conduta típica omissiva.

Se o legislador de 1940 repudiou a fórmula de Alcântara Machado (que era, reconhecidamente, colhida na lei italiana), não o fez porque a considerasse de pioneirismo temerário. Já a admitiam, viu-se, os códigos italiano e uruguaio mencionados, o projeto penal alemão de 1913 (§14), e até o Código Penal Chinês de 1935.⁵

Alcântara Machado, entretanto, apenas propôs que a relevância omissiva ficasse consignada, adquirindo base normativa. Não se propôs a fixar as hipóteses do dever jurídico. Isto foi objeto do CP de 1969, acolhido pelo legislador de 1984. Num aliviar de seu erro, diga-se, Hungria desenvolveu e ampliou a fórmula de Alcântara, como a afirmar, publicamente, que errara, mas também o seu criticado.

3. A relevância da omissão perante o Código Penal de 1940

O silêncio do legislador de 1940 suscitou reações doutrinárias díspares. Àquela altura já se consolidara, mundo afora, a idéia de que a lei penal procura, sempre, um fim de tutela para certos interesses, e que toda e qualquer conduta, desde que resulte em ofensa ou ameaça a tais interesses, deve ser condenável, "*quer consista num Facere ou num Omittere*".⁶

E a doutrina alienígena, com a nacional, bem estabelecia os pressupostos do dever de evitar um resultado, como os oriundos da lei, da ordem de superior hierárquico, de uma situação contratual ou profissional. A estes, a doutrina portuguesa acrescentaria os resultantes de uma situação de fato (o que adviria de uma ação anterior lícita, como o do que promove queimada e tem que impedir que alastre) ou dos deveres resultantes da moral e dos costumes, numa ampliação arrojada para a época (exemplificava-se com o não andar nu pelas ruas, quando, aí, a conduta era nitidamente comissiva).⁷

Em sua obra principal, o mestre Basileu Garcia teceu comentário bastante sucinto quanto aos próprios delitos comissivos por omissão, sem qualquer preocupação de detalhamento:

"Caracteriza-se a existência da infração quando o sujeito ativo tem o dever jurídico de praticar o ato de que se abstém".⁸

Calava-se quanto ao tema, seguindo os passos do legislador, ao tratar da relação causal.

⁽⁵⁾ "Art. 15 — Where the prevention of a specified result is an obligation under the law, the failure to prevent what is preventable is equivalent to the active commission of such a result" — The Criminal Code of Republic of China — 1936 — Shanghai, Kelly & Walsh Ltda.

⁽⁶⁾ Código Penal Português Anotado, Vitor Antonio Duarte Faveiro e Laurentino da Silva Araújo — Coimbra Ed. Ltda., 4.^a ed., 1966, p. 11/13.

⁽⁷⁾ Idem, *Ibidem*.

⁽⁸⁾ Instituições de Direito Penal, v. I, t. I, 5.^a ed., p. 222.

Aníbal Bruno, igualmente, pouco discorre acerca da matéria, limitando-se a pouco mais que dizer:

*"A punibilidade da omissão é outro problema, cuja solução depende da comprovação de concorrência de outros elementos do fato punível, a partir da antijuridicidade, resultante do dever jurídico de agir, que incumbia ao omitente".*⁹

Afirma, pois, o grande mestre do Recife, um elemento natural na ação omissiva (em nota de rodapé, inclusive, anota a divergência entre as teorias naturalística e normativa quanto à omissão), que deveria ser melhor explicitado com a análise da antijuridicidade da conduta. Assim, resolvida a questão de que se houvesse a ação omitida o resultado desapareceria (omissão causal, na *Conditio Sine Qua Non*), haver-se-ia de perquirir o outro elemento do crime, o antijurídico, verificando se o agente tinha o dever jurídico de agir. Isto significa que a omissão, revelada causa, seria típica desde logo, restando a indagar de sua antijuridicidade, que seria afirmada se o agente tivesse o dever jurídico de evitar o resultado (cujas bases não vinham afirmadas na lei) e seria arredada se não tivesse o agente tal dever jurídico (quando, entretanto, as causas de exclusão de antijuridicidade, deviam ser expressas, como entendido à época).

Magalhães Noronha parece ter sido um dos que mais atento olhar dirigiu à questão. Admitiu, expressamente, a omissão sob um ponto de vista naturalístico, lembrando percuciente indagação de Masimo Punzo:

"Se não é exato que as flores secam tanto quando o jardineiro não as rega, como quando as água com uma solução de sublimado", depois de ter afirmado que "Quanto à ação negativa, ou

omissão, entra no conceito de ação (Genus) de que é espécie. É também um comportamento ou conduta e, consequentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo — antes é a abstenção desse movimento —, por nós percebida como Realidade, como Sucedido ou Realizado".

Para o renomado autor, razão está com a Teoria Naturalística, portanto, mas nem por isso afasta a necessidade de afirmação de seu conteúdo antijurídico: *"Mas, ao Direito Penal elas só interessam quando têm relevância, quando importam o descumprimento de um dever jurídico ou se opõem ao Comando da norma legal, o que lhes dá o conteúdo normativo".*¹⁰

Não se cansa de demonstrar que a omissão é um fato, e não uma abstração:

*"Ela é tão real como a ação, pois é expressão da vontade do omitente, porque é reconhecível e verificável no tempo e no espaço, e porque não é um Não-Ser, porém, modo de Ser do autor. E se tem um conteúdo real, não é um nada, mas alguma coisa suscetível de determinação e percepção. Como tal, pode dar lugar a um processo causal".*¹¹

Para arrematar, quanto à nossa indagação primária:

*"O Código Penal italiano é expresso: 'Não impedir um acontecimento que se tem a obrigação jurídica de evitar equivale e causá-lo'. Tal dispositivo, entretanto, é superfetação, desde que se declare ser a omissão causa, como faz o legislador pátrio no art. 11".*¹²

Desde então, refutando-o e aos adeptos de tal **superfetação**, erguia-se a voz de Paulo José da Costa Jr., de formação nitidamente clássica italiana:

(10) E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, v. 1, 17.ª ed., p. 106.

(11) Idem, *Ibidem*, p. 125/126.

(12) Idem, *Ibidem*, p. 125/126.

(9) *Direito Penal*, Parte Geral, t. 1.º, Forense, 3.ª ed., 1967, p. 321.

"O Projeto Alcântara Machado, que antecedeu o Código Penal de 1940, continha dispositivo que a Comissão Revisora deliberou suprimir: "....." Não poderia o legislador brasileiro de forma alguma suprimir o dispositivo em questão. Sem ele, não será possível promover a condicionalidade hipotética omissiva à categoria de causa. Necessário, portanto, o decreto de promoção normativa. Ausente a ficção legal, a omissão perde sentido. Dilui-se, desnorteia-se.

*Dois, portanto, os pressupostos da causalidade omissiva: a conexão condicional hipotética entre conduta e evento; e a violação de uma obrigação jurídica de intervir".*¹³

Vê-se, pois, e claramente, que o ex-Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo afirmava o que outros apenas intuam: a falta de tipicidade dos delitos comissivos por omissão.

Esta, precisamente, a grande crítica que se fazia, a cada vez mais tomando espaço na doutrina mundial. Se faltava tipicidade aos denominados delitos omissivos impróprios, faltava-lhes legalidade, ou seja, constituíam-se em violação ao vetusto e básico Princípio da Legalidade.

4. O crime comissivo por omissão e o princípio da legalidade

O que parece é que o legislador de 1940, e os doutrinadores que o influenciaram, além de boa parcela dos comentaristas da época, não se deram conta do grave problema da infringência que o tratamento dado à questão representava para o Princípio da Reserva Legal.

É verdade que Paulo José da Costa Júnior, bem mais tarde, afirmaria a necessidade da previsão legal dos crimes omissivos impróprios. Mas afirmaria, também, que *"No crime comissivo, uma única violação se perpetra da norma principal. No crime comissivo-omissivo, duas: da principal e da acessória, que estabelece o dever de agir. Conseqüentemente, somente uma parte do tipo acha-se legalmente descrita. A outra incumbe ao Juiz construir, complementando o tipo".*¹⁴

Assim o afirmou quando já aceita a reforma que introduziu, em 1984, o dispositivo acerca da relevância causal da omissão. Entretanto, vê-se, deixava a solução pela metade, incumbindo ao Juiz parcela do tipo a realizar, o que significa menos que o arbítrio tão só pela segura orientação doutrinária a respeito.

Sobre o assunto, discorre Carlos Creus, sendo de se lembrar que o Código Penal argentino não acolhe a previsão, em tipo próprio da Parte Geral, da causalidade omissiva:

"Sin duda, lo que más preocupa a la doctrina contemporánea al tratar dos delitos de Comisión por Omisión, es el hecho de que su reconocimiento puede colacionar con el principio de legalidad en cuanto se trata de tipos 'no escritos' (son 'tipos de interpretación', Schmidtäuser): la ley pune al que mata, pero un lado se plantea esa objeción, por el otro, dejar de reconocerlos importaría poner al descubierto un amplio campo de permisividad al ataque del bien jurídico que el mismo tipo omisivos improprios aparecerían como el agotamiento necesario del contenido prohibitivo del tipo escrito (Zaffaroni)".

Elide, entretanto, a suposta agressão ao princípio da legalidade, da seguinte forma:

(13) Direito Penal Objetivo, Forense Universitária, 1989, p. 32.

(14) Idem, Ibidem, p. 32.

"Por supuesto que la objeción del principio de legalidad se rebate cuando la omisión impropia es tratada legalmente como una extensión del tipo (como lo hizo nuestro Proyecto de 1960 — Soler, en su art. 10), o cuando excepcionalmente el legislador lo revé taxativamente (entre nosotros ciertos casos de abandono de personas del art. 106, Cód. Penal). Creemos que la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición típica de un resultado, sea esta la de producirlo — cuando no se lo debía producir — o la de no impedirlo — cuando se lo debía impedir —, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en un significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo)".¹⁵

E prossegue, com observação a ser pensada:

"Por muchas razones el tema puede parecer sobredimensionado en la doctrina con abundancia del debate teórico, sin poner demasiado atención a sus verdaderas consecuencias prácticas (dogmáticas)".¹⁶

A questão, todavia, subsiste. Não ofenderia ao princípio da legalidade a inexistência de uma norma que expressamente previsse a extensão ao tipo incriminador? A conduta incriminada só o poderia ser se fosse hipótese de adequação típica de subordinação mediata, como o é a tentativa, ou o são as modalidades culposas, mas para tanto deveria haver a previsão genérica da relevância causal da omissão e a específica, a cada tipo penal em que cabente, como se faz com os delitos culposos.

Ainda em terras argentinas, Ricardo C. Nuñez dá uma solução simplista ao problema:

"Fracasada la tesis de la relación causal física, la atribución del resultado físico al omitente encontró un nuevo fundamento en el principio de la 'acción esperada'... la omisión es causal si el resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico hubiera sido impedido por la acción que se 'esperaba del autor'". E apressa-se em corrigir a fórmula:

"La acción esperada no puede, empero, explicar satisfactoriamente el fundamento jurídico de la obligación de actuar para evitar el resultado defectivo en el caso de ingerencia, esto es, en el caso en que ese deber tiene como fuente un hecho precedente ala omisión realizada por el autor".¹⁷

Aponta, a seguir, fórmula simplista ou, pelo menos, insuficiente para tão magno problema, ao afirmar que a responsabilidade do omitente por um resultado delitivo é uma questão de tipicidade inerente aos tipos dos delitos de comissão, que são aqueles que prevêm um comportamento contrário a uma norma proibitiva. A infração a tal espécie de norma tanto se dá pela causação física do resultado como pela omissão, quando se tenha uma situação jurídica particular que lhe atribua a responsabilidade.

Com a costumeira clareza inovadora, afirma Welzel:

"Si se desea desarrollar los tipos de los delitos de omisión improprios mediante una conversión de los tipos de comisión, se evidencia un sensible vacío en la elaboración de los tipos legales.

.....
El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de comisión, por una persona con poder para ello, nunca

(15) Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed., Astrea, p. 181.

(16) Idem, Ibidem, p. 184.

(17) Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 3.ª ed., p. 160.

es suficiente para fundamentar la autoría, en el sentido de correspondiente delito de omisión impropio. En estos casos, más bien, la autoría tiene que ser fundada independientemente, junto a la conducta típica, por características especiales de autor: sólo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión impropio".¹⁸

Pretende, portanto, o renomado autor, resolver (ou buscar o campo de solução) do tema sob um outro ângulo, o dos crimes próprios, em que só determinados autores podem fundamentar o injusto punível. Assim, se um qualquer revela segredo privado alheio, a conduta é atípica. Se se trata de um sacerdote, entretanto, há crime. Também só haveria o delito comissivo impróprio quando e para o autor que tivesse o dever jurídico de impedir o resultado que a norma pretende evitar.

"El no evitar el resultado típico es típico en el sentido de un delito de omisión impropio sólo para determinadas personas con poder del hecho, que de antemano estén en una relación estrecha respecto al bien jurídico. Los delitos de omisión impropios comparten, por lo tanto, con los delitos especiales propios, la particularidad de carácter típico de que la antijuridicidad de la conducta del autor sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales de autor".¹⁹

E conclui, aceitando a exceção ao Princípio da Legalidade:

"En los delitos de omisión impropios, el juez mismo mediante una complementación del tipo, tiene que encontrar las características objetivas de autor"... "El

principio *Nulla Poena Sine Lege* experimenta en estos casos una profunda limitación: sólo la conducta del autor está 'legalmente determinada' y no las características objetivas de autor. Por esta razón, se han hecho valer siempre reparos de índole constitucional en contra de los delitos de omisión impropios. Del vacío en la descripción legal típica resulta dogmáticamente la inseguridad para el juez de circunscribir con suficiente precisión las características típicas nos escritas del autor de la omisión. Esta dificultad dogmática no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de la cosa. Es imposible, por principio, circunscribir concreta e exhaustivamente en tipos legales la inmensa variedad de posibles autores de omisión" — grifo nosso.²⁰

Se assim o é, como, ao menos, minorar tais defeitos congênitos da espécie normativa em questão?

"Sin embargo, estos deberes señalados expresamente en la ley, son sólo parte de un círculo de deberes más amplios que está detrás de ellos. Así, por ejemplo, el deber de garante jurídico penal de salvar la vida no debe identificarse con el deber civil de dar alimentos. Por otra parte, se corre el peligro de que mediante la 'des-positivation' de los deberes de acción, se pierda la línea divisoria entre un deber meramente ético-social y otro consolidado jurídicamente; la antigua fundamentación formal de los deberes es sustituida en medida creciente por la figura de la 'estrecha comunidad de vida'. Sin embargo, aunque no se pueda volver al primitivo y restringido punto de partida de un deber jurídico formulado en la ley, hay que exigir la consolidación jurídica del deber de garante: esto es, la responsabilidad del garante, aunque se lea directamente en

(18) Hans Welzel, Derecho Penal Aleman, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., p. 286/287.

(19) Idem, Ibidem, p. 287.

(20) Ob. Cit., p. 288.

la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley".²¹

Ora, assim, rechaça o mestre de Bonn a fórmula entre nós preconizada por vultos da estatura de Alcides Munhoz Netto, da inclusão, na Parte Geral, de cláusula pela qual a omissão imprópria só fosse punida em casos expressos, excepcionais, em que a conduta constasse do preceito da parte especial, assim como ocorre com os delitos culposos.²² Neste mesmo sentido o preconizado na Segunda Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina.²³

De qualquer modo, vê-se, é eivada de dificuldades a proposta de uma fórmula genérica com as hipóteses de dever jurídico quando o que se tem, antes de tanto, é a figura do devedor jurídico, imprevisível genericamente. Por outro lado, o nível de detalhamento por alguns preconizado, na Parte Especial, seria mais um, entre tanto outros, imenso óbice ao já abalado dogma do 'conhecimento presumido da lei', ante a sua extensão e diversidade.

Teria sido, indague-se, mais feliz o legislador de 1940, calando-se quanto ao não positivável, que o atual?

Esta era a resposta dada, à época, por doutrinador do porte de Luis Jiménez de Asúa, que, após esmiuçar as várias correntes explicadoras da natureza do delito comissivo por omissão, analisou a oportunidade do art. 40 do Código Penal italiano, onde a proposta de Alcântara confessadamente abeberou-se, além de trazer à colação autorizadas vozes do país de Carrara, cada uma a trazer sua fundamentação à necessidade

do dispositivo, tendo por base a própria natureza da omissão enquanto causa. O grande mestre não deixou de observar, após demonstrar as muitas dificuldades, que:

"Cuanto antecede es aplicable a los Códigos Iberoamericanos que han copiado lo dispuesto por el Código de Italia, y ante las dudas que existen para esclarecerlo, queda justificada nuestra censura a cuantos han transcrito, sin demasiadas preocupaciones, un precepto que origina tantos debates".²⁴

A dificuldade, entretanto, não poderia justificar o grame da aceitação da ofensa ao princípio da legalidade. O Código Penal de 1940, pode-se afirmar hoje sem medo, perdeu excelente oportunidade de, pela previsão normativa ainda que sumária, iniciar o grande esforço no sentido de que a tipificação dos delitos omissivos impróprios não seja aberta, como incrivelmente pregado por alguns.

"O Direito Penal, todavia, pelo princípio da legalidade e da tipicidade, não pode abrir mão da exigência de ligar o juízo, de responsabilidade a uma norma-comando. Por isso, a omissão juridicamente relevante é a que infringe uma Obrigação Jurídica de Fazer".²⁵

Essa obrigação a que se refere Nuvolone pode estar especificamente prevista pela própria lei, e assim o deve ser, embora possa estar sancionada por uma norma jurídica diferente: e esta norma pode, ainda, ser deduzida do sistema. Sem dúvida, entretanto, a única maneira de cumprir o rigor da reserva legal, será a previsão expressa, no próprio texto penal.

É preciso não esquecer a advertência de Zaffaroni, lembrada por Alcidez Munhoz Netto:

(21) Ob. Cit., p. 293.

(22) Crimes Omissivos, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 326, jul./dez., 1984.

(23) Código Penal Tipo para Latinoamérica — Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, 2.ª r. Plenária, p. 84/109 e 493.

(24) Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, n. 1154, p. 600.

(25) Pietro Nuvolone, O Sistema do Direito Penal, v. 1.º, Ed. RT, 1981, p. 198.

"E o uso indiscriminado da tipificação pode redundar num autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem".²⁶

Refere-se, o autor, à necessidade de limitar a faculdade do legislador na citação de figuras delituosas da espécie, e assim o deve ser, de fato. Todavia, nada impede a previsão genérica e a seqüente especificação, como se tem com os crimes culposos.

Bem por isso afirma o mesmo consagrado estudioso:

"Sob outro prisma, para os crimes omissivos impróprios, enquanto permanecer o critério de não limitar sua punibilidade na parte especial, nem definir legislativamente as situações de que surge o dever de evitar o resultado, tais delitos continuarão previstos em tipos abertos, que necessitam de complementação judicial, para que neles possam ser subsumidas determinadas inações.

A segurança do direito impõe que não se deixe ao livre critério dos Juizes o equiparar a omissão à comissão, para castigá-la como se também esta fosse causadora do resultado. Sem limites obrigatórios, quanto ao dever do omitente em evitar a lesão, e quanto à punibilidade do comportamento, se enfraquece a garantia do Nullum Crimen Sine Lege, mediante a qual se afirma a função limitadora do Direito Penal. Importante, pois, o esforço de condensar, em fórmulas legislativas precisas, as hipóteses em que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar. Importante, igualmente, estudar a maneira de criar tipos fechados de crimes omissivos impróprios".²⁷

Discorria o professor paranaense, sobre a matéria, às vésperas da reforma da parte geral do CP, efetivada em 1984. Suas palavras encontraram eco, sabe-se, mas são de total atualidade:

"Enquanto a expressa previsão das hipóteses de evitar o resultado não for incorporada ao nosso Direito Positivo, persistirá o problema de compatibilizar os crimes de omissão imprópria com o princípio da anterioridade da lei penal. (...)"²⁸

É geral, em consequência, o reconhecimento de que compete à doutrina e à jurisprudência determinar as posições de garantidor, dos quais se deduz aquele dever. Com isso, o princípio do Nulla Poena Sine Lege experimenta profunda limitação, já que a conduta não está inteiramente determinada. A lei só comina a pena para a produção comissiva do resultado e estende a mesma responsabilidade a quem não o evita, sem especificar, contudo, quando ocorre tal dever de impedi-lo. Assim, só uma parte do tipo está legalmente descrita; a outra tem que ser construída pelo Juiz, a quem fica a tarefa de complementá-lo. Quanto à segurança do Direito, o atual sistema de disciplina legislativa dos crimes omissivos impróprios comporta, destarte, todos os reparos opostos aos tipos penais abertos".²⁹

Já advertia Anibal Bruno que o princípio da legalidade não se limita à necessidade de previsão penal anterior, mas à exigência da não formulação de tipos penais abertos.

Everardo da Cunha Luna, por sua vez, aborda especificamente soluções para obviar o entrave:

"Como os crimes comissivos por omissão, regra geral, não estão explicitados nos tipos penais, surge o problema da constitucionalidade da puni-

(26) Autor citado, Os Crimes Omissivos no Brasil, In *Ajuris*, n. 29, Ano X, 1983, novembro, Porto Alegre, p. 35.

(27) Alcides Munhoz Netto, ob. cit., p. 36.

(28) Idem, *Ibidem*, p. 49.

(29) Idem, *Ibidem*, p. 49.

ção por omissão imprópria. Não haveria, na tipificação desses crimes, considerados implícitos nos tipos penais de resultado, uma ofensa ao princípio da reserva legal? Tendo como conteúdo deveres jurídicos emanados de outras fontes, que não a própria lei penal, não escapariam esses tipos penais ao controle do salutar princípio da legalidade? Quanto à implicitude, deve-se lembrar que, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime estão implícitos, exigindo, desse modo, uma investigação especial. E quanto a outras fontes de deveres jurídicos, que vão além das palavras descritivas da lei penal, exigindo juízos de valorização, deve-se lembrar, igualmente, que existem, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime de natureza valorativa. A questão básica, fundamental, portanto, não está na própria essência da omissão imprópria, mas no modo como deve ela ser disciplinada pelo Direito Penal.

A técnica na construção de tipos penais, na Parte Especial, destinados aos crimes comissivos por omissão, não pode ser escolhida como a única constitucionalmente adequada e praticamente eficaz. Dois defeitos apresenta: ou deixa escapar uma grande quantidade de fatores que merecem punição, ou procurando abarcá-los a todos, tarefa tortuosa, peca contra a economia legal. Tem a virtude, porém, de limitar o número de bens jurídicos e de agrupar, num tipo omissivo, vários crimes da mesma natureza".³⁰

A nível de proposta, entretanto, não avança mais do que postular um aumento de previsões típicas de crimes omissivos, quer próprios quer impróprios. A questão do dogma da reserva

legal persiste irresolvida, reconhece, apenas acrescentando que se devam evitar, o quanto possível, os chamados tipos penais abertos.

5. A fórmula adotada na reforma penal de 1984

O atual dispositivo repete, quase que identicamente, a proposta de Nélson Hungria, que constituiu o malfadado Código de 1969:

"Relação de causalidade

Art. 13 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º (...)

Relevância da omissão

§ 2.º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado".*

De início, constata-se a convivência de um critério mecanicista (caput) e de uma forma normativa (§ 2.º) no preceito, o que é incongruente, como alertou René Ariel Dotti, lembrado por Damásio. A explicação para tanto, dada pelo último doutrinador, no sentido de que *"a incongruência do texto atual não se encontra no Projeto de CP. Deveu-se a Emenda no Congresso Nacional"*,³¹ não convence, na medida em que o mesmo defeito ostentava a fórmula proposta por Hungria em 1963.

⁽³⁰⁾ Everardo da Cunha Luna, O Crime de Omissão e a Responsabilidade Penal por Omissão, In: *Vox Legis*, Ano XV, v. 173, maio de 1983, p. 07/08.

⁽³¹⁾ Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, Parte Geral*, Ed. Saraiva, 15.ª ed., p. 222, nota 18.

A explicação dada por Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, membros da comissão responsável pela atualização da reforma, é mais convincente:

"Volveu-se, neste passo, seguindo a linha dos legisladores atuais, à fórmula que se continha no Código de 1969, para disciplinar a relevância etiológica da omissão, estabelecendo-se os destinatários do preceito primário, para o que se concretizou, em elenco, o prévio dever de agir [cons. trabalhos apresentados ao Colóquio Nacional Preparatório do 12.º Congresso Internacional de Direito Penal (In: Revista de Direito Penal, n. 33)].

*O conteúdo da norma, contudo, não implica a adesão e pura e simples a um conceito normativo, mesmo porque, mantida a referência, de origem naturalística, à omissão, no Caput, as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuridicidade do que ao tipo. O legislador, nesta matéria, como em outras, não assumiu compromisso doutrinário que transcendesse à sua tarefa específica".*³²

Já de muito os analistas do Código italiano, entretanto, vislumbram explicação mais correta:

"Acaso el menos imperfecto de todos los comentarios que suscita ese inciso segundo el art. 40 del Código italiano, sea el que hece Francisco Antolisei: el artículo 40, en su párrafo 1.º, afirma el ligamen causal, y en el segundo se delimita la responsabilidad del que se omite: 'Por efecto de esta disposición quien determina un resultado mediante una omisión no responde siempre de ella... La causalidad, pues, no basta: se necesita, además, la existencia de la

*obligación, para el sujeto, de ejecutar una acción dada, y precisamente la acción que habría impedido la realización del resultado. Tal obligación debe ser jurídica, es decir, impuesta por el derecho, sin que la simple violación de un deber moral sea suficiente".*³³

Interessante notar que, sob os aplausos do não menos aplaudido Jiménez de Asúa, volvia-se à singela explicação prestada pelo próprio Alcântara Machado, ao início da "atoarda", como se tem da referência de n. 04.

E portanto, definitivamente, incorporava o legislador à lei penal brasileira o que a grande maioria dos doutrinadores da época do Código de 1940, e a quase totalidade dos da época atual, o faziam: a relevância jurídica da omissão, e os casos de tal relevância/dever. Para que o princípio da legalidade não sofresse qualquer esbarrão, só restava, se possível, a explicitação dos tipos penais que comportassem a forma omissiva imprópria, o que ficou para o futuro.

Procedente, como sempre, a observação de Alberto Silva Franco:

"Diante da alternativa ou enumerar, em artigo de lei, as fontes geradoras do dever de atuar, ou compor, tal como ocorre com o crime culposos, figuras atípicas de omissão imprópria, não há dúvida de que a opção que melhor atende ao direito de liberdade do cidadão é a segunda. O legislador de 84 preferiu, contudo, definir-se pela primeira, acolhendo, em linhas gerais, no texto legal, a tipologia clássica das fontes geradoras do dever de atuar, sem concessão alguma às considerações da doutrina mais moderna, a respeito de fontes desse dever, de conotação ética ou moral".

E indaga:

"Não se ajustaria a tal hipótese o caso do transeunte, única testemunha do fato, que, sem nenhum esforço maior, poderia

⁽³²⁾ Ricardo A. Andreucci e Sérgio Marques de Moraes Pitombo, Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, Nota 7, 1985.

⁽³³⁾ Luiz Jiménez de Asúa, ob. cit., n. 1153.

salvar uma criança de tenra idade que caiu numa fonte de praça pública? (Günter Stratenwerth, ob. cit., p. 302)".³⁴

Assim, vê-se, a previsão legal vigente não é satisfatória, conforme abalizadas vozes, porque incompleto o tipo genérico e ofensiva ao princípio da reserva legal a inexistência de tipos omissivos impróprios na parte especial, ao lado dos tipos comissivos, da mesma forma que ao lado dos tipos dolosos arrolam-se alguns culposos.

Todavia, e a *Data Venia* aqui é irresistível, a verdade é que doutrinadores como Damásio e Mirabete preferiram o silêncio quanto a tão importante questão, quem sabe considerando-a, como a considerou Creus (referência n. 16), tema superdimensionado, de decorrências mais teóricas que práticas-dogmáticas, com o que não se pode concordar.

Merece destaque, entretanto, o posicionamento de Francisco de Assis Toledo, sem dúvida o grande mentor da reforma da Parte Geral do CP, em 1984:

"O problema da causalidade nesses delitos comissivos por omissão tem ensejado inúmeras disputas doutrinárias que, entre nós, com a reforma penal, perde relevância. Com efeito, o legislador pátrio estabeleceu um nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado, no art. 13 e parágrafos do Código Penal, especificando as hipóteses em que esse nexo deva ser reputado presente, a saber: (...)

A omissão terá o mesmo valor penalístico da ação quando o omitente se colocar, por força de um dever jurídico (art. 13, § 2.º), na posição de garantidor da não-ocorrência do resultado".³⁵

Será assim, efetivamente? A posição de garante esgotaria a questão da tipicidade de tais delitos? A previsão legal é, portanto, suficiente? Afinal, qual o seu campo da abrangência? O risco pessoal afasta ou não o dever jurídico? São questões ainda pendentes, sobre as quais nos debruçamos a seguir.

6. Alguns aspectos relevantes

6.1 A natureza da omissão imprópria

Após tantos debates doutrinários e propostas legislativas, a indagação permanece, para a perplexidade de muitos ou a adesão, até hoje, às Teorias Causal e Normativa da omissão.

Valha-nos uma solução. Indubitável é que se encontra superada a "falsa máxima de 'nada, nada puede resultar'",³⁶ mas não há negar que persista uma concepção causal para a omissão. Por outro lado, a ela se antepondo, alguns professam explicação puramente normativa para a causalidade omissiva.

a) Teoria causal

Para os que ainda acreditam na realidade da causalidade omissiva, a melhor das explicações é aquela que parte de um conceito puramente dinâmico do real, pelo qual as coisas estão sempre acontecendo, num fluir incessante. Não há, para esta concepção, atos que rompam a inércia e determinem um resultado, qualquer que seja. Há, só, atos que impulsionam movimentos previamente tendentes a um determinado resultado, e outros que vão contra tal movimentação, desviando o fluxo dos acontecimentos para outro que não aquele ao qual inicialmente tendia o ato (deslocar) considerado. O que chamamos causa, portanto, seria, sempre, concausa e/ou contracausa, inexistindo causalidade pura, primária.

⁽³⁴⁾ Alberto Silva Franco, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 4.ª ed., p. 74.

⁽³⁵⁾ Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 4.ª ed., p. 116.

⁽³⁶⁾ Luiz Jiménez de Asúa, ob. cit., n. 1150.

A inércia, a omissão, não passam de atos que aceleram a disposição prévia do movimento. A comissão, ao contrário, é a conduta que se antepõe ao resultado a que se dirigia o movimento fático. Ambos são ação, vê-se, determinando resultados, mas não ação pura. A omissão é a que apóia o fluxo dos acontecimentos naturais. A comissão, a que o nega. Assim, Tício, matando Caio a tiros, impediu a continuidade do movimento vida, em Caio; enquanto Tício, não socorrendo Caio que caíra numa lagoa, foi concausa para o resultado morte que já se desenvolvia naturalmente.

Esta visão, de modo geral, coincide com a de Pietro Nuvolone, para quem não procede a aparência enigmática do problema da causalidade omissiva:

*"Isso significa que a materialidade do fato consiste em não ter interrompido uma sucessão causal já IN ITINERE, colocando em ação outra sucessão causal capaz de interromper a primeira".*³⁷

Seguindo-se tal corrente, sob a idéia motriz de uma sucessão permanente dos fatos, seria ação a omissão, porque aquela precederia esta, tanto quanto omissão a ação, porque contraria a ordem natural das coisas.

Como distinguir, assim, num campo de pura especulação, ação e omissão? Impossível. Tal só se resolveria no campo ético, de valores, no qual ação seria contrariar o movimento natural, enquanto omissão seria apoiá-lo. O movimento natural, contudo, só importaria ao Direito Penal), enquanto bom, enquanto justo. Ter-se-ia a relevância causal resolvida meramente no campo ético, e, depois, do Direito. Daí que a relevância jurídica, tanto da ação como da omissão, reside no campo da **antijuridicidade**, acentuando-se tal característica na omissão (porque, quanto a

esta, só alguma é considerada, e só o é se antijurídica). Por isso a afirmação de Andreucci e Pitombo, de que *"as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuridicidade que ao tipo"* (referência n. 30).

Tal posicionamento, vê-se, resumir-se-ia na aceitação da causalidade omissiva (como relevância no mundo dos fatos) condicionada à sua antijuridicidade (pertinente à condição de garante), o que foi, em termos gerais, o posicionamento do legislador de 1984.

Com tão pouco de tipicidade, e tanto de antijuridicidade, fácil de concluir que se ameniza a questão de ofensa ao Princípio da Reserva Legal.

b) A teoria normativa

Sustenta-se, entretanto e ainda, uma opção meramente normativa para fundamentar a conduta omissiva.

Aí se inseriria o pensamento de Max Ernst Mayer, no sentido de que o descarrilhamento de um trem pode dever-se tanto à conduta omissiva de um guarda-vias desatento como à comissão do que empreende manobra errada. Para tal escritor, a conduta omissiva é **causação em sentido filosófico**.³⁸

Do mesmo modo Guex, para quem *"También los hechos negativos son condiciones. Nosotros decimos que la causa del incendio por el rayo es la falta de pararrayos, y la causa de la derrota de Waterloo ha sido la ausencia de Grouchy"*.³⁹

A todos assistiria a "teoria da ação esperada", de Mezger: *"La pregunta decisiva se formula así: Hubiera sido impedido por la acción 'esperada' el resultado que el derecho desaprueba? cuando esta pregunta se responde afirmativamente, la omisión es causal en orden al resultado"*.⁴⁰

(38) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 592.

(39) Idem, p. 593.

(40) Idem, p. 596.

(37) Ob. cit., p. 198.

Nessa linha, coube a Grispigni, para o esclarecimento do art. 40 do Código Penal italiano, a melhor formulação normativa:

*"En el párrafo primero — dice — se trata de enunciar en general la causalidad; y en el segundo se afirma em punto de vista normativo, que es el único que permite concebir causalmente da comisión por omisión".*⁴¹

A afirmação supra, para nossas terras transposta, encontra perfeito eco na crítica ao dispositivo equivalente, de nosso Código. Porque a omissão é causal, afirma-o o 'caput' do art. 13, no sentido mesmo que estabelece o nexo: não houvesse a omissão, não se daria o resultado. Mas nem toda omissão é **penalmente relevante**, porque só se é punido por não evitar o que se tem o dever de evitar, nas hipóteses normativamente alcançadas, que se resolvem no terreno da antijuridicidade.

c) Unem-se, pois e ao final, ambas as teorias, em fórmula híbrida, sendo de se aceitar que a omissão é causal, mas tal não basta para que seja relevante, precisando ser antijurídica. Daí que a enumeração expressa das hipóteses de dever jurídico se faz necessária.

6.2 O campo de abrangência dos crimes comissivos impróprios

a) Sua generalidade

Ousamos afirmar, de pronto, que praticamente todos os delitos comissivos podem vir a ser cometidos por omissão, daí a dificuldade criada pela ausência da previsão específica da punibilidade em cada tipo penal. Como acentua Zaffaroni, até mesmo um estupro, ou um furto, podem ser cometidos por omissão, figurando-se o primeiro no caso do médico encarregado da guarda de um manicômio que, enquanto toma banho de sol,

deixa que uma paciente pratique com ele o coito, sem fazer qualquer movimento; o segundo no caso do encarregado de vigiar a correia transportadora de jóias de uma fábrica, que deixa o seu trabalho, levando, conscientemente, jóia por acidente caída e enroscada em suas calças.⁴²

b) Crimes comissivos impróprios culposos

Apesar da oposição de notáveis cultores da ciência jurídico-penal, entendemos que o crime comissivo impróprio possa ser atribuído ao agente a título também de culpa.

Conforme Heleno Cláudio Fragoso, tanto comete crime comissivo por omissão o garantidor que se abstém de evitar o resultado por desejar a sua superveniência quanto o que, embora não a querendo, aquiesce em seu advento, ou o que, simplesmente, omite deveres de cuidado, conhecendo ou podendo conhecer o resultado que lhe cumpria evitar.⁴³ Ora, a este, o crime será imputado por culpa.

É que, como assinala H.H. Jescheck, sempre que o correspondente tipo de comissão admita a forma culposa, os delitos de omissão imprópria podem ser cometidos com culpa. Trata-se, como nos crimes comissivos, da inobservância do dever de cuidado.⁴⁴

Como resume Delmanto, configurando-se a obrigação de agir com a possibilidade de agir, *"se não agir para evitar o resultado, poderá ser responsável por este, a título de dolo ou de culpa"*.⁴⁵ E o reitera Jescheck: *"Los*

⁽⁴¹⁾ Idem, p. 599.

⁽⁴²⁾ Eugênio Raul Zaffaroni, trabalho apresentado ao Colóquio de Direito Penal, Rio de Janeiro, 20 a 23 de outubro de 1982.

⁽⁴³⁾ Lições de Direito Penal, p. 225.

⁽⁴⁴⁾ Hans Heirich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, § 59, VII.

⁽⁴⁵⁾ Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, p. 20.

delitos de omisión impropia no regulados en la ley pueden cometerse por imprudencia siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa".⁴⁶

Merece verificação, a respeito, a abrangente visão de Nuvolone:

"...a obrigação de não omitir todas as cautelas necessárias para evitar que se verifique uma situação perigosa, da qual surja um evento lesivo, está implícita em todas as normas sobre culpa (a esse propósito, como se verá, convém esclarecer que, em muitos casos, os crimes culposos são crimes cometidos mediante omissão)".⁴⁷

Ao analisar casos colhidos no Direito positivado, Asúa menciona um da jurisprudência argentina, de crime comissivo por omissão culposo, julgado em 1941, no qual um rapaz caíra n'um poço de cal, morrendo em consequência de queimaduras, e o réu (o construtor) teria omitido as cautelas indispensáveis: *"El hecho debe calificarse de homicidio omisivo por negligencia, categoria de delito que, al decir de Binding, 'ha merecido el honor de ser, en la escala de los delitos, el más pequeño entre los pequeños'"*.⁴⁸

c) Crimes comissivos impróprios tentados

Dúvida não há quanto à figuração da tentativa em tais delitos. Discorre a respeito, com a normal clareza, Munhoz Netto:

"Delitos de resultado, os omissivos impróprios sempre comportam a tentativa. Neles o fazer não importa necessariamente em consumação. Entre a omissão e o Summatum Opus pode surgir circunstância imprevista que impeça o advento do resultado (ex.: a

inesperada atuação de terceiro impede a morte do filho, não aleitado pela mãe).

O limite mínimo da tentativa punível não pode, entretanto, ser fixado pelo começo da execução a que alude o CP (art. 12, II). No comportamento omissivo não há nada comparável ao início da comissão ativa. Deve-se recorrer, portanto, ao critério da exposição do bem tutelado a perigo. A tentativa começa no momento em que a demora da ação salvadora faz surgir ou aumenta o perigo imediato".⁴⁹

d) A participação por omissão

Aqui, deve-se distinguir: trata-se da participação por omissão em crime comissivo. A participação é que é omissiva, caracterizando responsabilidade penal à guiza de crime omissivo impróprio. Da mesma forma é possível participação omissiva no próprio crime comissivo impróprio. A respeito, ensina Everardo da Cunha Luna:

"É admissível a participação por omissão em crime de ação ou de omissão. Assim, o vigia de uma casa que, na ausência dos moradores, assiste, impassível, à entrada de estranhos na casa, sem o consentimento ou contra a vontade de quem de direito, participa, por omissão, da violação de domicílio. Assim também o pai de uma criança que, impassível, assiste à esposa matando por inanição o filho comum, participa, por omissão, do homicídio".⁵⁰

6.3 A questão da possibilidade de agir

Não se caracterizará o delito comissivo por omissão se não tiver o sujeito ativo a possibilidade de agir. Isto significa a possibilidade material, física, no terreno da possibilidade fática, daí resultando que, se tentado evitar o resultado, não

(46) Ob. cit., Parte Generale, v. II, p. 868.

(47) Ob. cit., p. 199.

(48) Luis Jimenez de Asúa, ob. cit., p. 600.

(49) Alcides Munhoz Netto, ob. cit., p. 58.

(50) Everardo da Cunha Luna, ob. cit., p. 10.

se o consegue, dando-se o evento lesivo, não se poderá imputar ao agente a responsabilidade penal, porque não podia o que não pode. Desde que, é claro, se lance mão das possibilidades existentes e conscientizadas.

Mas significa mais: significa que só há possibilidade de agir se não houver risco pessoal para o agente. Trata-se, é claro, do risco ponderável, capaz de expô-lo a lesão tão ou mais grave que aquela a que já exposto o bem jurídico em perigo. O Direito Penal não pode exigir o sacrifício pessoal, contrário à natureza humana, adstrita ao instinto da sobrevivência.

Neste passo, não nos convence o sempre convincente Mirabete:

"Pode ocorrer que haja risco para aquele que se omite, indagando-se assim se deve ser responsabilizado pelo delito caracterizado pela omissão, ou seja, se é responsável pelo resultado quando se omitiu pelo perigo existente para um bem jurídico próprio ou alheio que lhe causaria a ação exigida para evitar o evento. É preciso verificar se a ação era juridicamente exigida ao omitente. Embora preveja a lei que o dever de agir só existe quando o sujeito pode agir, deve ele arrostar o perigo desde que no caso haja a probabilidade de evitar o resultado. A conclusão se impõe pelo sistema do Código. Basta observar que, ao tratar do estado de necessidade, a lei nega a justificativa àquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo (art. 24, §1.º). Se se adotasse a solução oposta, chegar-se-ia à conclusão de que a lei contém uma contradição: de um lado permitiria a justificação pela existência de risco para o omitente (art. 13, §2.º) e de outro excluiria a justificativa do fato quando houvesse perigo para quem tem o dever de enfrentá-lo (art. 24, § 1.º)".⁵¹

Ora, não se justificaria, por um lado, que se sacrificasse o direito de qualquer terceiro, que nada tendo com o fato acabaria sendo o único lesado. Por outro, a ninguém e em nenhuma circunstância pode o Direito Penal exigir a emulação.

Poucos discorrem a respeito, no Brasil. Delmanto, entretanto, afirma que *"Tanto a consciência da obrigação de agir como a possibilidade real de fazê-lo, sem risco pessoal, devem estar presentes"*.⁵²

Francisco de Assis Toledo, contrariamente, afirma que *"Não basta, pois, o dever de agir. É preciso que, além do dever, tivesse a possibilidade física de agir, ainda que com risco para sua pessoa"*.⁵³

"A situação de fato de que se origina o dever de agir é o estado de perigo iminente e evitável em que se encontra o bem jurídico, cuja incolumidade deve ser garantida pelo autor".⁵⁴

Ora, só é evitável o que não implique dano apreciável no agente, porque evitar resultado causando outro tão ou mais lesivo é pior que evitá-lo.

Ainda que seja por evocação de uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, não se poderia configurar relevância omissiva ao agente que obstado de impedir o resultado pelo grave risco a que submetido (Assim, quem lança alguém em piscina de águas profundas, sem saber que o ofendido não sabe nadar, está, evidentemente, obrigado a evitar o resultado se sabe nadar ele próprio. Se não o sabe, não estará obrigado. Responderá por homicídio doloso se não socorrer a vítima, no primeiro caso; e por culposos no segundo, bastando-se a análise da sua conduta comissiva). É-lhe inexigível conduta diversa.

(51) Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 1, Ed. Atlas, p. 104.

(52) Obra citada, p. 118.

(53) Obra citada, p. 118.

(54) Idem, Ibidem.

As incertezas oriundas da falta de previsão legal a respeito estão a reclamar, igualmente, a prefixação na lei do verdadeiro significado da expressão poder evitar o resultado.

7. Conclusão e síntese

A natureza dos crimes comissivos por omissão, no que tange à relevância causal, é precipuamente normativa, decorrendo do caráter de antijuridicidade, da abstenção de atuar, a sua punibilidade.

Assim sendo, é necessário, como o faz o Código atual, que se determine a sua relevância, ocorível quando houver o poder e o dever jurídico de evitar o resultado, sendo que o dever é de três espécies básicas: o legal; o contratual ou de 'garante'; o decorrente da criação da situação de risco.

Mais que isto, entretanto, seria necessário especificar, nos diversos tipos penais, expressamente, a possibilidade da configuração omissiva, assim atendendo os pressupostos do Princípio da Reserva Legal e ao mesmo tempo imprimindo maior segurança normativa.

O elemento subjetivo dos crimes omissivos impróprios é o mesmo dos comissivos: o dolo e a culpa, esta quando prevista no tipo penal respectivo.

É admissível a tentativa de crime comissivo por omissão, devendo-se atentar, entretanto, para que o início da execução, no sentido normativo do delito, dá-se quando o bem jurídico passe à exposição ao risco, pela demora na ação obstadora.

Pode ocorrer participação em crime comissivo por omissão. É o caso referido, do marido que não impede a mulher de não aleitar o filho comum. Tal não se confunde com a chamada participação por omissão, em crime comissivo, como no caso de empregada

que deixa a porta aberta, para a entrada do gatuno.

Só o dever jurídico não basta para a responsabilidade penal por omissão: é preciso que o agente tenha o domínio fático de impedir o resultado. Isto significa não só que tenha meios físicos como que a atitude salvadora não implique sacrifício que configuraria excludente, ainda que da inexigibilidade da conduta diversa.

É indubitável a necessidade de que conste do texto legal, ao menos, a previsão da relevância omissiva, sem o que se operaria em clara infringência ao Princípio da Legalidade, daí porque correto o posicionamento adotado no Projeto Alcântara Machado e equivocado o do legislador de 1940, em excluí-lo.

Mais que isto, ainda, há de se adotar (como feito em 1984) a enumeração hipotética dos deveres de agir, bem como, um passo adiante, a previsão, no próprio tipo penal, da possibilidade omissiva.

8. Bibliografia

- ANDREUCCI, Ricardo Antunes e outro. Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7.209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, 1985.
- ARAÚJO, Laurentino da Silva e outro, Código Penal Português Anotado, Coimbra Ed. Ltda., 4.^a ed., 1986.
- ASÚA, Luis Jiménez de, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951.
- BRUNO, Aníbal, Direito Penal, Parte Geral, T. 1.^o, Ed. Forense, 3.^a ed., 1967.
- COSTA, Paulo José da, Direito Penal Objetivo, Forense Universitária, 1989.
- CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General, Astrea, 3.^a ed.
- DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1976.
- FAVEIRO, Vitor Antonio Duarte e outro, Código Penal Português Anotado, Coimbra Ed. Ltda., 4.^a ed., 1966.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, V. I, t. 2.
- . Lições de Direito Penal, Parte Geral, Ed. Forense, 4.^a ed.
- FRANCO, Alberto Silva e outros, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 4.^a ed.
- GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, Ed. Max Limonad, V. I, T. I, 5.^a ed.
- HUNGRIA, Nélson, Comentários ao Código Penal, vol. I, t. 2, Ed. Revista Forense, 2.^a ed., 1953.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio E. de, Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, 15.^a ed., 1991.
- LUNA, Everardo da Cunha, O Crime de Omissão e a Responsabilidade Penal por Omissão, In Voxlegis, Ano XV, v. 173, maio de 1983.
- MACHADO, Alcântara, O Projeto do Código Criminal Perante a Crítica, Revista da Faculdade de Direito, v. XXXV, Fasc. I, janeiro a abril de 1939.
- MARQUES, José Frederico, Curso de direito penal, S. Paulo, Saraiva, 1954, v. I.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, I, Parte Geral, Ed. Atlas, S. Paulo, 7.^a ed.
- MUNHOZ, Alcides Netto, Os Crimes Omissivos no Brasil, in Ajuris, Ano X, 1983, novembro.
- NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, Ed. Saraiva, V. I, 17.^a ed.
- NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner Ed., Córdoba, 3.^a ed.
- NUVOLONE, Pietro, O Sistema do Direito Penal, vol. 1.^o, Ed. RT, 1981.
- PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes, Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7.209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, 1985.
- TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 4.^a ed.
- WELZEL, Hans, Derecho Penal Aleman, Editorial Jurídica de Chile, 3.^a ed.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul, Trabalho apresentado ao Colóquio de Direito Penal, Rio de Janeiro, 20 a 23/10/82.
- . Também:
- . The Criminal Code of the Republic of China, Shanghai, Kelly & Walsh Ltd., 1936.
- . Código Penal Tipo para Latinoamérica, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, 2.^a Reunião Plenária.
- . Exposição de Motivos n. 1, do CP de 1969, D.O.U. de 21.10.69.