

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO:

Divergências interpretativas e observações críticas

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estrutura jurídica: 2.1 Crime omissivo; 2.2 Elemento subjetivo; 2.3 Sujeito ativo; 2.4 Crime de trânsito; 2.5 Consumação e tentativa; 2.6 Natureza do risco e modo de execução; 2.7 Sujeito passivo – 3. Omissão de socorro qualificada: 3.1 Crime preterdoloso; 3.2 Indiferença: dolo ou preterdolo; 3.3 O passado no presente; 3.4 Observações crítico-metodológicas; 3.5. Síntese conciliatória – Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se de um estudo teórico-dogmático e crítico-metodológico do crime de omissão de socorro (CP, art. 135). Dá-se especial atenção às divergências interpretativas, sobretudo quanto à estrutura jurídica das formas qualificadas do parágrafo único. Propõe-se, no final, uma síntese conciliatória.

Palavras-chave: Omissão de socorro – Divergências interpretativas – Crime preterdoloso – Visão crítico-metodológica.

1. Introdução

O crime de omissão de socorro adquiriu redobrada importância após a vigência do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), que instituiu, dentre outros, delito análogo, com punição mais severa (art. 304). A exegese deste último envolve conhecimentos básicos da figura tradicional, a que me reporto de modo particular. De passagem, porém, ainda que perfunctoriamente, abordo também o novo crime de trânsito.

Eis o texto do Código Penal de 1940: “Art. 135. 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 de vida; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

Nota-se um típico delito de omissão. Além da explicitude de sua própria rubrica, o art. 135 do CP prevê claramente uma abstenção de conduta positiva: *deixar de prestar assistência*. Inexiste outro modo de praticá-lo a não ser através

de uma inação, de um não-fazer aquilo que está sendo exigido pela norma, ou seja, o socorro a quem dele necessita, nas circunstâncias descritas em lei. Trata-se, pois, de um crime puramente omissivo (omissivo próprio). Assim, não pode ser confundido com a classe dos delitos que, embora também admitam no tipo uma conduta omissiva, são praticados em regra através de uma ação, de um proceder ativo, militante, como no caso das lesões corporais e do homicídio (delitos impropriamente omissivos; delitos comissivos-omissivos).

Entretanto, como se verá oportunamente, não é fácil delimitar as fronteiras entre a omissão de socorro qualificada pela morte (art. 135, par. ún.) e os crimes de homicídio doloso ou preterdoloso (arts. 121 e 129, § 3.º), persistindo a dificuldade em relação à lesão corporal grave ou gravíssima (art. 129, §§ 1.º e 2.º) em confronto com a omissão de socorro seguida de lesão corporal grave.

Em última instância, o assunto fica entregue às idiossincrasias do intérprete com poder decisório. É este, numa visão realista do direito – exatamente a visão que mais nos interessa – que reescreve normativamente o delito, ao impor sua marca ou personalidade a uma categoria jurídica ainda hoje imaginada como propriedade exclusiva do legislador formal.

2. Estrutura jurídica

2.1 Crime omissivo

Já vimos na introdução: o delito é de natureza tipicamente omissiva. O que importa é a omissão de uma certa conduta, reputada obrigatória: a prestação de assistência, mostrando-se indiferente ao sistema o *modo* como o sujeito deixa de agir (permanecer parado; cruzar os braços; fazer o que estava fazendo; seguir em frente etc.). A lei cria por si mesma, soberanamente, o dever jurídico de socorro, desde que presentes as condições e circunstâncias por ela previstas. E o tipo delituoso consiste exatamente em deixar de cumprir a determinação legal.

2.2 Elemento subjetivo

De acordo com o par. ún. do art. 18 não pode haver nenhuma dúvida de que o crime do art. 135 só existe na forma dolosa. E mais: pelo exame, em conjunto, dos arts. 130 a 136, e confronto com outros dispositivos (por exemplo, arts. 121 e 129), esse dolo é de perigo, exclusivamente de perigo. O elemento subjetivo, adverte-se na Exposição de Motivos, “é a vontade consciente referida exclusivamente à produção do *perigo*. A ocorrência do dano não se compreende na volição ou dolo do agente, pois, do contrário, não haveria por que distinguir entre tais crimes e a *tentativa de crime de dano*” (item 43).

Como quer que seja, assim como o agente não quer matar ou ferir na hipótese do art. 132 ou nas hipóteses de abandono de incapaz (arts. 133 e 134), também

não quer matar ou ferir quando deixa dolosamente de prestar socorro. Ele tem apenas consciência da importância de sua ajuda – que evitaria, em tese, a continuidade ou agravação do perigo à vida ou saúde da vítima – e, mesmo assim, se omite, mas com dolo de perigo, direto ou eventual.

Há, de início, em outrem, uma situação de risco sem vínculo algum com o comportamento anterior do omitente. Diante desse quadro, claramente percebido, nega-se o sujeito a dar assistência ao periclitante. Surge ou persiste, em consequência, como que atrelado à omissão, um *resultado de perigo* que materializa o delito, consumando-o. É isso, no máximo, que o omitente *quer* (dolo direto) ou *aceita* (dolo eventual): o *perigo*. O dolo de homicídio se encontra totalmente deslocado na espécie, à semelhança do que se passa com todos os delitos de periclitación da vida e da saúde. Até mesmo os arts. 130, par. ún., e 131, em que se vislumbra o *dolo de dano* à saúde, se mostram francamente incompatíveis com o a intenção homicida. Lugar de resultado *morte* e dolo de *homicídio* é o art. 121 e parágrafos, capítulo dos crimes contra a vida, em que se inclui o art. 123 (infanticídio).

Os penalistas, aliás, quando analisam o dolo do art. 135, *caput*, mencionam com tranquilidade o perigo, nada mais que o perigo, em termos de subjetividade inerente à omissão. Tanto que, em havendo morte, apontam de imediato sua natureza culposa, indicativa de crime preterdoloso: dolo de perigo (omissão) e culpa quanto ao evento letal (art. 135, par. ún.). É que o dolo de perigo corresponde à culpa consciente de dano, se este ocorre na sequência dos acontecimentos. Alguns se arrependem dessa doutrina, pois afastam a figura do homicídio e lesão corporal se não preexiste da parte do omitente o que chamam de *específico* dever de agir (CP, art. 13, § 2.º). Desnorteados, porque não admitem o risco de impunidade, buscam o abrigo do par. ún. do art. 135, até então reservado, como vimos, a eventos meramente culposos. Não houvesse esse recurso estratégico, de forçada interpretação extensiva do art. 135, par. ún., em aparente prejuízo para o réu, o omitente seria acomodado ao *caput* do art. 135. Pior ainda: seria considerado inocente de qualquer delito, por falha do próprio Código. Assim, diferentemente do que se fez com os demais artigos do Capítulo (arts. 130, 131, 132, 133, 134 e 136), o art. 135 recebeu *de presente* o dolo de matar. Quem o presenteou? O intérprete! Ora, como fica o princípio constitucional da legalidade dos crimes? Resposta: este princípio só funciona quando corresponde, na hipótese, às expectativas ideológicas de um intérprete que disponha de efetiva liberdade e poder decisório.

Se as penas da forma qualificada, de tão ridículas, já constituem um incentivo ao delito, imagine-se uma omissão de socorro seguida de morte, com dolo de homicídio, sendo punida com *detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa!* Em linguagem atualizada, de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099, de 26.09.1995), seria o mesmo que deferir ao Estado o direito de tripudiar sobre a vida, a integridade física e a dignidade de vítimas indefesas e, por extensão, de seus familiares.

Esse tripúdio, aliás, ou pelo menos essa fria indiferença, permanecem visíveis mesmo quando se apela, como alternativa, mas em afronta à lógica do siste-

ma, para a forma qualificada da omissão de socorro (art. 135, par. ún.). Como explicar aos parentes da vítima que sua morte, ainda que abertamente desejada e confessada pelo réu, que poderia *sem dificuldades* evitá-la, constitui evento antijurídico punível, em tese, com ridícula pena de 3 a 18 meses de detenção, ou multa? Com que estado de espírito identificar a deformidade permanente, a cegueira total, a tetraplegia, a perda ou mutilação de braços e pernas – alvo e objeto da *intenção* do omitente – como infração penal de somenos importância, equiparada às contravenções penais?

2.3 Sujeito ativo

O crime é comum, no que tange ao sujeito ativo. Qualquer pessoa pode praticá-lo, desde que, ciente da necessidade de socorro, e podendo agir “sem risco pessoal”, deixe de prestar assistência ou de pedir “o socorro da autoridade pública”. Na grande maioria das vezes, a vítima é *encontrada* em situação de perigo. E na hipótese de o perigo ter sido provocado pelo próprio agente? Apesar das divergências, entendo que se ele age dolosamente – dolo de perigo – incide nas penas do art. 132, que absorve a omissão do art. 135, reputada como fato posterior impunível. Se o sujeito culposamente provoca o perigo ou procede sem nenhuma culpa e, na sequência, dolosamente se omite (dolo de perigo), incide também nas penas do art. 132, de conformidade com o disposto no art. 13, § 2.º, c. Entretanto, se o perigo está associado a uma lesão corporal ou homicídio culposos, a omissão de socorro funciona como causa especial de aumento de pena (arts. 121, §§ 3.º e 4.º e 129, §§ 6.º e 7.º).

É claro que certos vínculos para com o ofendido podem alterar a figura delituosa correspondente (por exemplo, *maus-tratos* – art. 136 – mediante privação de cuidados indispensáveis; *abandono* subsequente ao perigo provocado – arts. 133 e 134; *omissão de socorro, sem justa causa, a descendente ou ascendente gravemente enfermo* – art. 244).

2.4 Crime de trânsito

Por outro lado, a omissão de socorro cometida no trânsito, pelo *condutor* do veículo de que resultou (em regra, *sem culpa*) o acidente, recebe agora uma apenação bem mais severa: detenção, de seis meses a um ano, ou multa (art. 304). Se a vítima, na sequência, vem a morrer, prevalece com exclusividade o correspondente crime culposo do *Código Penal* (art. 121, § 3.º), praticado por omissão. Entretanto, por força de punição mais severa, permanece o enquadramento no art. 304 mesmo que a vítima, na sequência da omissão, sofra lesão corporal de maior gravidade (CP, art. 129, § 6.º).

E se é o próprio condutor que, por culpa, ocasiona o perigo, mas sem causar lesão corporal à vítima? Também neste caso, ao omitir-se, responde pelas penas do Código de Trânsito (art. 304). A superveniência de dano (lesão corporal ou

morte) desloca o fato, com exclusividade, para as figuras culposas correspondentes do próprio *Código de Trânsito* (arts. 302, III, ou 303, par. ún.).

De acordo com o parágrafo único, persiste a pena “ainda que a omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves”. A referência à morte instantânea confere ao delito uma inesperada amplitude, inexistente no art. 135 do CP, que está inserido no capítulo atinente à periclitção da *vida* e da *saúde*.

Os penalistas reagiram categoricamente: texto absurdo, crime impossível, vício de inconstitucionalidade.

Entendo esse inconformismo. Por sinal, continuo preferindo que o rigor da legislação de trânsito se concentre no âmbito civil ou administrativo (“Prevenção de acidentes de trânsito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (16): 231-237, out./dez. 1996, São Paulo, RT; “Crimes de trânsito: interpretação e crítica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (25): 174-188, jan./mar. 1999, São Paulo, RT).

Nada obstante, examino o texto legal em sua razão e objetividade. Mesmo que literalmente se fale, no *caput*, em “imediato socorro à vítima”, o fato é que o parágrafo único, como norma de extensão ou de interpretação da própria lei, voltou ao tema com a clara preocupação de explicar-lhe o sentido e campo de incidência. Entre a frieza do réu, de pouco se importar com o destino e decomposição do corpo da vítima, e a ideologia social de proteção e respeito ao cadáver, optou o legislador por esta última. Parece, aliás, que continuam em vigor os arts. 209 a 212 do CP (Dos crimes contra o respeito aos mortos) e, dentre outros, os arts. 14 e 19 da Lei de Transplantes (Lei 9.434, de 04.02.1997). Além do mais, a regulamentação jurídica do “crime impossível” é tema de alçada exclusiva do legislador, nos limites da Constituição. E a lei pune a quem, no mínimo com dolo eventual, deixa o corpo da vítima, com ou sem vida, entregue à própria sorte.

2.5 *Consumação e tentativa*

Voltemos ao art. 135 do CP em vigor. Consuma-se o delito no momento da omissão, isto é, no momento em que o sujeito deliberadamente se nega a prestar o auxílio imposto por lei. Trata-se de crime instantâneo, embora não seja fácil, em teoria, determinar o tempo juridicamente relevante para o reconhecimento imediato da consumação. Se o sujeito está em dúvida quanto às circunstâncias e necessidade de socorro é claro que ainda não cometeu o delito. Tendo certeza, no entanto, da situação de perigo, e dolosamente se recusando, com sua inércia, a prestar a devida assistência, comete o crime, que se consuma automaticamente. Sobretudo no trânsito (CTB, art. 204), o condutor, apavorado com o fato, pode sentir-se desorientado, perdendo momentaneamente o domínio de sua conduta. Fica difícil, nesse estágio, caracterizar o delito.

Parece haver consenso na doutrina, de um modo geral: a omissão de socorro “não admite tentativa, pela impossibilidade de fracionar-se o processo executivo,

com início de execução" (Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: parte especial*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 164). Em outras palavras, o resultado de perigo coincide com a própria omissão e, portanto, na lição de Magalhães Noronha, "ou o agente não socorre e dá-se a consumação, ou pode ainda socorrer e não se caracteriza a execução parcial do tipo" (*Direito penal*, IV, 21. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 97). Insisto, contudo, na exigência de dolo e, não, de culpa. Se o sujeito, assustado com a situação da vítima, demora a assumir seu papel, como a estudar momentaneamente a melhor maneira de agir, não comete ainda o delito. O dolo envolve tanto a consciência da necessidade de socorro quanto da possibilidade física e psicológica de prestar assistência, sem risco pessoal e, mesmo, sem risco maior para a própria vítima. Na seqüência, consuma-se o delito com a omissão livremente desejada (dolo direto) ou aceita (dolo eventual).

2.6 Natureza do risco e modo de execução

A lei menciona o risco *pessoal* como limite da obrigação de socorrer. Refere-se, portanto, à vida e integridade física do omitente. Se o risco é de natureza patrimonial, e de pequena monta, não há como escapar do enquadramento típico. Quem se nega a prestar auxílio porque vai consumir gasolina ou sujar de sangue o banco de seu carro, ou deixar de realizar algum negócio, perdendo dinheiro, comete inapelavelmente o delito em pauta. Se o risco é de outra natureza (auto-incriminação delituosa; exposição paralela à desonra própria etc.) e se o perigo para a vítima se resume à saúde, não à própria vida, pode o omitente escudar-se na inexigibilidade de outra conduta, ou estado de necessidade (CP, art. 24).

O socorro prestado, se insuficiente, não elimina o dever de assistência de outras pessoas. Cada um, porém, responde por sua própria omissão (autoria colateral). Não é impossível o concurso de agentes: aquele que, de sua cadeira de rodas, induz outrem à conduta omissiva, que se concretiza, responde pelas penas correspondentes ao delito (CP, arts. 29 e 30).

E se o sujeito, sem condições de socorrer, deixa de pedir o auxílio da autoridade pública, porque seria inoperante, e deixa concomitantemente de solicitar o auxílio (este, sim, válido e eficiente) de pessoa ou instituição *particular*? Tem-se a impressão inicial de que não cometeria crime, por falha ou imprevisão do sistema. É que o texto parece limitar-se a dois comportamentos: assistência *pessoal* (e sem riscos) ou solicitação do auxílio da autoridade *pública*. Da mesma forma, o texto do Código de Trânsito (art. 304). Prevalece, no entanto, o *espírito* da lei: o "risco pessoal" não se restringe à conduta diretamente voltada para a vítima. O "risco pessoal" é mais abrangente, porque vinculado a qualquer gesto capaz de resolver, *por si só ou através de terceiros*, o drama do sujeito passivo. É isso que se busca, aliás, na vida real, quando se encaminha a vítima para uma instituição hospitalar: a assistência de *outrem*, o socorro complementar de quem se mostraria habilitado para a tarefa.

Destarte, se o perigo de vida poderia ser estancado pelo socorro de hospital da rede privada, situado nas proximidades, e se alguém se nega terminantemente

a utilizar seu telefone celular, ou dirigir-se até o local, para a solicitação de ajuda, comete o delito. Este consiste, basicamente, em "deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal". Se é desaconselhável, e até muitas vezes contra-indicado, por falta de conhecimentos técnicos, improvisar duvidoso auxílio a uma pessoa acidentada, não há nenhum risco ou contra-indicação no apelo a terceiros. Configura-se, portanto, o delito, uma vez que se deixa de prestar exatamente a devida assistência, nos limites das possibilidades de cada um. A propósito, se uma pessoa não pode sem o concurso de outra remover um objeto que, por acidente, comprime o corpo da vítima ferida, nem por isso escapa de enquadramento típico se dolosamente omite a sua cota de participação.

2.7 *Sujeito passivo*

Complica-se a matéria quando se procura definir, com precisão técnica, o sujeito passivo da omissão de socorro.

A doutrina está dividida. A lei fala em criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Entretanto, várias combinações são possíveis, na tentativa de resolução desse conhecido exemplo de ambigüidade normativa.

A primeira opção, que seria, dentre outros, a de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, V, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 441-442) e Galdino Siqueira (*Tratado de direito penal: parte especial*, III, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, p. 147) parece fluir com naturalidade da pontuação gramatical constante do corpo do artigo: a) criança abandonada; b) criança extraviada; c) pessoa inválida, ao desamparo; d) pessoa inválida, em grave e iminente perigo; e) pessoa ferida, ao desamparo; f) pessoa ferida, em grave e iminente perigo.

Variante: a) criança abandonada; b) criança extraviada; c) pessoa inválida, ao desamparo; d) pessoa ferida, em grave e iminente perigo.

Criança abandonada é a criança entregue à própria sorte, afastada fisicamente do círculo de proteção de seus familiares ou responsáveis, qualquer que tenha sido o fim ou motivo de quem a deixou em tal situação. Criança extraviada é a criança perdida, sem que se cogite, no caso, de dolo de abandono, mas de possível negligência ou infortúnio pessoal daqueles que deveriam tê-la em sua vigilância ou companhia. O denominador comum do *abandono* ou *extravio* constitui o quadro de perigo à vida ou saúde inerente à incapacidade física e psicológica de autodefesa da criança.

Pergunta-se: qual a idade da criança, para os efeitos da lei penal?

O texto nada esclarece. Considerando que a lei, segundo a maioria dos autores, presume o perigo pelo simples fato do abandono ou extravio, como tal percebido pelo omitente, segue-se a cautela de uma idade que não deixe a menor dúvida, nas circunstâncias, quanto à necessidade de assistência. Em outras palavras, haja vista o considerável número de crianças que perambulam, nos grandes cen-

tros urbanos, pelas ruas, sob os olhares e indiferença dos adultos, dificilmente alguém escaparia de punição, em tese. Um pouco, pois, de *realismo*: se a criança de 10 ou 11 anos de idade, por força do hábito, apesar do infortúnio, sabe defender-se dos riscos de ordem pessoal (riscos ligados à vida, saúde e integridade corporal), somente será vítima do crime do art. 135 se estiver efetivamente ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Como sempre, trata-se de matéria de fato, sendo certo que o índice de gravidade do perigo se mostra inversamente proporcional à idade da criança. "Não existe fixação de idade - assinala Romeu de Almeida Salles Júnior - de modo que 'criança', para a lei, é aquela que não pode ainda se defender, dependendo da análise do caso concreto" (*Código Penal interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 373). Em certos casos não dá para escapar da evidência de que a idade, de tão baixa, faz presumir de modo absoluto a necessidade de assistência (criança de meses; de alguns anos de idade: três, quatro, cinco anos, por exemplo).

Correta, como regra geral, a observação de Custódio da Silveira: pressupõe logicamente o art. 135 "que se trate de menor em idade que ainda exija vigilância pessoal imediata, ou em idade em que normalmente não se permite ande sozinha ou desacompanhada de pessoa adulta" (*Direito penal: crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : RT, 1973. p. 191).

Pessoa inválida - com inclusão óbvia de qualquer criança, mesmo não abandonada ou extraviada - é aquela que, por deficiência física ou biológica, permanentemente ou transitória (doença, paraplegia, cegueira, embriaguez, mal súbito etc.), não pode por si só resguardar-se do quadro de perigo relacionado com a deficiência. Diga-se o mesmo da pessoa ferida, como tal considerada a que sofre lesão corporal, ainda que por ela mesma provocada, como no caso de tentativa de suicídio.

Se a pessoa ferida pode proteger-se por si mesma do dano em seu próprio corpo, ou se a pessoa inválida já se encontra sob amparo ou proteção de outrem, não há como cogitar-se do crime de omissão de socorro. A lei exige mais, ou seja, exige que a pessoa inválida ou ferida se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Estaria completa essa lista?

Como lembra Custódio da Silveira, ficou fora "a pessoa válida ou fisicamente sã, ainda que se encontre ao desamparo ou em grave e iminente perigo" (op. cit., p. 191). Exemplos corriqueiros: início de incêndio, risco de afogamento, perigo de queda de local elevado etc. Parece-lhe então impossível, em face da redação da lei, "evitar o entendimento de que só poderão ser sujeitos passivos do crime de omissão de socorro a criança abandonada ou extraviada e a pessoa inválida ou ferida" (op. cit., p. 192). É a opinião, igualmente, de Aníbal Bruno, que invoca o princípio da reserva legal: "Teríamos uma interpretação para além do texto, que importaria na incriminação de fato novo, como seria a omissão de socorro a pessoa em grave e iminente perigo, não estabelecida na lei" (*Direito penal*, IV. Rio de Janeiro : Forense, 1966. p. 257).

Bento de Faria, em frontal divergência, inclui as pessoas válidas e saudáveis. E não vê na solução que preconiza nenhuma “*interpretação extensiva*”, mas tão-somente por força de compreensão, desde que os casos são idênticos, subsistindo a mesma razão de proteção para não omitir o socorro” (*Código Penal brasileiro comentado*, IV. Rio de Janeiro : Record, 1961. p. 131).

O que Bento de Faria pretende dizer é que não está cometendo nenhuma heresia jurídica, uma vez que a ambigüidade natural do texto permite mais de uma opção, e aquela que ele apresenta, “desde que os casos são idênticos”, se mostra bem mais razoável.

Não deixa de ser curioso anotar-se que ele rejeita, em tese, a interpretação extensiva no âmbito do direito penal, o que constitui um equívoco, *data venia*. No momento em que se proíbe a interpretação extensiva, inconfundível com a analogia, se proíbe em verdade o próprio mecanismo de interpretação e, como possível consequência, o respeito à vontade da lei ou do legislador. Além disso, os livros de doutrina e de jurisprudência estão repletos de exemplos reais de autêntica interpretação extensiva – e até de analogia *in malam partem*: esta, sim, dogmaticamente inaceitável. A prática teórica ou judicial desmente a toda hora um simples discurso acadêmico, fadado ao insucesso e à contradição.

A maioria dos penalistas, à semelhança de Bento de Faria, adota o ponto de vista de que a vítima pode ser qualquer pessoa, desde que em grave e iminente perigo. Dentre outros: Heleno Fragoso, *Lições de direito penal: parte especial*, cit., p. 133; João Bernardino Gonzaga, *O crime de omissão de socorro*, Rio de Janeiro, Max Limonad, 1957, p. 121; Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1988, p. 257; Magalhães Noronha, op. cit., p. 95; Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, II, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 63; Mayrink da Costa, *Direito penal: parte especial*, II, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 204; Damásio de Jesus, *Direito penal*, II, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 154-155; Wiliam Wanderley Jorge, *Curso de direito penal*, II, Rio de Janeiro, Forense, p. 204; Romeu de Almeida Salles Jr., op. cit., p. 372-373; Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 149.

Entendo ser mais fácil, hoje, à luz dos novos tempos e da Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, *caput*, dentre outros), sustentar este último ponto de vista. Além disso, o que é uma pessoa inválida? Não deixa de ser *inválido*, nas circunstâncias, aquele que, apesar da excelente saúde, não sabe nadar, ou não tem forças para arrebentar a porta de um compartimento em chamas. Por que aguardar o momento em que ele comece a ferir-se, a fase inicial de afogamento ou de queimadura? E mesmo que se adote um sentido estreito para a expressão “inválido”, o fato é que a lei, na ambigüidade do seu texto, fala em “pessoa ... em grave e iminente perigo”. A vítima, em última instância, não precisaria estar inválida. Seria um tremendo absurdo imaginar que o legislador manifestasse total desinteresse pela vida de pessoas saudáveis, com inclusão, nesse desinteresse, de crianças de um modo geral, não abandonadas nem extraviadas!

A *Magna Carta*, aliás, não permite discriminação de qualquer espécie. Razão, bom senso, interesse social, bem comum, equilíbrio e justiça jamais podem ser negligenciados no momento em que se procura, no texto, um sentido e alcance compatíveis com a ideologia do próprio Código e, sobretudo, de um direito em evolução, agasalhado pela estrutura e princípios básicos de uma Constituição política de cunho democrático.

É bom insistir. Imagine-se uma pessoa hígida, mas fortemente amarrada a uma árvore, em local ermo. Ou de pés e mãos atados – e por isso totalmente imobilizada – no meio de uma via pública, numa cidade qualquer. Essa pessoa, vítima desde logo de grave delito (roubo, seqüestro etc.), se encontra desamparada e, se não for socorrida, corre sério risco em sua saúde e mesmo em sua própria vida. Ainda assim, como observamos, parcela da doutrina não vislumbra no omitente a prática de qualquer crime, por falta de previsão normativa (princípio da tipicidade).

Essa corrente restritivista, não vendo *delito algum* na omissão de assistência, *mesmo se a pessoa vem a morrer*, parece reduzir a hermenêutica jurídica à servidão do texto, como se este, em sua aparência, jamais contivesse resquícios de vagueza e ambigüidade. Ocorre que o legislador constituinte, se de um lado ratificou o princípio da reserva legal, de outro lado garantiu a todos, sem qualquer distinção, o direito à vida e à dignidade. Não cabe ao legislador ordinário, direta ou indiretamente, opor-se a essa diretiva. Há de presumir-se o contrário, que a lei reflita o bem comum, o interesse coletivo. Vale, na lei, o seu *espírito*, que é o espírito sintonizado com as premissas básicas de solidariedade social, sem discriminações.

3. Omissão de socorro qualificada

De acordo com a lei, a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte (par. ún. do art. 135). Como se apresenta a estrutura desse delito em sua forma qualificada?

3.1 Crime preterdoloso

Já toquei no assunto na Introdução e no item relacionado com o elemento subjetivo do art. 135. Deixei bem claro que se está diante de um delito que reclama, com exclusividade, o dolo de perigo. Assim, se da omissão de socorro advém lesão corporal de natureza grave, ou advém a morte, há de se concluir que esses eventos não podem ser imputados a título de dolo, mas de culpa. O art. 135, par. ún., traduz inquestionavelmente um crime preterdoloso.

Nunca existiu no Código o menor indício de que a intenção de ferir ou matar seria compatível com a desprezível figura da omissão de socorro qualificada. O título do Capítulo III (Da periclitção da vida e da saúde); o exame lógico-sistemático dos artigos nele inseridos (130 a 136); o confronto com os Capítulos anteriores (crimes contra a vida; das lesões corporais); a consulta à Exposição de Motivos (n. 43); por fim, indagações de ordem ética, de justiça, de bom senso, de

política criminal – tudo, em suma, conduzia à certeza de que a intenção de *ferir* ou de *matar* não cabia nos estreitos limites de um delito modestíssimo, apenado com multa alternativa!

Houve dolo de ferir, de matar? Serenamente, sem nenhuma dificuldade exegética, os autores, em regra, apontavam a solução correta: arts. 129 e 121.

Coerentemente, diversa era a conclusão quando eles analisavam os resultados de dano (lesão grave ou morte) do par. ún. do art. 135. Ensinava Bento de Faria: “Esses resultados, *não devendo ser intencionais*, não modificam a natureza do crime, que permanece o mesmo, apenas punido com maior severidade, ficando demonstrada a relação de causalidade entre esses fatos e a omissão de socorro” (op. cit., p. 133). Mais adiante: se, porém, “ficar provado o propósito da realização daqueles eventos, o crime será o previsto nos arts. 121 ou 129” (ibidem).

Para Aníbal Bruno, o crime do art. 135 é “crime de perigo, mas da omissão do agente pode resultar lesão corporal ou mesmo a morte, o que aumentará o índice da pena, mas se a lesão sobrevém e o omitente admitiu que ela ocorresse, aceitando esse risco, há crime de dano por dolo eventual” (op. cit., p. 254).

Também Frederico Marques: “O crime de omissão de socorro, como o próprio *nomen juris* o está indicando, é infração penal *omissiva*. Trata-se, ao demais, de crime de perigo, e não de crime de dano. Quem se omitisse ou se quedasse inerte, com o fim de causar dano à incolumidade física da vítima, estaria cometendo ou crime contra a integridade corporal desta, ou crime de homicídio, ou então, tentativa de morte” (op. cit., p. 333-334).

Indicava Jorge Severiano Ribeiro como um dos requisitos do crime de omissão de socorro a “ausência de intenção de lesar a pessoa” (*Código Penal Comentado*, III, 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1945, p. 178). Era essa, também, a opinião de Nelson Hungria (op. cit., p. 381 e 445).

3.2 Indiferença: dolo ou preterdolo

Nem todos concordavam. João Bernardino Gonzaga, a par de outros motivos, aduzia que um crime omissivo puro não poderia, em absoluto, ser transformado em comissivo por omissão. Se tal acontecesse, na hipótese descrita pelo art. 135, par. ún., a punição por homicídio “repousaria na exclusiva direção do pensamento; ou melhor, o castigo teria por base um simples desejo, contrariando assim a velha parêmia, ainda em vigor, de que *statuti puniunt factum et non animum*” (op. cit., p. 183).

A punição por homicídio, no entanto, segundo me parece, se ancorava na estrutura do próprio Código: arts. 121 ou 129 c/c os arts. 11 (atual art. 13) e 15 (atual art. 18). A opção pelo art. 135, par. ún., é que se apoiava, *data venia*, na “exclusiva direção do pensamento”, quer dizer, no pensamento ideológico do *intérprete*. Era este que transformava a lei a seu talante, ainda que santificado pelas boas intenções.

Eminentes penalistas, nas últimas décadas, diante do risco de erro judiciário, ou de perseguição política dos órgãos estatais (delegado de polícia, promotor de justiça, juiz de direito, dentre outros) contra os autores de crimes de dano praticados por omissão, também diminuíram o campo de incidência dos arts. 121 e 129 do CP e, de quebra, ampliaram os limites do art. 135, par. ún. "Autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado. Trata-se, pois, de *crime próprio*" (Heleno Fragoso, *Lições de direito penal: a nova parte geral*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 242).

Em termos atualizados, essa autoria própria, exclusivista, estaria compreendida nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 2.º do art. 13, que dogmatiza a omissão relevante. Assim, não havendo qualquer vínculo prévio (paternidade, contrato, aceitação do encargo, provocação do perigo etc.) entre o omitente e o periclitante, segue-se a impossibilidade jurídica, na conduta omissiva, das figuras delituosas correspondentes: lesão corporal e homicídio. Como prêmio de consolação, mas à revelia do sistema, indica-se a forma qualificada do art. 135, par. ún..

Dentre outros, além de João Bernardino Gonzaga e Heleno Fragoso, negam firmemente a figura do homicídio: João José Leal, *Curso de direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991, p. 179; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 118; Miguel Reale Júnior, *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*, São Paulo, RT, 1988, p. 48; Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, II, São Paulo, Atlas, 1995, p. 138; Juarez Tavares, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 78 e 86-87; Flávio Augusto Monteiro de Barros, op. cit., p. 16 e 147.

Este último, contrariando o próprio Heleno Fragoso, que liderou, no Brasil, a corrente limitativa, chega a enxergar omissão de socorro qualificada e, não, homicídio doloso, se o motorista atropela sem culpa a sua vítima e, identificando-a como seu inimigo, deixa propositamente de socorrê-la, na esperança de que morra. Note-se que não se cogita, na época, do novo Código de Trânsito Brasileiro. Explica Monteiro de Barros: "Com o devido respeito, o dever jurídico específico de agir, emanado do art. 13, § 2.º, c, só tem incidência quando o perigo é causado ao menos culposamente. Desse modo, no exemplo figurado, o agente responderá apenas pelo delito de omissão de socorro, malgrado o dolo de matar" (p. 147). Fico a imaginar a hipótese de exímio nadador que, sem culpa, concorre para que uma criança de 3 ou 4 anos de idade caia nas águas de uma piscina de adultos. O nadador, verificando tratar-se do filho de seu inimigo, deixa sumariamente de socorrê-lo, pois aceita e quer o desenlace fatal, que ocorre. De modo semelhante, a hipótese de um motorista de táxi. Este, surpreendido sem culpa por uma criança que, correndo, invade a pista, quebra-lhe a perna em decorrência do impacto, havendo ainda perda de sangue em outras partes do corpo. O taxista desce do automóvel, cruza os braços e assiste, sadicamente, ao sofrimento da pobre vítima. Depois segue em frente, antegozando o prazer de vê-la morta. A criança morre, fato que não ocorreria se fossem toma-

das as providências cabíveis, todas elas ao alcance do motorista. Em ambos os casos: omissão de socorro qualificada, aduziria Monteiro de Barros, e isso, conforme reconhece, “malgrado o dolo de matar”.

Essa distinção interpretativa quanto à letra *c* nos conduz ao cerne da hermenêutica jurídica, de seus limites como instrumento de acesso à verdade objetiva do sistema legal. O intérprete com poder decisório, dispondo de suficiente liberdade, acaba impondo sua vontade ideológica a todo e qualquer texto normativo. O direito penal, em última instância, não se resolve com a lei, e sim, com a lei tal como a enxerga o jurisconsulto – a lei em suas múltiplas e contraditórias aparências.

Também a letra *a* do § 2.º do art. 13 fica sujeita a eventuais idiossincrasias do exegeta. Ali se consigna que o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Como vimos, a última corrente, benéfica para com os acusados, restringe a incidência da norma aos delitos comissivos por omissão, e sempre no pressuposto de um *específico* dever de agir, de um vínculo personalizado entre o omitente e o periclitante, inconfundível com o dever genérico de socorrer, válido para qualquer pessoa. Dá-se ao texto uma interpretação *restritiva*: qualquer lei, *menos* a lei penal. Por exemplo: *menos* o art. 135 do CP, que acabaria reivindicando, com exclusividade, o enquadramento jurídico-penal de resultados culposos ou dolosos, indistintamente.

Contudo, é pouco falar em *especial* dever de evitar o resultado, a lembrar, quanto ao sujeito, seu “papel de garantidor”. É que permanece uma certa vagueza na lição doutrinária referente a esse papel. Para Cezar Roberto Bitencourt não praticam omissão de socorro qualificada, mas homicídio, os médicos que se negam “a atender determinado paciente em perigo de vida, e que em virtude dessa omissão venha a morrer”. Esclarece que diferentemente do que se afirma na mídia (e eu acrescento: na jurisprudência!) o crime que os médicos praticam “não é *omissão de socorro*, mas *homicídio*, ainda que culposos, porque o médico tem essa *especial função de garantir* a não-superveniência de um resultado letal, e esse *dever* lhe é imposto por lei” (*Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1997. p. 203).

Trocando em miúdos, o diploma de médico e inscrição no órgão de classe, independentemente de qualquer outro detalhe (por exemplo, a aceitação *prévia* do encargo, a pedido do doente ou de seus familiares, ou o desempenho da função de plantonista de instituição hospitalar), remetem a omissão de socorro, em havendo morte, para o art. 121, § 3.º. Motivo: o dever de agir imposto por lei (art. 13, § 2.º, *a*). A grande maioria dos autores, nada obstante, prefere a hipótese da alínea *b*, que exigiria do médico (ou, se for o caso, do enfermeiro) que ele houvesse, de algum modo, e com antecedência, assumido a responsabilidade de impedir o resultado. Dentre outros: João José Leal, op. cit., p. 181; Jair Leonardo Lopes, *Curso de direito penal: parte geral*, São Paulo, RT, 1993, p. 114; Edmundo Oliveira, *Comentários ao Código Penal: parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 187; Fernando de Almeida Pedroso, *Direito penal: parte geral*, 2. ed., São Paulo, Leud, 1997, p. 115; Ney Moura Teles, *Direito penal: parte geral*, I, São Paulo, LED, 1996, p. 215).

Portanto, nem ao menos o auto-enquadramento nesta ou naquela corrente hermenêutico-dogmática constitui garantia de que, no caso concreto, ainda que banal, se alcance a desejável uniformidade interpretativa.

3.3 O passado no presente

Acontece que nem todos concordam com a exegese restritiva, mesmo após a vigência da nova Parte Geral, de 1984. Quer dizer, há quem faça eco às lições mais antigas – por exemplo, às lições de Aníbal Bruno, Bento de Faria e Frederico Marques.

Romeu de Almeida Salles Júnior, incluindo a “norma jurídica civil ou penal” (grifos meus) como fonte da obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13 § 2.º, *a*), e falando em preterdolo na hipótese do art. 135, par. ún., *parece* indicar, na hipótese de dolo quanto ao resultado mais grave, as figuras delituosas correspondentes: homicídio e lesão corporal (op. cit., p. 23 e 373).

Mayrink da Costa se mostra mais explícito: “Se houver o *animus necandi* ou *laedendi*, as figuras típicas são dos arts. 121 e 129 do CP” (op. cit., p. 208).

Ouçamos Ariosvaldo de Campos Pires: “Evidente que, se os resultados que qualificam os crimes foram queridos, ao menos eventualmente, outras serão as infrações: homicídio doloso e lesão grave dolosa” (*Compêndio de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 87).

Mais recentemente, Victor Eduardo Rios Gonçalves, ao analisar o par. ún. do art. 135: “Em razão do montante da pena, conclui-se que as qualificadoras são exclusivamente preterdolosas, ou seja, o resultado lesão grave ou morte deve ser culposos” (*Dos crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 77). No pressuposto óbvio de que o ilustre professor conhece o significado básico de *exclusivamente*, segue-se de modo irretorquível que ele afasta da modesta forma qualificada do art. 135 a morte dolosa cometida mediante omissão de socorro.

3.4 Observações crítico-metodológicas

Voltamos, assim, à estaca zero. E às conseqüências de sempre, no plano pedagógico. A divergência, que é séria, ilustra a tese do esgotamento da “moderna” dogmática. Nenhum penalista, nacional ou estrangeiro, descobriu até hoje a técnica hermenêutica universal, objetiva, desinteressada, capaz de sobrepujar-se a qualquer outra e neutralizar, de passagem, a subjetividade inerente ao labor exegético.

Em matéria de identificação ou descoberta do direito não bastam portanto as leis, que se somam a tantas outras e parecem contradizer-se no plano intrassistemático. Não bastam as teorias ditas “ontológicas”, porque lhes falta, em essência, o conteúdo imediato, o significado intrínseco absolutamente unívoco. Não bastam as evidências ou intuições de ordem racional, subjetivas, já que elas se anulam entre si, no choque ideológico das preferências ocasionais. Se assim

não fosse, os bons penalistas não deveriam divergir em questões fundamentais e muito menos em torno de hipóteses corriqueiras do dia-a-dia forense. Mas eles divergem. E a explicação não pode continuar atrelada ao falacioso discurso do erro de uns e acerto de outros.

Ter visão crítica, e aplicá-la na questão em exame, é perceber a relatividade das coisas, a interferência dos valores pessoais do exegeta na tarefa impossível de apontar caminhos e soluções uniformes, padronizados; é duvidar da pretensiosa “evolução” de uma dogmática entrecortada de avanços e recuos, eis que intrinsecamente contraditória e repetitiva em suas novas roupagens.

Com efeito, a dogmática de hoje valoriza a lei, por seu significado político, mas abomina – e com razão, em parte – o que se positivou legislativamente sobre os crimes hediondos; valoriza a lei, mas entrega o destino do réu, em última instância, nos crimes dolosos contra a vida, à soberania de um tribunal do júri autorizado a decidir *contra* ela, mesmo em detrimento de uma possível inocência do acusado e sem necessidade de fundamentação (CPP, arts. 464, 486 e 493); valoriza a lei, mas acata e dissemina soluções tópicas oportunistas, distanciadas das instruções do legislador; em suma, valoriza a lei, mas introduz, a cada instante, em seu vasto e culto repertório, os antídotos de ocasional e momentânea conveniência: analogia, costumes, política criminal, estruturas lógico-objetivas, bom senso, razão, equidade, justiça, progresso, adequação social.

Sempre foi assim, e é isto o que se passa igualmente com a solução que se pretende ancorada na lei e no direito quando se analisa o art. 135, par. ún. Apesar das aparências e da complicada sofisticação argumentativa, e sem embargo da sabedoria e cultura óbvias de eminentes jurisconsultos, o fato é que o direito penal, por sua natureza intrínseca, não cabe nos limites acanhados de nenhuma dogmática em particular. O direito penal, em sua imanente historicidade, exige muito mais do que seu ilusório confinamento a teorias ontológicas (por exemplo, finalismo da conduta; estruturas objetivas do crime ou da pena etc.) ou a sistemas legais herméticos e hierarquizados, a partir da Constituição.

Façamos uma análise comparativa. A mãe que, por dificuldades econômicas, abandona perigosamente o filho de poucos meses no quintal de uma casa, de madrugada, na esperança de vê-lo recolhido no mesmo dia, incide nas penas do art. 133. Quais os limites punitivos da lei? Detenção de 6 meses a três anos, com acréscimo de 1/3, nos termos do § 2.º, II, ainda que a criança não sofra nenhuma lesão corporal, por levíssima que seja. Aí está: punição muito mais severa do que aquela que se reserva para a omissão de socorro *qualificada pela morte*! E mais, se a criança *morre* (fato que será lamentado pela mãe, que desejava o melhor para o seu filho!), as penas se alteram drasticamente: mínimo de 5 anos e 4 meses (!) e máximo de 16 anos de *reclusão* (§§ 2.º e 3.º, II)!

Diante desse quadro, afirmar que o legislador, dois artigos após, e no mesmo capítulo, incluiu e misturou na forma qualificada (art. 135, par. ún.), com total indiferença, *culpa* e *dolo* de lesão grave ou de homicídio, é transferir para o sistema aquilo que o sistema, em verdade, repele.

Pode-se concluir que nem sempre vale o que está escrito. Nem sempre valem os reforços explicativos da fonte produtora do diploma legal (no caso, item 43 da Exposição de Motivos). O que importa é a disposição ideológica do operador jurídico. Pesa, isto sim, o grau de liberdade que ele desfruta para, se for o caso, transferir para o objeto, uma vez reinterpretado, sua própria sensibilidade normativa (*Curso crítico de direito penal*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998, p. 99-101, dentre outras).

O problema não é de inteligência, mas de vontade. Explicando melhor, em linguagem contemporânea: também de inteligência, mas de inteligência emocional, que melhor canaliza ou predispõe a vontade de ação ou omissão de cada intérprete ou operador jurídico.

É preciso, no entanto, respeitar o ponto de vista contrário. Todo o arsenal retórico da corrente restritivista se concentra na razoável preocupação de impor limites objetivos ao poder punitivo do Estado. O § 2.º do art. 13 representa uma opção normativa, e ela não surgiu abruptamente. O tema, que é complexo, já vinha sendo alvo de acalorados estudos e debates no mundo inteiro, inclusive no Brasil. O parágrafo em questão, mesmo não constituindo obra perfeita, significa um avanço, um marco positivo, seja no que concerne ao conteúdo ético, seja no que tange à técnica legislativa. E entrou em vigor em 1984, bem depois da vigência da antiga Parte Geral (1942).

Além disso, não constitui nenhuma heresia jurídica sustentar, quanto ao resultado, uma interpretação restritiva (ou estrita) do art. 13, § 2.º, *a*. O texto legal permite igualmente esse tipo de leitura. Uma leitura que, de seu turno – e há pouco toquei no assunto – já era advogada previamente como doutrina, como conceito ideológico a ser transposto para os códigos penais, no momento adequado.

Uma norma jurídica não implica necessariamente uma opção entre o bem e o mal. Não raro, essa opção se perfaz no contexto de valores de peso e conteúdo mais ou menos equivalentes. Não é fácil, por exemplo, equilibrar os interesses da vítima, de justiça material, e os interesses, em termos de segurança jurídica, de todo e qualquer cidadão em face do poder punitivo do Estado.

3.5 Síntese conciliatória

Dessa tensão de correntes antagônicas é possível que se chegue, de *lege ferenda*, a uma síntese conciliatória. De um lado, caso reconhecida a validade da tese limitativa: que se normatize radical aumento de pena para a omissão de socorro associada a dolo de dano. Acatada, no entanto, a outra corrente, de maior abrangência da norma, caberia tratamento diferenciado para o delito imprópria-mente omissivo, menos grave do que o delito praticado por uma conduta de ação.

Por que menos grave? Porque no crime comissivo é o próprio agente que desencadeia o processo de causação do resultado; um processo, portanto, ainda inexistente. Sem embargo das contestações e sutilezas filosóficas, só a conduta militante é capaz de *provocar*, no reino empírico da natureza, um resultado qualquer que se reputa criminoso: inundação, incêndio, morte, lesões corporais, dentre outros. Quem mata é o autor das facadas, não aquele que nega socorro ao periclitante. Ambos, porém, podem nivelar-se no plano meramente normativo. No Brasil, por sinal, ação

e omissão se encontram equiparadas de pleno direito. “Considera-se causa”, reza o art. 13, “a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Clareza meridiana: uma e outra (ação e omissão) recebem a mesma conotação institucional.

Não importa se a omissão, na realidade das coisas, exerce papel coadjuvante de um processo causal já em andamento. O direito penal se constrói através de fatos normativos de caráter histórico, inventados e construídos pelo homem – e não de fatos da natureza aferidos ou interpretados na dinâmica de intrínsecas manifestações objetivas, previamente estabelecidas por uma espécie de legislador universal. Como disse Manuel de Rivacoba y Rivacoba, “los hombres no se han hecho para el Derecho y su ciencia, sino el Derecho y la jurisprudencia para los hombres” (¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?, *RBCrim* 27/69, jul./set. 1999, São Paulo, RT).

O legislador de carne e osso reescreve no âmbito dogmático a “causalidade” que entender cabível, ainda que faça referência, conforme a hipótese, à causalidade natural, própria das condutas comissivas. E o que conta para o penalista é essa reescritura soberana, independente por si mesma, assim como lhe interessa, de primeira mão, sem qualquer vínculo ontológico anterior, o mandamento legal da omissão *relevante como causa*. A omissão passa a ser *causa* – melhor dizendo, passa a ser *considerada* causa – porque assim ficou dito e registrado no art. 13 do CP. E não há nada no sistema do Código que afaste explicitamente dos crimes propriamente omissivos a regra geral do art. 13, sobretudo quando sobrevenha resultado de dano (formas qualificadas).

Ainda assim, e exatamente por isso, é que faz sentido criticar essa equiparação normativa. E por duas razões: 1.º) Não é justo punir, de modo idêntico, a quem dá causa diretamente a um resultado por um proceder ativo (facadas, tiros de revólver etc.) e a quem apenas se depara com uma situação preexistente de perigo e nada faz para evitar, na sequência, o previsível evento lesivo. 2.º) Não é justo equiparar, neste último caso, à omissão dolosamente voltada para o resultado de dano, a omissão tendente apenas ao perigo.

Conclusão: há que se encontrar, no futuro, uma fórmula conciliatória, conforme aduzido linhas atrás. As melhores leis são exatamente aquelas que, a par de sua clareza e coerência intrassistemática, conduzem o intérprete a soluções previamente direcionadas pelo ideal de justiça, que exige, no mínimo, tratamento igualitário e conformidade com a escala de bens e valores de todos os membros do grupo social.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1997.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1966. v. 4.
- CALDEIRA BASTOS, João José. “Crimes de trânsito: interpretação e crítica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (25): 174-178, jan./ mar. 1999, São Paulo : RT.
- . *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.
- . “Prevenção de acidentes de trânsito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (16): 231-237, out./dez. 1996, São Paulo : RT.

- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 2.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1988.
- FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Record, 1961. v. 4.
- . *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. v. 1.
- FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 4.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- GONZAGA, Bernardino. *O crime de omissão de socorro*. Rio de Janeiro : Max Limonad, 1957.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1948. V.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. II.
- JORGE, William Wanderley. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. v. 2.
- LEAL, João José. *Curso de direito penal*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo : RT, 1993.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. II.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. 2, t. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1995. v. 2.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo : Saraiva, 1997.
- MOURA TELES, Ney. *Direito penal: parte geral*. São Paulo : LED, 1996. I.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal: parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo : Leud, 1997.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v. 2.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo : RT, 1998.
- RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro : Jacinto, 1945. III.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. "¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (27): 62-69, jul./set. 1999. São Paulo : RT.
- SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito penal: crimes contra a pessoa*. 2. ed. São Paulo : RT, 1973.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1947. v. 3.
- TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro : Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.