

JUAREZ TAVARES

TEORIA DOS CRIMES
OMISSIVOS

Prefácio de Winfried Hassemer

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

SEGUNDA PARTE
OS COMPONENTES DOGMÁTICOS

INTRODUÇÃO

O PAPEL DA DOGMÁTICA

A dogmática penal é uma ciência que pretende estratificar, em conceitos sistemáticos e coerentes, os fundamentos da ordem jurídica dentro de uma determinada ordem social. A vinculação entre dogmática penal, ordem jurídica e ordem social não constitui, portanto, mera referência acadêmica, mas o campo sobre o qual se deve debruçar a teoria do direito penal, com vistas a equacionar suas características dentro de uma determinada sociedade. Isso quer dizer que não se pode conceber uma teoria do direito penal dissociada das particularidades concretas da ordem social e dos contextos nos quais se verificam os conflitos.

A vinculação entre direito penal e ordem social serve tanto ao propósito de elevá-lo sobre uma base material, quanto à rediscussão permanente de seus elementos, que só se legitimam se utilizados como delimitadores da intervenção estatal, antes de constituírem características de configuração dos respectivos delitos. Isso porque a solução penal dos conflitos sociais não é uma questão apenas de técnica legislativa ou de proposições empíricas de política criminal. É uma questão, antes de tudo, de garantia individual. À medida que o sujeito passa a se destacar na ordem social e, conseqüentemente, na ordem jurídica, como pessoa e não como mero subsistema, suas relações conflituosas não poderão ser tratadas como simples contusões da ordem, a indicarem imediatamente a condenação criminal, com ou sem aplicação de pena, mas de assegurar-lhe, em primeiro lugar, que essa solução se possa efetivar através de meios não criminais. A intervenção do direito penal deve ser vista como uma forma de patologia social, como consequência, assim, das contradições sociais incontornáveis e amparado sempre nos estritos limites de sua necessidade, embora jamais justificado. A tarefa proposta por uma dogmática crítica é a de demonstrar a inconsistência da solução criminal, buscando delimitar ao

máximo o poder de intervenção do Estado. O problema está, porém, em como evitar que conceitos positivos sejam estratificados como elementos do fato e passem, por isso, a justificar a punibilidade de uma conduta, ainda que por razões de extrema necessidade. A dogmática crítica não pode se conformar com essa estratificação e com sua consequência, mas tem que questionar, a partir de sua natureza e de sua estrutura, os parâmetros de legitimidade sobre os quais se assenta a repressão.

Está claro que o debate em torno da oportunidade da intervenção estatal, através do direito penal, sobre relações conflituosas individuais, que sempre esteve presente na sociologia criminal ou em outras disciplinas que tenham o delito como seu objeto de investigação, não deve ser travado, portanto, em único plano, mas em etapas. Primeiramente, em torno dos pressupostos de legitimidade; depois, sob o confronto entre as perspectivas de uma política criminal intervencionista, de um lado, e de garantia individual, de outro.

Modernamente, a tendência da adoção de uma política intervencionista, que é levada a efeito sob o argumento de combate a uma criminalidade em constante elevação, parece dar a impressão de que ao Estado se reserva um papel predominante nesse confronto, de modo a submeter aos alegados preceitos de proteção do interesse público todo o antigo respeito iluminista pela liberdade individual. Mas esse confronto não é novo e nem é nova a opção por uma política intervencionista. Em todas as épocas, os governantes sempre se esforçaram para fortalecer o Estado de polícia e sua política de segurança em benefício de seus múltiplos propósitos e interesses e sempre se valeram, para tanto, do conhecido pretexto do aumento da criminalidade e da necessidade de sua contenção. Como antes, a criminalidade serve de pano de fundo para ocultar os fundamentos reais deste confronto. Isso também foi incrementado dentro do próprio iluminismo, que jamais pôde explicar o que havia por detrás da natureza retributiva da pena – no caso kantiano – ou dos preceitos de prevenção geral – na proposta de FEUERBACH. Independentemente das finalidades puramente políticas e econômicas que constituem o pano de fundo dessa atuação intervencionista, pode-se dizer que, na atualidade, o confronto entre intervenção penal e liberdade individual, que constitui o objeto final do estudo dogmático, está na dependência da forma de organização social, da definição e do papel do sujeito nessa organização e não propriamente em virtude do propalado aumento da criminalidade. Aliás, toda criminalidade não passa de uma expressão linguística, que, como se sabe, corresponde a procedimentos de criminalização, que variam conforme a época e o desenvolvimento dos interesses políticos em função dos conflitos sociais subsistentes.¹ Assim, já se pode explicar por que essa criminalidade alcança índices maiores ou menores, independentemente de seu desenvolvi-

¹ ZAFFARONI; BATISTA *et alii*. *Tratado de direito penal brasileiro*, vol. 1, 2003, p. 43 e ss.

mento cronológico. Partindo-se, portanto, da relação entre organização social e indivíduo, pode-se admitir que a sociedade atual, pela multiplicidade de fatores envolvidos no seu processo de produção e reprodução, comporta uma organização social complexa e alienante.

No âmbito do direito penal, a sociedade pós-moderna, compreendida segundo os sentimentos induzidos ou simbólicos de insegurança, está a produzir uma nítida alteração de sua estrutura normativa, a qual decorre de dois fatos. Em primeiro lugar, decorre do sentimento de insegurança quanto à orientação formalizada; em segundo lugar, do sentimento de insegurança quanto ao processo de organização.² Ambos os aspectos funcionam como argumentos justificantes do poder de intervenção estatal. Num primeiro plano, em reação à insegurança de orientação, passa-se a desfrutar dos crimes de perigo abstrato,² adotando-os como modelos de infração e destinando-os, principalmente, aos setores considerados perigosos, mas ainda penalmente incipientes, indefinidos ou polêmicos, como o meio ambiente, o tráfico de drogas, o terrorismo, a economia, o processamento automático de dados, a circulação de veículos e o controle do tráfego aéreo. No segundo plano, em face dos deveres de organização, ao lado das normas proibitivas, multiplicam-se normas mandamentais e, por via de consequência, delitos omissivos.³

Embora pertençam a categorias dogmáticas diversas, os delitos de perigo abstrato e os delitos omissivos guardam uma característica comum, que é o seu deslocamento da base causal para um fundamento funcional. A base da incriminação deixa de se assentar no resultado de dano ou de perigo concreto ao bem jurídico e passa a ser definida, exclusivamente, pelo sentido da orientação imprimida à própria conduta. Se essa orientação tem em vista apenas o sentido de insegurança, pode-se ter um delito de perigo abstrato; se o que interessa é o dever de organização, tem-se um delito omissivo. Essa colocação efetuada pela dogmática funcional conduz a justificar os delitos de perigo abstrato e, também, os delitos omissivos em face do sentido imprimido à forma de orientação de conduta. Está claro que tanto os delitos de perigo abstrato quanto os delitos omissivos estão intimamente vinculados a normas que prescindem, à primeira vista, de um elemento causal, mas isso não implica legitimá-los com base em deveres de organização e conforme o sentido imprimido à conduta.

No homicídio, em vez do resultado morte e do processo causal que o produziu (alguém desferiu um tiro na cabeça de outrem e o mata), para os funcionalistas relevante seria apenas a decisão no sentido desse resultado (alguém orienta subjetivamente sua conduta para produzir a morte de outrem),

² HERZOG, Felix. «Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge». *Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991, p. 54.

³ Sobre a relação entre a estrutura de normas negativas e normas positivas de conduta, sob a perspectiva neoliberal, TAVARES, Juarez. «A crescente legislação penal e os discursos de emergência», *Discursos Sediciosos*, n. 4, p. 48, 1997.

sob a presunção de que a orientação irregular de uma conduta implicasse, por si mesma, uma violação ao bem jurídico, sem a necessidade de se demonstrar a produção de um perigo concreto ou de efetiva lesão a esse bem jurídico. A morte, nesse caso, poderia ser vista como simples condição de punibilidade e não como elemento essencial do delito.

Igualmente, em consequência de relações particulares de organização, uma inatividade poderia ser equiparada à ação de matar ou, nos delitos econômicos, a desorganização da empresa, quanto a cumprimentos de obrigações fiscais, passaria a justificar a incriminação da pura omissão de recolher tributos. Em todos esses casos, o modelo de incriminação não está baseado na causalidade, mas na orientação funcional da conduta, frente a estados de insegurança (delitos de perigo) ou a deveres de organização (delitos omissivos). Esta alteração de rumos não afeta apenas a questão da punibilidade, que diz respeito basicamente à política criminal, mas repercute em todo o sistema do delito, inclusive na sua consideração dogmática.

Conforme a tradição liberal, além do dano social que a conduta produz, constitui pressuposto de qualquer incriminação a lesão ou o perigo de lesão de bem jurídico, este último estruturado como projeção social das condições da pessoa humana. Há uma longa discussão em torno da suficiência do conceito de bem jurídico para servir de pressuposto limitativo da norma incriminadora. Por sua origem, o bem jurídico foi inserido nas disposições penais como instrumento de ampliação do poder repressor, em substituição ao conceito de direito subjetivo. No decorrer da evolução do direito penal e apesar de todas as artimanhas autoritárias para desencadear a redução do conceito de bem jurídico a meras figurações formais dentro da norma de direito, a doutrina, ainda que timidamente, buscou-lhe um conteúdo objetivo e pessoal, capaz fazê-lo prevalecer, em todo o direito penal, como condição fundamental de um regime de garantia. Na ideologia da pós-modernidade, entretanto, o próprio bem jurídico deixa de ser o ponto de referência da incriminação e se vê substituído por um conjunto de relações puramente normativas ou sistêmicas.⁴ Por força disso, mesmo os autores que desfraldam sua bandeira como instrumento de garantia, não puderam evitar de sucumbir a propósitos incriminadores, passando a encontrar subsídios para a identificação de bem jurídico em todos os delitos. Essa incerteza quanto aos elementos que devem integrar o conceito de bem jurídico provoca uma instabilidade no processo de imputação e, conseqüentemente, em toda a função orientadora da norma. O bem jurídico, com isso, se transmuda em um pressuposto meramente formal da incriminação, que pode ser manipulado pela linguagem sistêmica em qualquer sentido. A perda de substância do bem jurídico incrementa o regresso a

⁴ Sobre as variações do conceito de bem jurídico, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 3.^a ed., 2003, segunda parte, capítulo 3.1.1.1.

uma fase anterior ao iluminismo, na qual o delito consistia na lesão a um dever geral de obediência ao Estado despótico. Igualmente, essa espiritualização do bem jurídico torna-o maleável às expectativas funcionais, fazendo-o perder a necessária diferenciação com a estabilidade da norma. Note-se, além disso, que, na concepção funcional, o dever sofreu uma metamorfose: não gera mais a simples obediência; a obediência é tomada como garantia de expectativas. Assinala-se ao dever uma função normativo-simbólica, de impor a todos uma certa conduta a fim de que os demais possam confiar em que tal determinação será sempre atendida, o que justificaria a pena como um recurso institucional a ser usado pelo Estado para obrigar a todos àquela obediência e, assim, assegurar a confiança na ordem jurídica. Isto não significa, porém, que o dever adquira um conteúdo e se torne algo concreto e perceptível. Para o funcionalismo não importa, aliás, a conduta concreta, o que tem significado é a mera exigência normativa, que vale por si mesma como referência para a credibilidade do sistema. Torna-se mais importante assegurar a qualidade do anúncio – e de seus efeitos na expectativa de atuação do sujeito – do que o próprio produto.⁵ Para elucidar essa questão, apenas um exemplo: tradicionalmente, se alguém é vítima de furto de qualquer de seus bens, o raciocínio normal parte de que essa pessoa sofreu com o fato um decréscimo patrimonial, pois, se antes possuía o bem, que integrava sua poupança, depois não mais o tem. Daí se dizer que o furto violou seu patrimônio, visto como um bem jurídico concreto e apreensível por todos. Com a mudança da base de sustentação da incriminação, de lesão de bem jurídico para lesão de expectativas, ou mesmo com a espiritualização do conceito de bem jurídico, o raciocínio se orienta pelo fato de que, com o furto, se vê frustrada a confiança em que a ordem jurídica pudera assegurar a todos o respeito ao seu respectivo patrimônio, de modo que o que vale não é mais a integridade do patrimônio como tal – compreendido como um conjunto de bens sensíveis – mas a expectativa de que as demais pessoas o respeitem. Nesse sentido, a incriminação não visa a assegurar a manutenção do bem jurídico, substancializado, ou ter por base sua lesão, mas sim a garantir o prestígio da ordem jurídica, como sistema de controle de atividades. E o furto passa a ser considerado um delito de perigo abstrato.⁶ Essa é a abordagem funcionalista mais radical.

A alteração dos fundamentos da norma incriminadora produz no direito penal, entre outras, pelo menos duas consequências inevitáveis: intensifica sua atuação repressiva, porque admite intervir em estágios antecipados àqueles da verificação dos danos ou de perigos concretos⁷ e lhe preenche um conteúdo

⁵ Veja-se, por exemplo, a complexa norma do art. 68 do Código do Consumidor: «Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança».

⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 2005, p. 629.

⁷ É o que se pretende com o projeto do *corpus juris poenalis europae* e o que se vem observando nas alterações legislativas brasileiras, como, por exemplo, na infração prevista no

programático, quer dizer, transforma-o em instrumento de atuação política.⁸ Dessa forma, a orientação que se lhe parece emprestar, de servir de proteção diante de estados de insegurança (delitos de perigo abstrato) e de realização de condutas sociais desejáveis e esperadas (delitos omissivos), ao contrário do que se costuma difundir, não visa suplementar meios alternativos à incriminação e nem beneficiar a coletividade, mas ampliar a repressão, rompendo as barreiras tradicionais dos círculos jurídicos de garantia.

Dogmaticamente, a proliferação de normas mandamentais busca justificar a criação e a agregação dos delitos omissivos às definições tradicionais de delito. Embora na realidade não se tenha que confundir entre ação e omissão, chega-se, porém, a uma unificação desses conceitos mediante construções doutrinárias ou fórmulas legais de equivalência. Insere-se na lei penal preceito normativo que afirma que a omissão se equipara à ação, quando presentes determinados elementos. A realidade, então, é construída normativamente e deixa de ser uma condição ou um dado objetivo que se queira regular.

Apesar de essas fórmulas equipararem ação e omissão, sob o plano normativo, ainda que fora da realidade (na realidade, ação e omissão não constituem a mesma coisa), nenhuma delas, entretanto, tem o poder de transformar a realidade, de modo que, a partir de então, ação e omissão constituíssem dados naturais e idênticos por seus próprios elementos ou por sua própria natureza. As contradições em torno dessa identificação e equiparação já foram discutidas na primeira parte. Convém ponderar que se a realidade não pode ser alterada normativamente, mas só dentro de certos limites, porque nenhuma norma pode dizer que uma pedra é um ser vivo e vice-versa, todas as fórmulas usadas pelo legislador para afirmar a equivalência entre ação e omissão só funcionam como meros signos. Portanto, o legislador através dessas fórmulas simula uma realidade que não existe e que só pode subsistir por imposição normativa, na maioria das vezes incompatível com o princípio da legalidade e com sérios riscos à liberdade individual. Sob essa simulação se passa a construir um sistema penal puramente simbólico, tomado como mero processo de manutenção da ordem, sem qualquer consideração para com os resultados de dano ou de perigo real aos bens jurídicos

Em face desse quadro de abstração normativa, à dogmática penal compete buscar os caminhos seguros a equacionar a questão dos delitos omissivos sob óptica diversa daquela de sua criação político-criminal neoliberal. Isso quer dizer, como já se assinalou, que a dogmática penal só pode se justificar se

art. 309 do Código de Trânsito.

⁸ Quanto a isso, ver a crítica de POLITOFF, Sergio. «Sistema jurídico-penal y legitimación en el estado democrático de derecho», *Gaceta Jurídica*, 172, p. 10 e ss., 1994; igualmente críticos, HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit*, 1991, p. 63; e MOCCIA, Sergio. *La promessa no mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, 2001, p. 17 e ss.

perseguir o sentido de delimitar e não de ampliar a intervenção estatal. Neste aspecto, para nutrir a dogmática de uma função crítica não importam suas flutuações e constantes modificações diante da respectiva alteração dos dispositivos legais que assinalam seu objeto. Nesse diapasão, cabe à dogmática penal desbravar dois caminhos: recuperar a noção de bem jurídico, como bem pessoal objetivo e material ou, se isso não for possível, até mesmo restaurar a antiga concepção de direito subjetivo. Com a materialização e pessoalidade do bem jurídico podem-se fortalecer as bases de um direito penal que se oriente pelas lesões efetivamente realizadas e não por simples expectativas; com a reintrodução do direito subjetivo seria possível delimitar o âmbito da incriminação, mediante a exigência de uma efetiva demonstração de sua violação. Como o direito subjetivo deve ter respaldo em uma norma e ser conferido a uma pessoa, como titular de seu exercício, nem todo e qualquer ato que ofenda interesses administrativos ou políticos do Estado ou mesmo outros interesses difusos espiritualizados pode constituir objeto de incriminação. Há, evidentemente, muito o que se discutir sobre o bem jurídico.⁹ Aqui, fica consignado apenas que esse conceito só pode servir de limitação do poder de punir se, efetivamente, for construído sobre uma base material vinculada à pessoa humana. A substancialidade pessoal desse conceito implica subordiná-lo indissolúvelmente a componentes empíricos demonstráveis e não, simplesmente, a interesses individuais ou coletivos. A mera exigência de pessoalidade do bem jurídico não basta para transformá-lo em meio garantidor da pessoa, porque essa pessoalidade pode ser também carregada subjetivamente, de modo a transferir a esse conceito características generalizantes e, assim, empiricamente inapreensíveis. Ao lado da pessoalidade, será importante compor o conceito com elementos materiais, capazes de serem identificados por todos, independentemente de juízos de valor emitidos no processo em torno de sua interpretação. Quando o conceito de bem jurídico vier a depender, para sua compreensão ou mesmo para sua construção, de decisões interpretativas ou de justificações em torno da política criminal, estará desnaturada sua finalidade limitadora e solapada a base crítica de sua criação.

Deve-se reconhecer, ademais, como o fez em 1847 o procurador-geral da Prússia VON KIRSCHMANN,¹⁰ que os conceitos jurídicos apresentam um alto grau de instabilidade, que os torna quase ignorados na prática judiciária. Geralmente, destaca-se de VON KIRSCHMANN apenas a frase, quase que automaticamente repetida por todos, de que bastam «três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertam em papel de embrulho».¹¹ No entanto, aquilo

⁹ NEUMANN, Ulfrid. «Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico: alternativas: ninguna», *Cuadernos de Política Criminal*, 93, p. 5-16, 2007.

¹⁰ KIRSCHMANN, Julius Hermann von. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 2000.

¹¹ Idem, *ibidem*, 2000, p. 29. O significado próprio emprestado às chamadas palavras retificadoras, contida em uma parte significativa de sua conferência proferida em Berlim em 1847,

que sua exposição põe em destaque não é apenas o problema da imperfeição legal, mas também a relação entre o legislador arbitrário e a ciência jurídica, de modo a demonstrar que a feitura das leis tem sido procedida sem atentar para as circunstâncias reais do ambiente no qual serão aplicadas. Isso sugere, pois, uma revisão crítica do processo de sua produção, como pressuposto de uma ciência jurídica estável.¹² Essa questão envolve intrinsecamente o direito penal. Se a dogmática penal quiser superar sua própria instabilidade deverá, desde logo, enfrentá-la. Por outra parte, deve-se esclarecer que a dogmática penal não poderá se desincumbir dessa tarefa, sem antes fixar, como ponto de partida de sua análise, os preceitos de direitos fundamentais que se encontram positivados nas constituições democráticas e nos pactos internacionais e constituem patrimônio inderrogável da pessoa humana. Portanto, ainda quando o legislador altere o dispositivo legal de forma a implicar uma radical transformação dos objetos da ciência jurídica, a dogmática não pode perder seu rumo e deverá da mesma forma transformar sua metodologia para o efeito de assegurar a validade daqueles princípios fundamentais da pessoa humana. Por isso mesmo, não será possível acolher-se a tese de uma dogmática estática e universalista, no sentido de uma gramática a ser aplicável às suas construções práticas, senão de uma dogmática garantista, que utilize seus métodos de modo a identificar o verdadeiro sentido da norma legal, em consonância com aqueles princípios fundamentais, mesmo que a vontade do legislador ordinário se tenha manifestado de outra maneira.¹³ Essa dependência da dogmática penal aos princípios fundamentais de garantia da pessoa humana é que assinala as características de uma teoria democrática do delito, que deve se sobrepôr às regras da eficácia funcional ou organizativa.

não deve conduzir à conclusão de que se trata, aqui, de um enfoque puramente positivista do direito. Ao contrário, o que KIRCHMANN quer esclarecer é, em princípio, a instabilidade de um direito puramente centrado na lei, a qual, em virtude de suas lacunas e imperfeições, poderia conter tanto expressões corretas quanto falsas. A indefinição ou contradição legal quanto a assuntos triviais, por sua vez, decorrente de puro arbítrio normativo, sem qualquer identificação de seu conteúdo, dava lugar a um enorme trabalho sistemático da doutrina para esclarecer o sentido e o alcance da lei, de modo a torná-la suscetível de aplicação. Este trabalho poderia, porém, a qualquer momento, se tornar absolutamente inútil e obsoleto, uma vez que o próprio legislador tivesse tomado a iniciativa de, com algumas penas, esclarecer o indefinido ou eliminar o que era contraditório. A pretensão de KIRCHMANN era de buscar um fundamento mais sólido para o direito, que poderia estar contido no direito natural, entendido como aquele que estaria subordinado a um procedimento democrático de sua produção por parte do povo. Com isso, ainda que sem tomar uma posição conclusiva, buscava refletir a ideia de uma substancialidade no todo e não em uma determinada situação.

¹² Além disso, de seu texto podem ser extraídas várias outras questões, ainda não suficientemente elucidadas, como aquelas mencionadas por MEYER-TSCHEPPE: que valor terá a ciência jurídica, uma vez que carece de valor como ciência? que valor terá a ciência jurídica sem a jurisprudência? que é jurisprudência? que é ciência jurídica? subsiste em ambas alguma distinção? in KIRCHMANN, Julius Hermann von, ob. cit., 2000, p. 55.

¹³ Para uma crítica à dogmática estática: CARVALHO, Salo de. «Direito alternativo e dogmática penal: elementos para um diálogo», *Discursos Sediciosos*, ano 2, n. 4, p. 69 e ss., 1997.

Em face dos juízos preconcebidos, da virtualidade da política criminal e do ranço doutrinário, que impedem uma perfeita delimitação das zonas do penalmente proibido e do moralmente reprovável, não é fácil estruturar-se uma dogmática democrática, voltada para a proteção da pessoa humana frente ao poder de intervenção estatal, principalmente quando se trata de delitos omissivos. Numa abordagem puramente jurídica, no sentido da superação de seus elementos abstratos e muitas vezes extrajurídicos que compõem seu objeto e as dificuldades que deverá enfrentar, será preciso estabelecer os limites básicos de suas tarefas.

Na primeira parte deste trabalho, procurou-se discutir acerca dos fundamentos da omissão em torno de seus déficits de legitimidade, conforme os parâmetros antes assinalados, quanto à sua natureza, estrutura e punibilidade. Agora, tem-se como tarefa direta aplicar aquelas ponderações ao que o direito positivo brasileiro disciplina em matéria de omissão, principalmente conforme as indicações metodológicas definidas por HOLZKAMP, as quais devem servir de parâmetro para evitar, ao máximo, uma interpretação puramente exegetica da norma penal.

CAPÍTULO 1

A DISTINÇÃO PRÁTICA ENTRE AÇÃO E OMISSÃO

I. AS PRIMEIRAS TENTATIVAS DE DISTINÇÃO

Independentemente da questão da equiparação entre ação e omissão para o efeito de discutir acerca dos elementos de sua legitimidade, o direito penal deve trabalhar, em casos concretos, com a distinção entre delitos culposos e omissivos, quando a conduta se expresse através de uma inatividade. Isso ocorre, geralmente, quando a lesão de bem jurídico se verifica pelo descumprimento de certos deveres, que tanto podem se referir à realização de uma ação devida quanto a de uma ação cuidadosa. Pela própria natureza dos fatos culposos, centrados fundamentalmente na negligência, que implica uma desatenção aos deveres de cuidado, ou, dito segundo uma nova formulação, quando a produção do risco ou seu aumento para a realização do resultado não estão diretamente vinculados a uma atividade dirigida direta ou eventualmente a ele, mas desenvolvida no âmbito de um risco não autorizado, se torna problemática a distinção empírica entre uma conduta positiva (ação) e negativa (omissão). Isso pode ocorrer também em fatos dolosos, quando incerta a natureza da norma que discipline a atividade, ou quando a interferência no processo causal se insira em um contexto em que se mesclam atividades e inatividades.

Essa distinção é relevante porque, conforme a opção doutrinária que se tome, podem variar alguns dos requisitos para o respectivo processo de imputação. Dada a dificuldade da distinção entre ação e omissão, que não pode ser tomada aleatoriamente ou por força de uma simples decisão subjetiva, a doutrina sugere três critérios para torná-la possível. Esses critérios, como se poderá ver, apresentam seus prognósticos positivos e negativos e contêm informações, às vezes, relevantes, outras vezes, contraditórias em seu confronto com a realidade normativa ou com seus elementos empíricos. Não há, assim,

um critério certo ou infalível.¹ A adoção de um determinado critério só pode ser feita em face da particularidade do caso concreto, atendendo, nesse ponto, a uma proposição pragmatista, desde que, porém, subordinada aos preceitos de garantia da ordem jurídica e de proteção da pessoa submetida ao dever de agir. Para essa solução, está claro, podem ajudar os critérios propostos pela doutrina.

1. O critério da energia

O primeiro critério, e o mais antigo, é o chamado *critério da energia*, que, inclusive, é sustentado por vários autores de renome, dentre os quais ENGISCH.² De acordo com este critério, a diferença entre ação e omissão reside em que, na *comissão*, o agente desprende uma certa energia na realização de sua conduta. Ao revés, se o sujeito não tiver impulsionado qualquer energia, haverá *omissão*.

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

Esse critério, que, à primeira vista, parece atraente, encerra, na prática, muitas dificuldades, porque em muitos casos não há comprovação efetiva de manifestação de energia no momento em que o fato lesivo ocorre. Mesmo no exemplo do caminhão a energia era no sentido da direção do veículo, mas não no sentido de manter apagadas as luzes de advertência. Ademais, no momento do acidente, este caminhão poderia estar parado na pista, encontrando-se o motorista em plena inatividade, sem desprender qualquer energia, a qual, então, deveria estar referida ao momento em que a atividade se havia iniciado e não ao momento em que se produzira o resultado, o que faria reeditar, para esse setor, a velha teoria da *actio libera in causa*.

Outro problema desse critério reside na identificação de que consiste essa *energia*. O próprio ENGISCH não traçou uma fórmula que a pudesse claramente definir. Ora, entendera que a energia se expressaria por meio de um movimento corporal, portanto, como entidade naturalística,³ ora como conceito jurídico.⁴

Essa variação de conceitos não é apanágio da ciência jurídica. O conceito de energia no âmbito das ciências naturais é, igualmente, indeterminado. Segundo informa JANISCH, parece que essa expressão foi usada, primeira-

¹ Assim, também, SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *El delito de omisión*, 2010, p. 219.

² ENGISCH, Karl. «Tun und Unterlassen», *Festschrift für W. Gallas*, 1973, p. 163; ORTO, Harro. *Strafrecht*, AS, 2004, p. 156.

³ ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*, 1950, p. 125.

⁴ Idem, *ibidem*, 1950, p. 42.

mente, por BERNOULLI no âmbito do estudo do equilíbrio de forças virtuais, em 1717. Antes disso, a energia era confundida com o próprio conceito de força. Já na moderna eletrodinâmica, a expressão adquire um significado independente dos corpos, vindo a constituir um elemento central na termodinâmica e na biologia molecular para explicar como os respectivos fenômenos se produzem. Embora na física moderna se entenda por energia a expressão de uma lei natural, inserida na célebre fórmula da teoria da relatividade ($E=mc^2$), seu significado empírico está ligado às definições dos corpos e da medida de sua massa.⁵ O conceito de energia, portanto, ou está vinculado aos elementos corporais e suas relações, ou ao seu movimento, e, assim, pode ser entendido como um simples momento de uma proposição causal. Outra objeção que se lhe opõe é a tentativa de ENGISCH de vê-lo como elemento normativo, quando constitui simplesmente um enunciado empírico. Essa dupla face da energia, de elemento empírico e normativo, lhe retira o conteúdo material e também o seu grau de certeza e determinação. Claro que, muitas vezes, na prática, como primeira aproximação, o critério de energia pode ser usado para descartar da omissão aqueles casos de manifesto movimento corporal. Mas daí, então, novamente, se estará trabalhando com o fenômeno da causalidade e não apenas com o despertar de energia.

2. O critério da causalidade

Em oposição a esse critério, JESCHECK, RUDOLPHI e SAMSON, entre outros,⁶ propõem que a análise se faça exclusivamente em termos de causalidade. É a posição assumida também por WELZEL.⁷ Haverá, portanto, *comissão* todas as vezes em que o sujeito desenvolver um processo causal material, que produza dolosa ou culposamente o resultado proibido.

Assim, no caso do caminhão, que trafegava com as luzes apagadas, haveria *crime comissivo* porque estava sendo dirigido pelo motorista. No caso do fabricante de pincéis, que não desinfetou suficientemente os pelos de cabra, haveria *comissão*, porque fora ele quem entregara as peles aos seus funcionários e, conseqüentemente, houvera provocado a infestação do bacilo.

SIEBER, por sua vez, associa os dois critérios, da *energia* e da *causalidade*, para concluir que a solução correta só pode advir dessa combinação, porque nem sempre o desprendimento de energia coincide com a interferência no

⁵ JANISCH, Peter. «Energie». *Enzyklopädie. Philosophie und Wissenschaftstheorie*, vol. 1, 2004, p. 547.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 603; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *StGB, Systematischer Kommentar*, vol. I, 1977, p. 74; SAMSON, Erich. «Begehung und Unterlassung», *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 579; também, STOFFERS, Kristian. «Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen», *Goldhammers Archiv*, 1993, p. 262.

⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1970, p. 280.

processo causal, podendo acontecer ou não.⁸ Trata-se da conjugação de critério mecânico e de outro critério lógico, desde que evidentemente se tenha em vista que a causalidade não se limita a exprimir um dado puramente material. Atendendo à meta de maior delimitação do âmbito causal, propõe SILVA SÁNCHEZ que o processo de causação seja tratado dentro da tipicidade.⁹ Com isso, o critério da causalidade deixa de ser naturalístico e passa a ser uma questão de valoração, porque importante não é a produção de qualquer evento, mas unicamente do resultado típico. SILVA SÁNCHEZ vai mais além, porque pretende corrigir a causalidade com os critérios de imputação objetiva, principalmente no âmbito dos acontecimentos concomitantes ou sucessivos, nos quais se mesclam comissões e omissões.¹⁰ À medida que se acolhe, então, uma perspectiva de serem introduzidos critérios de imputação objetiva, já não mais se poderá falar de um autêntico critério de causalidade. O mesmo se diga em relação àqueles autores que orientam a causalidade para o evento de conformidade com o modo de afetação do bem jurídico: haveria comissão, quando suas condições de risco fossem aumentadas, e omissão, quando fossem indiferentes.¹¹

ROXIN pretende resolver a diferenciação por dois modos. Em primeiro lugar, entende que nos casos mais evidentes a diferenciação se processa simplesmente com os conceitos de produção pelo fazer e não produção do evento pela inatividade ou passividade. Assim, se alguém empurra outrem para a água e não o salva, haverá apenas delito comissivo, correspondente à ação positiva de empurrar; se, entretanto, a pessoa cai por si mesma na água e pede socorro e o sujeito não lhe atende o pedido, ninguém duvida que se trata de uma omissão.¹² Em segundo lugar, nos casos mais complexos, postula por uma decisão referenciada à causalidade por comissão. Desse modo a diferenciação se processa segundo o modelo dos delitos comissivos: haverá um delito comissivo sempre que o desprendimento de energia for causal para o resultado ou quando deveria sê-lo de acordo com o dolo do agente.¹³ Essa é a mesma tese de BRAMMSEN, citada diretamente por ROXIN, para afirmar um delito comissivo todas as vezes em que uma pessoa inicia, continua ou fortalece o desenrolar de um acontecimento, que seja realmente adequado para produzir uma lesão a um objeto típico, ou que o seja segundo a representação do autor.¹⁴

⁸ SIEBER, Ulrich. «Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen», *Juristenzeitung*, 1983, p. 431 e ss.

⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *El delito de omisión*, 2010, p. 237.

¹⁰ Idem, *ibidem*, 2010, p. 244.

¹¹ SAMSON, Erich. «Begehung und Unterlassung», *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 592. Em uma linha cognitiva de causalidade, KARGL, Walter. «Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen», *Goldhammers Archiv*, 1999, p. 475.

¹² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 652.

¹³ Idem, *ibidem*, 2003, p. 654.

¹⁴ Idem, *ibidem*, 2003, p. 654; BRAMMSEN, Joerg. «Tun und Unterlassung? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen», *Goldhammers Archiv für Strafrecht*, 4, 2002, p. 206.

O critério da causalidade, uma vez assumido conforme seu estado inicial de pureza, sofre as mesmas críticas ofertadas ao critério da energia, embora possa ser visto sob o plano lógico e não mecânico. As deficiências permanecem ainda com outras teorias tradicionais da causalidade, diversas da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos pressupostos da previsibilidade (adequação) ou da ação esperada, se torna problemático firmar uma nítida diferenciação entre o fazer positivo e a omissão, no plano exclusivo da causalidade.

Pode-se pensar, porém, em uma reabilitação desse critério, conforme o caso concreto, acolhendo-se uma forma funcional de causalidade, na qual a delimitação típica do fazer e do omitir deve orientar-se não com vistas à produção exclusiva do resultado ou aos momentos de risco, maior ou menor, para sua consecução, senão em face do sentido empreendido pela conduta em confronto com o sentido imposto pela norma, com vistas a identificar com maior precisão o âmbito de lesão ao bem jurídico.¹⁵ Embora sob outro aspecto, assim é também a posição de BRAMMSEN, para quem somente quando os bens jurídicos passem a ocupar um lugar de destaque, como objetos de lesão, é que será possível concretizar os critérios da energia e da causalidade.¹⁶

No caso do médico que esquece no abdome do paciente um instrumento cirúrgico e, depois, não o retira, a afirmação, respectiva, de ação e omissão, prescinde de uma análise de sua atividade corporal e de sua disposição interna de não atuar. Importante será verificar que o sentido imprimido à conduta definida no âmbito da cirurgia pressupõe que o médico a empreenda ativamente. Aliás, ninguém poderá imaginar que um médico possa operar o paciente sem nada fazer. Aqui, portanto, o esquecimento do objeto no abdome integra o sentido da própria atuação cirúrgica positiva. Trata-se de ação. Por outro lado, no pós-operatório, o sentido dos procedimentos já não encerra uma conduta positiva. O médico também poderá não administrar medicamentos ao paciente, porque entenda que são desnecessários. Como, então, se mesclam ações e omissões com diversos significados de sentido, haverá omissão quando a norma compreenda esse sentido em função da inatividade nos momentos próprios vinculados ao pós-operatório. Constatando que um instrumento está no abdome do paciente, o médico deverá retirá-lo: o sentido da norma engendra, portanto, o incremento de uma atividade devida. A inatividade, aqui, constitui uma omissão. Está claro que a adoção de uma causalidade funcional já não se articula em torno de simples movimentos corporais ou das fórmulas da *condicio*, da causalidade adequada ou da relevância jurídica da

¹⁵ Para os fundamentos de uma causalidade funcional, TAVARES, Juarez. «Bemerkungen zu einer funktionalen Kausalität», *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 791.

¹⁶ BRAMMSEN, Joerg. *Tun und Unterlassung?* 2002, p. 209.

conduta. A causalidade funcional só tem significado quando associada a uma norma que delimite, com precisão, o âmbito de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico. Só a partir dessa delimitação será possível extrair o sentido imposto à respectiva conduta.

3. Os critérios normativos e valorativos

Tendo em conta as dificuldades resultantes da adoção de critérios puramente materiais, a jurisprudência alemã e, atrás dela, a doutrina postulam por uma solução na órbita normativa ou valorativa. Nesse ponto, apresentam-se dois contextos que dão lugar a duas teorias distintas. Sob o contexto normativo, desenvolve-se a teoria do *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*.¹⁷ Para esse critério, o que vale é o sentido empreendido pela reprovação jurídica do fato. Sob o enfoque valorativo, descortina-se a teoria do *sentido social da ação*,¹⁸ que assinala a diferença entre ação e omissão conforme a orientação da conduta implique, respectivamente, a não produção ou a evitação do evento. Os critérios normativos e valorativos buscam dar uma resposta significativa a casos complexos, nos quais se mesclam, simultaneamente, ação e omissão. A par disso foram propostas também teorias pragmáticas, que postulam pelo emprego diversificado de todos os critérios, principalmente dos critérios normativos e valorativos. Os critérios pragmáticos encaram as normas penais, substancialmente, segundo seu sentido proibitivo, pelo que passam a invocar diante de casos controvertidos o princípio *in dubio pro commissione*.¹⁹

Os critérios da *energia* e da *causalidade* não podem explicar, suficientemente, vários casos controvertidos e propor-lhes uma solução adequada, principalmente quando não há uma indicação empírica de que a conduta produzira ou não uma lesão de bem jurídico. Todo o problema reside justamente nas características normativas da omissão, que condicionam seus substratos empíricos. Como não há, na omissão, a identificação perfeita da relação entre inatividade e resultado, as soluções puramente empíricas só podem ser aproximadas, jamais certas. Isso implica, em muitos casos, priorizar uma conclusão no sentido da comissão e não da omissão, como ocorre com as teorias pragmáticas, o que pode conduzir a juízos precipitados e lesivos aos direitos do sujeito. Tendo em vista essas dificuldades, a diferenciação prática entre ação e omissão continua ainda a merecer maiores considerações.

¹⁷ MEZGER; BLEI, *Strafrecht*, AT, 1970, p. 81; WESSELS; BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 273; SCHÖNKE; SCHRÖDER; STREE, *StGB Kommentar*, 2006, p. 219; BGHSI 6, p. 59; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, 2005, p. 211 e ss.

¹⁸ ASSIM, SCHMIDT, Eberhard. *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, p. 79 e ss.

¹⁹ SPENDEL, Günter. «Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen», *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 194.

A vantagem de um critério valorativo ou normativo reside no fato de subordinar a temática da diferenciação à natureza mais próxima da omissão, que seria dada ou pela norma ou pelo sentido imprimido à conduta no âmbito social. Isso pode ser proveitoso em alguns casos, quando não se tenha uma precisa identificação do processo causal, ou mesmo quando esse processo causal, aparentemente, conduza ao reconhecimento de um delito comissivo, embora a conduta se tenha inserido num contexto de determinação e não de proibição. Assim, no caso do médico que desliga os aparelhos cardiopulmonares automáticos para evitar um prolongamento insatisfatório e até mesmo ineficaz da vida humana vegetativa, a solução não poderá se ater a uma interpretação pragmática. Os desfechos serão diversos, conforme se adotem os critérios da causalidade ou da energia, por um lado, ou do centro de gravidade da conduta, por outro. Quando o médico mantém a vida do paciente com o emprego dos aparelhos automáticos de reanimação e os desliga causa sua morte e manifesta energia para fazê-lo. Por outro lado, se não tivesse desligado os aparelhos, a vida humana se manteria, o que caracterizaria a conduta do médico como condição *sine qua non* do resultado. Pelos dois critérios, a fim de manter sua coerência, o caso deveria ser tratado como comissão e não como omissão. Mesmo para a teoria da adequação, o fato de desligar os aparelhos pode ser tido como causal para a morte do paciente, o que também se dá com a teoria da relevância jurídica, independentemente do socorro à ação esperada. Portanto, os dois primeiros critérios (da energia e da causalidade), que veem no fato um ato comissivo em vez de omissivo, não compreendem a questão em seus pontos fundamentais, porque a vida humana já era em si mesma insustentável e sua lesão não poderia ter por base apenas a proibição da ocorrência da morte. Pelo contexto social, ao contrário, a atividade do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (de manter ligados os aparelhos) e não a um preceito proibitivo (de não desligá-los), o que implica considerar esse comportamento como *omissão* e não como *comissão*.

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

A dificuldade na execução concreta desse critério reside na sua indefinição, que pode dar lugar a mero decisionismo.²⁰ Isso porque a análise da conduta, à primeira vista, não é efetuada com base na norma mandamental, mas em função dos resultados concretos que possam estar ligados à conduta do sujeito. Nesse ponto, a identificação precisa da norma proibitiva e da norma mandamental constitui um pressuposto indeclinável de sua aplicação, mas nem sempre isso será possível no âmbito prático da aplicação da norma. Por seu turno, a ausência desse pressuposto, principalmente em relação à norma mandamental, que muitas vezes não tem existência autônoma, mas depende de sua relação com a norma proibitiva, deve levar esse critério a um patamar crítico. Nesse sentido, será preciso proceder-se a uma limitação desse critério, conforme o sentido empreendido pela conduta e os elementos impostos na norma. Parece que, para tanto, será importante levar em conta os parâmetros de uma causalidade funcional, os quais também estão subordinados às características normativas assinaladas à conduta.

O critério do *ponto de gravidade*, como critério normativo, ao prescindir, à primeira vista, de um dado empírico assentado na energia ou na causalidade, só pode valer se tiver, como pressuposto, um elemento material ou mesmo normativo que o delimite. Caso contrário, correr-se-á o risco de deixar a questão da diferenciação entre condutas comissivas e omissivas ao sabor de puro decisionismo judicial. Evidentemente, o critério do ponto de gravidade, sendo um critério normativo, só pode se executado mediante uma decisão, mas essa decisão deve levar em conta, necessariamente, elementos materiais que indiquem o conteúdo da norma e sua relação de pertinência com o fato concreto. Os elementos materiais que poderão servir de parâmetro à determinação desse ponto de gravidade deverão ser extraídos de duas ordens de pressupostos: a) da própria norma incriminadora, em face da lesão do bem jurídico; b) da realidade empírica, no tocante à idoneidade da atividade devida para evitar a lesão. À medida que se definam esses pressupostos, a análise deve recair também na *forma* e no *modo* da conduta que viola o bem jurídico.

Na *comissão*, a *forma* e o *modo* contrastam com a proibição inserida na norma. Há, portanto, uma afronta à modalidade de *conduta permitida*, através da execução de uma modalidade de conduta proibida. Isto deixa de ser relevante nos *delitos dolosos*, quando o contraste entre o *proibido* e o *permitido* é direto e pode ser constatado pela comparação entre a conduta concreta e a conduta típica abstrata. Mas, nos *delitos culposos*, nos quais a contradição entre a conduta do agente e a proibição se faz indiretamente, mediante a execução de uma conduta descuidada, o que se verifica é um contraste entre a conduta permitida e a modalidade de conduta concreta que o agente executou. Pode-se

²⁰ Crítico, STOFFERS, Kristian F. «Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit» und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen», in *Juristische Schulung*, 1, p. 23 e ss., 1993; idem, «Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen in der neueren Rechtsprechung», in *Jura*, 11, p. 580 e ss., 1998.

dizer que o agente executou uma conduta proibida, justamente porque deixou de atender aos cuidados que a ordem jurídica lhe impunha para praticar uma conduta permitida. Esses cuidados constituem para ele pontos de referência essenciais à realização de sua conduta.

Na *omissão*, a decisão não resulta de um contraste entre o *proibido* e o *permitido*, em torno da *forma* e do *modo* de execução direta, mas da *não execução daquilo que era determinado ao sujeito*. A contradição se dá entre o comportamento do sujeito e o dever de atuar, de um lado, e a ausência de uma atividade devida, de outro, de tal sorte que o fato se insira em um contexto global de inatividade. Assim, desde que se identifique, no caso concreto, uma situação em que a lesão do bem jurídico não está situada na *forma* e no *modo* de execução da conduta, mas na *relação de dever para com o sujeito*, estar-se-á diante de um quadro de omissão. Esta relação para com o sujeito é que assinala o conteúdo axiológico da omissão e a diferencia da comissão.

Segue em sentido diverso a postulação de AST, que estabelece graus de relevância da conduta em face de haver violado uma norma proibitiva ou uma norma mandamental, conforme se refira, respectivamente, à produção do resultado ou ao seu não impedimento. Nesse caso, decisivo para a diferenciação entre ação e omissão será a relação da conduta com o resultado e não a relação entre o comportamento do sujeito e o dever de atuar. Se a situação de *conflito indicar que se trata de uma produção de resultado*, configura-se o fato em face de uma norma proibitiva e haverá um delito comissivo. Se a situação de conflito tiver como referência o *não impedimento do resultado*, configura-se um delito omissivo.²¹ Aqui, novamente, a diferenciação tem por base a natureza das normas reguladoras da conduta e seus efeitos sobre a produção ou o impedimento do resultado, conforme as assertivas da teoria do ponto de gravidade. O único que o autor faz para se afastar da teoria do ponto de gravidade é atestar a relevância do fato, como comissivo ou omissivo, em função da forma como o resultado é tratado pela norma, se como produção ou se como não impedimento.

Como o critério do *ponto de gravidade* se orienta pelo sentido do comportamento, pode-se explicar o porquê da caracterização do desligamento dos aparelhos como *omissão* e não como *comissão*. O sentido, aqui, não está orientado para a lesão do bem jurídico, mas para a violação do dever de agir. Tratado esse caso como *ação*, o médico deveria responder por homicídio, já que havia efetivamente produzido, de modo causal, a morte do paciente. Entretanto, acolhida a hipótese de *omissão*, pode-se verificar, depois, se efetivamente a ação que deixou de ser realizada teria um sentido para o médico em face de sua idoneidade para evitar a lesão de bem jurídico. Para AST, a

²¹ AST, Stephan. *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 113.

norma proibitiva, neste caso, é apenas acessória da norma mandamental, o que implica considerar uma conduta omissiva e não comissiva.²²

II. CRÍTICA E OPÇÃO DOUTRINÁRIA

Os três critérios vêm sendo modernamente criticados. Não só os dois primeiros, mas também os últimos. E a maior crítica que se faz é que violam o *princípio da legalidade*, porque afirmam que, para a identificação da *omissão* em face da *comissão*, o que vale não é o que está escrito na lei, como dado objetivo, senão exatamente o contrário, ou seja, uma valoração de ordem social, que é efetuada pelo julgador, sem qualquer parâmetro ou limitações.²³ Ademais, como a omissão nada pode causar, a solução da energia ou da causalidade só poderá ser vista como um dado lógico, que simbolicamente faça resultar de seu simples enunciado a conclusão que se queira obter. Isso, evidentemente, configura um alto grau de insegurança nas relações jurídicas, especificamente na órbita do direito penal. Igualmente, inválido será apelar-se a um suposto conteúdo ontológico da conduta, como pré-conceito jurídico, como pretende TAG,²⁴ de modo a servir de base a um critério normativo e ajustá-lo a fatores naturalísticos, como a causalidade ou a energia. Se a própria natureza ontológica da conduta é contestável, por não possuir um conteúdo explícito acerca de como se constituem as categorias da ação e da omissão, impossível será sua acolhida como critério diferenciador.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do direito penal. A solução não deve ser buscada através de critério único, senão de dois modos: ou na conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade, revitalizado pelo seu conceito funcional, ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato. Neste último caso, porém, em face dos preceitos de garantia da ordem jurídica, em caso de dúvida, deve prevalecer a solução que faça maiores exigências para a afirmação do processo de imputação, que pode ser a ação ou a omissão. Assim, diante da impossibilidade de se concluir acerca da existência de uma ação ou de uma omissão, pela ausência da causalidade ou da energia desprendida, o critério axiológico só poderá ser invocado quando por seu intermédio se possa descaracterizar a imputação, em face do reconhecimento de um sentido positivo para a inativi-

²² AST, Stephan. *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 148.

²³ VOLK, Klaus. «Zur abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme», *Festschrift-Tröndle*, 1989, p. 237, salienta, cepticamente, frente aos vários critérios, que a diferenciação entre ação e omissão ou é evidente ou é obsoleta, não podendo ser afirmada com certeza ou indicada com correção.

²⁴ TAG, Brigitte. «Handeln und Unterlassung – ethische und rechtliche Überlegungen mit Blick auf eine medizinische Forschungshelfer», in KICK, Hermes Andreas *et alii* (orgs.). *Handeln und Unterlassen*, 2003, p. 48.

dade, de modo a conformá-la no âmbito da zona do lícito e não do ilícito. Essa proposta, ao afirmar a presença da omissão e não da comissão para o efeito de excluir a imputação, corresponde à regra geral de só admitir a responsabilidade penal quando preenchidos de maneira clara e insofismável os pressupostos de punibilidade. O critério normativo ou valorativo funcionaria, assim, como um recurso auxiliar negativo. Está claro que essa solução só tem aplicação quando a conduta seja vista como objeto de confronto entre a incidência de uma proibição ou de uma determinação, como ocorre nos delitos omissivos impróprios. Em contrapartida, naqueles delitos em que o tipo penal prevê, na definição da conduta, seu cometimento por ação ou omissão, a análise da omissão deve ser feita separadamente: se a conduta atribuída ao sujeito não comportar a imputação por ação, mediante a afirmação da causalidade, restará a análise dos pressupostos da omissão.²⁵

²⁵ FRISTER, Helmut. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 244.

CAPÍTULO 2

CRIMES OMISSIVOS E COMISSIVOS

I. A DIVISÃO DOS DELITOS

A lesão ou o perigo de lesão de bem jurídico, em face da multiplicidade de variantes sociais, muitas vezes não se vincula diretamente à proibição de modalidades de ações juridicamente indesejáveis, que, pela experiência, possam produzi-los, mas à imposição de deveres concretos que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, esta vinculação do bem jurídico à sua forma de lesão ou de perigo de lesão pode ser exercida de dois modos: mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, o dever de impedir tal resultado. Com isso, surge a necessidade inicial de distinguir essas duas modalidades da atuação estatal, como *crimes omissivos próprios* e *impróprios*.

Aqui, deve-se observar o seguinte: quando se procede à diferenciação entre *crimes omissivos próprios* e *crimes comissivos por omissão*, não se deve fazê-la com base na modalidade de conduta, nem em função do resultado. Isso porque, se a decisão acerca da diferenciação entre ação e omissão, em muitos casos, ainda engatinha na dogmática penal, menor será seu desempenho quando se pretenda estabelecer que os crimes omissivos próprios e os comissivos por omissão tenham por objeto condutas identificadas, respectivamente, como omissão, em si mesma, e como omissão equiparável à comissão. Mediante esse critério, o desfecho seria simplesmente tautológico: crimes omissivos seriam os que resultariam de omissão; crimes comissivos por omissão, aqueles em que a omissão constitui uma modalidade de ação. Igualmente, é inservível a diferenciação baseada no resultado, porque é possível a existência de delitos omissivos próprios de resultado – a própria omissão de socorro se refere a resultados mais graves, como formas qualificadas – e, ademais,

porque se assentam em uma relação de causalidade, que não tem existência real. A diferenciação com base no resultado teve seu significado, quando se estabelecia que os delitos omissivos impróprios implicavam a violação de um direito subjetivo, em oposição aos delitos omissivos próprios, que constituíam apenas uma desobediência.

Atendendo às características da ordem jurídica e seus enunciados, a diferença entre esses crimes deve residir na estrutura da norma que impõe ou que proíbe a atividade. Tem-se afirmado que as normas proibitivas e mandamentais, que constituem as chamadas normas incriminadoras, são normas opostas, isto é, ou proibitivas ou mandamentais. Mas a teoria mais recente considera que não existe norma puramente proibitiva, como não existe norma puramente mandamental.¹ É que, ao não considerar que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo, torna-se funcionalmente impossível a precisa identificação da lesão do bem jurídico. Porque no momento em que se diz que a norma mandamental é aquela simplesmente que impõe uma atividade, reduz-se em dizer que aquele que se encontra em inatividade viola a norma mandamental, o que nem sempre pode ocorrer. Ademais, aquele que se encontra em inatividade, embora possa violar a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que realiza outra atividade que não aquela que a norma determina. Convém salientar, ademais, que não se trata de reedificar a velha teoria nomológica, derivada do positivismo. A diferenciação entre norma proibitiva e norma mandamental constitui a base para estabelecer os pontos de referência de uma conduta perlocucionária.

Pode-se, portanto, considerar que entre norma mandamental e norma proibitiva subsiste uma relação dialética, de modo que a norma mandamental, ao mesmo tempo que impõe uma atividade, proíbe outra. Assim, a norma proibitiva: ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade, a atividade de respeito à vida humana. Isso está implícito na norma proibitiva. Sem levar em conta essa estrutura, não se poderia admitir no direito penal o delito culposos, cujo núcleo está situado na violação de um risco autorizado, que pressupõe também a realização de uma atividade não arriscada. Quem se anime a conduzir um veículo, deve fazê-lo dentro das regras de direção; não o fazendo, estará se omitindo em face do cuidado que deve tomar nesse ato de direção. Há, portanto, uma proibição associada a uma atividade condicionada a determinados atos positivos e também negativos. Se a norma penal deve estar associada a um sentido, pelo qual se afere a lesão de bem jurídico, seu enunciado nem sempre pode se bastar com a mera proibição, mas também com algum comando. Com isso não se está atribuindo ao direito penal a função protetiva do bem jurídico, que é

¹ BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 98; MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*, PG, 1998, p. 267.

uma questão de política criminal, mas apenas identificando o sentido imposto pela norma, ao definir os atos como delituosos.

Isso não significa, ademais, que nos *crimes comissivos* subsista, ao lado da proibição, um dever geral de obediência. A atividade positiva associada à proibição será apenas aquela necessária a identificar as zonas do lícito e do ilícito, como condição para a orientação da conduta de seus destinatários. Nada tem isso a ver com a proteção do bem jurídico. Quando o sujeito se tenha decidido a empreender essa atividade, o importante será verificar se seus contornos essenciais estavam presentes na definição legal, como proibição ou como determinação. Quer dizer, o dever decorrente de uma norma mandamental, que se encontre inserida na norma proibitiva de um delito comissivo, deve ser visto como dever complementar, cujo cumprimento se torne necessário como ponto de referência da proibição. Se a proibição é de não matar, a imposição de respeito à vida alheia funciona também como condição de orientação de conduta, a fim de que o sujeito não ingresse na zona do ilícito. Aqui, a ênfase do enunciado normativo não está no fim de proteção do respectivo bem jurídico *vida*, mas na adequada comunicação ao sujeito de todos os limites normativos, de modo que possa evitar a prática do ato ilícito de intervir sobre a vida de outrem. Isso só pode ser compreendido e assimilado no conjunto dessa proibição em face da ação típica daí decorrente e não como dever isolado e independente. Embora se deva fazer sempre uma referência ao tipo penal, não se adota, para essa diferenciação, o critério formal proposto por Armin KAUFMANN,² de que os delitos omissivos próprios seriam aqueles que estariam previstos expressamente na lei, e os delitos omissivos impróprios resultariam da combinação de uma cláusula geral e de um tipo de delito comissivo. A partir da análise da norma, que fundamenta a ação perlocucionária, pode-se chegar à conclusão de que o critério da previsão legal não será o mais acertado. Não importa, como se verá mais adiante, a forma como a lei prevê os delitos, mas sim como essa forma influencia o sujeito a empreender um sentido à sua conduta, em face de pontos de referência normativos e empíricos.

Quando se diz, portanto, que a proibição isolada não teria sentido, isso significa que a lesão do bem jurídico deve ser considerada não apenas com base no resultado efetivamente realizado, senão também no conjunto do processo causal que nele culminou e no qual se referencia seu componente mandamental. Parece que, ao edificar-se a norma em face de um contexto comunicativo, estar-se-ia dando maior importância à orientação da conduta do que à lesão de bem jurídico. Ocorre que a lesão de bem jurídico só será relevante como ponto final de realização da tipicidade, quando situada também em contexto comunicativo. Claro que sem lesão ou perigo de lesão ao bem

² KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277; D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, Coimbra, 2005, p. 228.

jurídico não há injusto, mas isso sem prescindir de um processo global de comunicação e de orientação de conduta. Se a norma é inapta a traçar com nitidez os elementos de orientação de conduta, não há que se falar de injusto.

II. DELITOS CULPOSOS E OMISSIVOS

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

Há pessoas que dirigem em excesso de velocidade. Contudo, o excesso de velocidade, por si só, não caracteriza delito algum,³ apenas demonstra que há violação de um dever de cuidado ou que o sujeito realiza uma atividade em desacordo com o risco autorizado. A norma jurídica que impõe uma atividade cuidadosa é a mesma que proíbe uma atividade descuidada. À pessoa que dirige um veículo, a norma informa que, se o fizer em excesso de velocidade, em determinado local, poderá violar o dever de cuidado ou o risco autorizado e, com isso, lhe poderá ser imputado um resultado proibido, caso dessa direção decorrer uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico. Mas, ao mesmo tempo em que expressa a proibição acerca do excesso de velocidade, informa também sobre os modos corretos de dirigir, isto é, conforme os padrões do risco autorizado. A imposição desse dever de condução dentro dos limites aceitáveis do risco não implica, porém, que a norma persiga uma finalidade protetiva do bem jurídico mediante a incriminação da conduta descuidada. Na regulamentação de ações em si mesmas perigosas, a ordem jurídica deve valer-se de um critério de modo a conter os excessos do risco autorizado dentro de etapas de delimitação do proibido. Nesse caso, a infração ao dever de cuidado, que caracteriza o excesso do risco, não tem existência autônoma em relação à norma de proibição. Ao contrário, uma vez que a delimitação das etapas proporcionais do risco excedido faz parte do processo de proibição, o dever de cuidado é, pois, uma forma de modulação dessa proibição. Nos delitos culposos, portanto, o que se proíbe não é a ação em si mesma, mas a produção de um evento final, como resultado de um excesso na condução de uma atividade previamente regulada. Neste sentido é que deve ser compreendida, modernamente, a composição da norma proibitiva, dando-se, assim, uma interpretação adequada à antiga teoria kelseniana da unidade de proibições e comandos num mesmo preceito normativo. Portanto, a norma jurídica

³ O Código de Trânsito Brasileiro prevê o excesso de velocidade como delito (art. 311), quando «incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos e onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano». Quer dizer, trata-se de um delito de perigo concreto à vida ou à integridade física das pessoas. Embora na redação do artigo se faça referência genericamente ao perigo de dano, não se pode estendê-lo também ao patrimônio, porque isto viola o sistema da ordem jurídica, que passaria a punir como doloso o ato preparatório de um dano culposo impunível, o que é irracional e absurdo.

dos delitos culposos se compõe, basicamente, de uma proibição, vinculada a um processo gradual de imposições, como sua forma de expressão, mas sem caracterizar-se como norma mista, proibitiva e determinativa, como antes já se imaginara. Com isso, será possível delimitar os lindes do justo e do injusto e identificar com precisão a lesão do bem jurídico.⁴

Esse conteúdo dialético das normas incriminadoras, porém, precisa de uma delimitação e não pode ser interpretado simplesmente em face de sua orientação protetiva. Num estado de garantia, o conteúdo mandamental deve estar expressamente enunciado e também condicionado ao pressuposto de que, com sua transgressão, se estará pondo em perigo concreto ou lesando um bem jurídico reconhecido.

III. DELITOS OMISSIVOS POR COMISSÃO

Diante da diversidade com que a conduta se manifesta no mundo exterior, a doutrina vem reconhecendo uma nova categoria de delitos, a que denomina de delitos omissivos por comissão. A consideração em torno da existência desses delitos decorre, propriamente, da forma e do modo como se manifesta a inatividade. Pode parecer, à primeira vista, que, se uma inatividade não pode produzir materialmente um resultado, igualmente não poderia ser produzida, senão como expressão de uma vontade individual do omitente. Essa aparente contradição se desvanece, porém, quando se procede a uma diferenciação quanto à relação entre inatividade e resultado, por um lado, e quanto à relação entre inatividade e interferência, de outro lado. Aqui não se está tratando de uma forma comissiva de se omitir, mas, sim, de uma interferência sobre a ação devida. Essa categoria de delitos tem sido contestada pela doutrina, que entende desnecessária sua classificação: ou haveria delito omissivo ou delito comissivo, sem possibilidade de uma terceira categoria.⁵ ROXIN, por seu turno, compreende quatro modalidades desses fatos: a participação ativa no delito omissivo, a *omissio libera in causa*, o impedimento de atos de salvamento de terceiros e a interrupção de tratamentos técnicos.⁶

1. A participação ativa em fatos comissivos

Relativamente à participação ativa em fatos omissivos, pode-se dizer que a doutrina não é pacífica. Aqueles que a admitem consideram, nesse caso, a causalidade como fator decisivo para a determinação da imputação. Se alguém instiga outrem a não prestar o socorro devido, responde, segundo

⁴ No sentido da unidade de proibições e comandos, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal*, PG, 1998, p. 267.

⁵ Assim, OTTO, Harro. *Strafrecht*, AT, 7.^a ed., 2004, p. 156 e ss.; STOFFERS, Kristian F. «Die Rechtsfigur Unterlassen durch Tun», in JA, 5, p. 138 e ss., 1992.

⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 600 e ss.

ROXIN, por instigação ativa no delito de omissão de socorro, valendo o mesmo para a cumplicidade. ARMIN KAUFMANN e WELZEL, por outro lado, postulam, nesse caso, por uma responsabilidade por ação, a partir do argumento de que o resultado produzido se incluiria no âmbito do exercício de uma atividade final.⁷ Ambas as soluções, no entanto, não caracterizam uma modalidade especial de delito, como seriam os delitos omissivos por comissão. Se ao instigador se impõe o dever de socorrer, será ele autor e jamais partícipe; se, em contrapartida, não tem obrigação de atuar, será difícil compreender como lhe poderia ser imputado o resultado por omissão. A alternativa proposta pelo finalismo, ao afirmar a existência de um delito comissivo, é igualmente incapaz de superar o impasse da causalidade: o instigador, na verdade, não causou o resultado; sua ação se resumiu a convencer outrem a se omitir, mas dessa omissão nada pode resultar. A responsabilidade do omitente, ademais, não está assentada na causalidade, mas, sim, na decisão de que a ação que lhe era devida tinha chances de evitar o evento. Se a responsabilidade do instigador, por seu turno, depende daquela do omitente, e esta não pode ser aferida pela causalidade, em termos empíricos, mas tão somente por força de um raciocínio lógico, jamais se poderá dizer que o instigador teria cometido um delito comissivo. O que há, portanto, é um puro jogo argumentativo para instituir uma responsabilidade sem uma base material que a sustente. Talvez se pudesse pensar em uma responsabilidade por omissão do instigador, a partir de sua inserção no âmbito da ingerência. Mas, então, seria necessário demonstrar, segundo a formulação de SCHÜNEMANN, que ele teria domínio sobre os fundamentos do resultado,⁸ ou seja, de que sua conduta produzira um risco material ao bem jurídico, cuja evitação se encontrava, exclusivamente, em suas mãos. Mais precisamente, no dizer de SCHÜNEMANN, o resultado no âmbito da ingerência «só pode ser imputado ao omitente, quando este domine, com atualidade e essencialmente, sua causalidade ou a debilidade da vítima».⁹ Uma vez que isso se dê, já não se estará em face de uma participação por comissão, mas sim de um delito omissivo, o que tornaria inútil a teoria dos delitos omissivos por comissão.

2. A *omissio libera in causa*

A segunda modalidade dessa categoria – a chamada *omissio libera in causa* – se daria quando o garantidor eliminasse, por força de um ato comissivo, a possibilidade de sua posterior atuação.¹⁰ Por exemplo, alguém destrói o barco salva-vidas antes que possa ser usado em benefício do afogado; o

⁷ KAUFMANN, Armin. *Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 190; WELZEL, Hans. *Strafrecht*, AT, 1969, p. 206.

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 236

⁹ Idem, *ibidem*, 1971, p. 241.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 660.

controlador de voo se embriaga voluntariamente para não atuar no momento em que lhe era exigida uma conduta comissiva. O problema reside em se identificar como se processa a interferência das ações precedentes sobre a omissão posterior. Para que se afirme uma *omissio libera in causa* é preciso que o sujeito tenha o dever de impedir o resultado e que haja uma atualidade da ação precedente para com a omissão posterior.

No caso do barco, o proprietário que o destrói, mas que estava obrigado a conservá-lo para servir de resgate de afogados, só poderá ser responsabilizado pelo seu não uso posterior, se esse ato de destruição se ligar imediatamente à situação de risco em que se encontrava a vítima, ou seja, a destruição e a situação de risco devem estar vinculadas entre si num mesmo contexto de atualidade. Se isso não ocorrer, não se poderá falar de delito omissivo por comissão, mas apenas de delito omissivo culposo, ou mesmo de um delito de omissão de socorro, caso o omitente não se enquadre na posição de garantidor.¹¹

Já na questão do controlador de voo, que atua dolosamente no sentido de não supervisionar o tráfego aéreo e de causar o acidente, parece tratar-se de um delito omissivo impróprio, porque, no fundo, a norma mandamental complementa a norma proibitiva, como ocorre no crime do art. 261 do Código Penal. Nessa hipótese, o fato de se colocar em estado de embriaguez para não atuar não interfere na caracterização do delito omissivo impróprio, só constitui uma questão a ser decidida no âmbito da culpabilidade. Há, aqui, uma ação precedente e uma omissão consequente, bem como uma posição de garantidor. Mesmo ROXIN, que acolhe essa classificação dos delitos omissivos por comissão, reconhece que, quanto a isso, haverá mesmo, no fundo, um delito omissivo.¹² São irrelevantes, neste caso, as considerações em torno da *omissio libera in causa*. Se o sujeito que realiza a ação antecedente não é garantidor, não pode responder por qualquer delito. Não há que se falar de omissão de socorro, porque este delito depende da real possibilidade de prestar o socorro ou de chamar a autoridade para fazê-lo no momento em que ocorre a situação de perigo para a vida, a saúde ou a integridade corporal da vítima. Só nesse momento é que se institui o dever de agir.

Diversa é a hipótese da chamada *omissio libera in omittendo*, que nada tem a ver com os delitos omissivos cometidos por ação.¹³ Nessa hipótese, trata-se de uma omissão precedente e de uma omissão posterior, em momento

¹¹ Também admitindo uma omissão, Eberhard STRUENSEE (*Grundlage Probleme des Strafrechts*, 2005, p. 82 e ss.), para quem a questão acerca do momento em que efetivamente o dever é imposto, de modo a vincular a ação precedente a uma ação futura ou a uma omissão, constitui tema de interpretação do respectivo tipo mandamental.

¹² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 661. Em sentido contrário, reconhecendo um delito comissivo, mas só punível se o sujeito for garantidor, JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, p. 219.

¹³ STRUENSEE, Eberhard *Grundlage Probleme des Strafrechts*, 2005, p. 84.

em que o sujeito já não está capacitado para realizar a ação devida. Há que se estabelecer também uma diferenciação entre *actio libera in causa* e *omissio libera in causa*. Na *actio libera in causa*, o sujeito se coloca em situação de inimputabilidade, a qual impede seu discernimento acerca do caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com ele, no momento da ação, o que constitui questão da culpabilidade. Na *omissio libera in causa*, falta-lhe, no momento do fato, a capacidade de ação, o que caracteriza uma questão de tipicidade.¹⁴ O Código Penal brasileiro (art. 26), à primeira vista, quer trabalhar ambos os casos no âmbito da imputabilidade, mas isso só tem significado quando o omitente é garantidor, o que faz mudar a perspectiva da omissão, que está vinculada também a uma norma proibitiva. Caso contrário, a regra é inútil.

São muito discutíveis os fundamentos para a punibilidade de ambas as hipóteses. Normalmente, a doutrina tem seguido, neste setor, três orientações distintas: do modelo de autoria mediata, do modelo do tipo e do modelo de exceção. Em qualquer delas, porém, as soluções são contraditórias em relação aos delitos omissivos. Na adoção do modelo da autoria mediata, que tem sido seguido no Brasil em relação aos crimes comissivos,¹⁵ em que o autor se põe ele mesmo, em momento anterior, na condição de um instrumento inconsciente posterior (alguém se droga para cometer, posteriormente, um delito, quando já não estava consciente), observa-se uma incompatibilidade de seus fundamentos para com a omissão. Em primeiro lugar, um delito omissivo não pode ser cometido em autoria mediata; se isso ocorrer, ou o agente será punido como autor de um delito omissivo ou como autor de um delito comissivo, mas, em qualquer caso, não como coautor de omissão. Em segundo lugar, como nos delitos omissivos o sujeito deve estar vinculado à ação devida, de forma que possa efetivamente realizá-la, falta-lhe na *omissio libera in omittendo* um domínio possível sobre a causalidade, o que torna o instrumento inidôneo. No que toca ao modelo do tipo, não será possível dizer que o fato de o agente se omitir e, assim, se deixar colocar em situação de incapacidade já constitua momento típico de um delito omissivo, quando este pressupõe uma omissão atual. A vigorar esse modelo, a punibilidade decorreria de se caracterizar uma omissão atual como desdobramento de uma omissão anterior, o que fere a natureza das coisas. Do mesmo modo, o modelo de exceção que quer carac-

¹⁴ Entendo que ambas as situações são idênticas, BAIER, Helmut. «Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der *omissio libera in causa*», *Goldhammers Archiv*, 1999, p. 278; SCHÖNKE; SCHRODER; STREE. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 216.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, PG, tomo 2, p. 53; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, 2.^a ed., 1965, vol. 2, p. 189; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, 2002, vol. 1, p. 211; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 323.

terizar o fato como típico por razões de política criminal esbarra no princípio da legalidade.¹⁶

3. O impedimento da ação de terceiro

Já no terceiro grupo se situam aquelas hipóteses em que o sujeito impede o salvamento a ser prestado por terceiro, ou recua e deixa de prosseguir no salvamento, depois de havê-lo iniciado. No primeiro caso, trata-se de um delito comissivo. A interferência direta sobre os atos de salvamento efetuados ou a serem efetuados por terceiro corresponde a um desprendimento de energia e, conseqüentemente, fundamenta uma causalidade.¹⁷ No outro caso, porém, a solução é mais problemática. SAMSON defende a tese de que, aqui, se dará sempre um delito comissivo, pois, diferentemente do ocorre com a simples omissão de salvamento, a interrupção do ato de salvar agrava a condição da vítima, instituindo-se, então, não mais uma relação entre norma mandamental e conduta devida, mas entre norma proibitiva e conduta positiva.¹⁸ ROXIN, em contraposição, entende que, embora na interrupção do ato de salvar se possa presenciar um desprendimento de energia, isso não será suficiente para afastar a incidência de uma norma mandamental e instituir uma norma proibitiva.¹⁹ A melhor doutrina está ao lado de ROXIN, porquanto, como ele mesmo pondera, não será racional que alguém que tenha iniciado o salvamento e depois desistido de lhe dar seqüência deva merecer tratamento mais rigoroso do que aquele que simplesmente nada fez, ainda que pudesse realizar a ação devida. A racionalidade de uma solução em favor do delito omissivo por comissão e não de um delito comissivo decorre, neste caso, da aplicação do critério de proporcionalidade.

4. O desligamento de aparelhos de reanimação

No último grupo, a referência diz respeito às hipóteses de desligamento de aparelhos automáticos de reanimação. Como já foi salientado no capítulo anterior, a doutrina majoritária tem considerado que o ato cometido pelo médico, ao desligar os aparelhos sob sua supervisão, ainda que implique um desprendimento de energia ou que possa ser tido como causal para o resultado morte do paciente, deve ser caracterizado dentro dos delitos omissivos, permanecendo, ademais, impunível.²⁰ A corrente minoritária, que postula em

¹⁶ Crítico quanto a esses modelos, BAIER, Helmut. «Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omissio libera in causa», *Goldhammers Archiv*, 1999, p. 280; também, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, PG, 4.^a ed., 2010, p. 293.

¹⁷ WESSELS; BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 274.

¹⁸ SAMSON, Erich. «Begehung und Unterlassung», *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 569 e ss.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 663.

²⁰ Assim, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 664; SCHÖNKE; SCHRÖDER; ESER. *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27.^a ed., 2006, p. 1.784; WESSELS; BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 274.

favor da existência de um delito comissivo,²¹ não pode se sustentar e tampouco justificar suficientemente a não punibilidade do fato. A admissão de um delito omissivo por comissão, com a conclusão de sua não punibilidade, foi suficientemente demonstrada por ROXIN. De fato, a prevalecer a tese minoritária que se assenta apenas na energia ou na causalidade, a solução poderia ficar na exclusiva dependência da evolução técnica dos aparelhos: bastaria que esses fossem construídos com um botão de desligamento automático para que o fato se caracterizasse, então, como omissivo e não comissivo.²² Esse argumento parece irresponsável e indica a necessidade de se verificar, nesse caso, a prevalência da norma incidente sobre o fato, se proibitiva ou mandamental. Como o ponto de gravidade da conduta se confronta, então, com uma norma mandamental e não proibitiva, a solução em favor de um delito omissivo por comissão deve ser vista como acertada.

IV. CASOS PRÁTICOS

A matéria referente à classificação dos delitos em face de suas características comissivas e omissivas continua a induzir discussões. Ainda que a doutrina tenha se esforçado na busca de critérios delimitativos, as soluções parecem ficar na dependência da análise dos casos concretos, nos quais a omissão adquire significado no âmbito do mundo da vida. Alguns exemplos podem demonstrar a dificuldade de se estabelecer uma linha divisória absolutamente nítida entre *ação* e *omissão*, e cuja solução, de caracterizar o fato como *crime comissivo* ou *crime omissivo*, não se limita a mera exigência classificatória. Se se opta pela omissão e se tem um *crime omissivo*, deve-se definir, ademais, se o sujeito tinha ou não o dever de agir, exatamente nos termos em que a lei o determina.

EXEMPLO N. 1. Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas – as chamadas luzes de estacionamento – e acaba, por isso, ocasionando um acidente, porque o motorista de um automóvel, que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em consequência do acidente, o motorista do automóvel morre. A decisão se haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo* pode variar conforme a identificação da modalidade da conduta, caso se trate de uma ação, ou de uma omissão. Poder-se-ia dizer, por um lado, que haveria, nesse caso, um *crime omissivo culposo*, porque o caminhão não tinha as luzes traseiras acesas, quando o motorista o dirigia. Omitiu-se esse motorista de verificar se as luzes traseiras estavam em condições de tráfego. Mas também se pode concluir que haverá um *crime comissivo culposo*, se se entender que

²¹ Assim, BAUMANN; WEBER; MITSCH. *Strafrecht*, AT, 2003, p. 276; JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 604.

²² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 665.

o sujeito trafegou sem as luzes traseiras. A diferença é sutil, mas é importante. Na verdade, aplicando-se ao caso os critérios antes propostos, pode-se dizer que há delito comissivo culposo. Essa solução é tanto compatível com os critérios da energia e da causalidade, quanto com o critério normativo. Visto o fato em sua globalidade e não nos pormenores acidentais ao ato de direção, se poderá afirmar que o motorista, ao dirigir o caminhão sem as luzes traseiras, já desprendera energia para violar o risco autorizado. Igualmente, em face disso, ao proporcionar que o outro veículo se chocasse com o caminhão, dera causa à produção do evento. Da mesma forma, o preceito normativo incidente sobre o caso está assentado essencialmente na proibição de dirigir naquelas condições e não na omissão de uma atividade devida.

EXEMPLO N. 2. O médico está cuidando de certo paciente internado em estado grave num hospital. Apesar de todo cuidado e do tratamento intensivo que recebe, de repente apresenta uma parada cardíaca. O médico resolve socorrê-lo com massagens de reanimação, que são executadas sem qualquer proveito. Após algum tempo, é aconselhado por um colega a abandonar a empreitada sob o argumento de que o paciente *não teria mais chance*. O médico para de reanimá-lo. Claro está que há uma omissão e uma ação. O médico não desprende energia, nem causou a morte do paciente; do mesmo modo, a norma que disciplina a atividade médica e que lhe impõe, nesse caso, uma atividade é de natureza mandamental e não proibitiva. Por outro lado, o médico, ao interromper a atividade salvadora, não ingressou no âmbito do injusto. Isto porque a orientação da atividade imposta pela norma deve ter algum significado. Para que a orientação de conduta se torne apta a integrar-se a um contexto comunicativo, será necessário que continue a servir de modelo ou de referência para a conduta futura do médico. Se a conduta exigida é, a partir de determinado momento, inútil, cessa a orientação normativa e, conseqüentemente, se exaurem as bases de uma comunicação válida.

Caso o médico não pare de reanimar o paciente e faça com que essa modalidade de reanimação tenha seqüência por meio de um aparelho automático, que se encarrega da estimulação do coração enfermo e permanece em funcionamento durante alguns dias, parece que a solução se torna mais complexa. Imagine-se que, após certo tempo, vem outro assistente e lhe diz que *não adianta insistir com o processo de salvamento, porque o aparelho não poderá reanimar o paciente* e que melhor *será desligá-lo*. Se ambos desligam o aparelho e, em seguida, o paciente morre, a indagação acerca da natureza do comportamento não será tão evidente. A resposta se há *omissão* ou *ação* parece que não se resolve, inicialmente, pelos critérios da energia e da causalidade, os quais irão afirmar a existência de uma ação e, conseqüentemente, de um delito comissivo. A melhor solução será considerar, como visto no item anterior, um delito omissivo por comissão, mas eximindo o médico de

responsabilidade em face de a ação devida não apresentar mais significado em face dos limites traçados para a identificação da zona do injusto.

EXEMPLO N. 3. Um sujeito se dispõe a salvar outra pessoa, que se está afogando na praia de Copacabana. Quando está prestes a salvá-la, é impedido de fazê-lo por seu vizinho, que quer a morte da vítima. A discussão deve conduzir ao reconhecimento de um delito comissivo atribuído ao vizinho porque a interferência sobre o ato de salvamento alheio implica a produção causal do evento.

EXEMPLO N. 4. Ainda em relação ao mesmo quadro, o sujeito quer salvar uma pessoa que cai da barca Rio-Niterói e está se afogando. Para isso, lança-lhe um salva-vidas e, uma vez agarrado pelo acidentado, passa a recolhê-lo. No meio do ato de salvamento, contudo, reconhece no afogado seu inimigo e, refletindo acerca da fortuna do acidente, resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinenti solta a corda e deixa que a vítima se afogue. Diversamente do exemplo n. 3, aqui não há intervenção sobre o processo causal, há apenas o descumprimento de uma norma mandamental. Neste caso, então, será adequado caracterizar-se um delito omissivo por comissão.

EXEMPLO N. 5. Caso da jurisprudência alemã. Um fabricante importa da China pelos de cabra para a confecção de pincéis, mas não manda desinfetá-los previamente como deveria. Os pelos vêm impregnados de bacilo antrácico, o qual acaba matando quatro operárias que os manipulavam.²³ Independentemente da questão da imputação, que poderia ser excluída porque na época o uso da substância desinfetante seria inútil, o fato é tipicamente de delito comissivo culposo. Nem há que se falar de delito omissivo culposo: o fabricante realizou uma ação positiva (ao entregar os pincéis contaminados às empregadas) e, com isso, desencadeou um processo causal para a lesão do bem jurídico.

EXEMPLO N. 6. Caso da jurisprudência brasileira. O proprietário de uma casa deixa que crianças vizinhas brinquem no seu quintal, onde há uma caixa d'água destampada. Uma delas cai na cisterna e morre.²⁴ Este caso envolve, ademais, questão de imputação. Se as crianças invadem o local, sem que o proprietário lhes tenha permitido, a imputação estará excluída pelas regras

²³ Aqui não se está discutindo a questão da responsabilidade do fabricante, que estaria excluída pelo princípio da ausência de realização de risco não permitido, já que os métodos de desinfecção existentes na Europa, na época do fato, seriam ineficazes frente ao bacilo antrácico. Sobre o fato: *RGSt* 63, p. 211; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 4.ª ed., 2006, p. 387; com outro fundamento, eliminando o desvalor do resultado, KÜPER, Wilfried. «Überlegungen zum sog. Pflichtzusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, p. 256.

²⁴ Há inúmeros casos semelhantes, recolhidos na jurisprudência: *Jutacrim* 90/391; 54/231; *RT* 367/342.

gerais relativamente à ausência de incremento do risco, ou, no sentido da não previsibilidade do evento, tomado em sua expressão concreta. Se o proprietário lhes permite a entrada, o fato é de crime omissivo culposo de homicídio. Diferentemente do exemplo do caminhão que trafega com as luzes traseiras apagadas, o ato de manter uma caixa d'água descoberta não se insere unicamente no âmbito de uma norma proibitiva, quanto também de um mandamento. Até porque o proprietário poderia haver adquirido a casa já com essa caixa d'água descoberta e nada ter feito para eliminar essa fonte de perigo, que passou a ser de sua responsabilidade.

Note-se que em todos esses exemplos a afirmação acerca da modalidade de conduta não pode por si mesma elucidar acerca da natureza do delito, pondo em destaque a complexidade da diferenciação entre ação e omissão. Enfocados os fatos de uma ou de outra maneira, pode-se entender que são *crimes omissivos* ou *comissivos*. Mas as consequências da diferenciação são importantes, porque, se em todos esses casos se tratar de *crimes comissivos*, as exigências de punibilidade poderão ser menores, quando demonstrada normalmente, além dos demais elementos que compõem o tipo legal, que o resultado, no plano causal, possa ser imputado objetivamente ao sujeito. Ao dizer que haverá *crimes omissivos*, ter-se-á de demonstrar também a violação do *dever de agir*, com todos seus consentâneos, o que altera os fundamentos da punibilidade.

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

V. A CLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS OMISSIVOS

1. As espécies de delitos

No âmbito puramente de sua configuração legal, deve-se estabelecer também a diferença entre *crimes omissivos próprios* e *crimes omissivos impróprios*.

Normalmente, essa diferenciação não oferece dificuldades, pois todos sabem identificar quando se trate de um ou de outro. Mas, às vezes, as complexidades afloram e os critérios de diferenciação falham. Em face da diversidade de critérios, alguns autores propõem a criação de três espécies legais de crimes omissivos e não de apenas duas. Assim, afora o caso dos crimes omissivos por comissão, que se desenvolvem sob o panorama da forma e do modo de sua realização, no âmbito legal aventa-se a existência de um terceiro grupo

de casos, de modo que se possam reconhecer, primeiramente, os delitos de mera omissão (delitos omissivos próprios), os delitos de omissão e resultado e os delitos omissivos impróprios.²⁵ Ainda que se reconheça certa validade a esta classificação, é preferível a classificação bipartida, porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados como delitos omissivos próprios ou impróprios. O fundamento dessa classificação tripartida, que é de evitar a polarização de apenas uma das perspectivas (político-criminais, axiológicas, jurídico-positivas ou estruturais) de identificação do desvalor do ato ou do resultado, não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.

Acolhendo uma classificação bipartida, vê-se que a diferenciação entre essas duas categorias de delitos omissivos torna-se até mesmo evidente em certos casos. Isso ocorre na análise da omissão de socorro em contraste com o homicídio, para afirmar este último quando a mãe deixa de amamentar o filho recém-nascido. O primeiro será próprio, o outro impróprio. Mas, quando o tipo legal comporta, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações e omissões, como ocorre com o delito de *abandono de incapaz* (art. 133), de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318) ou de *fuga de pessoa presa* (art. 351),²⁶ sua correta diferenciação deve valer-se de outros critérios. Igualmente, controversa será a decisão acerca dos delitos que contemplam omissões, mas vinculadas a deveres especiais de proteção, como o previsto no art. 1.º, § 2.º, da lei que define os crimes de tortura.²⁷

2. Os critérios de diferenciação

O primeiro critério de diferenciação é o mais elementar deles. É o critério do sujeito.²⁸ Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Essa é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a quali-

²⁵ Assim, MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. «La cláusula general sobre la comisión por omisión», *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 907; SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *El delito de omisión*, 2010, p. 423.

²⁶ «Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.»

«Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho. Pena: reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e multa.»

«Art. 351. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.»

²⁷ Lei 9.455/1997. Art. 1.º, § 2.º: «Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.»

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*, 1970, p. 110.

dade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.²⁹

O segundo critério é o da previsão legal, sustentado entre outros por Armin KAUFMANN.³⁰ No crime omissivo próprio, a lei penal descreve a modalidade de omissão. Por exemplo, «deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública» (art. 135). No crime omissivo impróprio não existe a tipificação da omissão como tal.

Mas esses dois critérios, que normalmente se conjugam, não são suficientes, porque ainda não esclarecem acerca da questão dos crimes cujos tipos preveem a ação e a omissão como formas de seu cometimento. Nos crimes de abandono de incapaz (art. 133), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318) ou de fuga de preso (art. 351), cometidos por omissão, é impossível, em face da simples definição legal, decidir-se se a omissão é própria ou imprópria.

Também se postulou encetar a diferenciação com base no resultado. Os delitos omissivos próprios seriam crimes de mera atividade, o que ensejaria sua caracterização pela simples violação do dever de agir. Os delitos omissivos impróprios deveriam ser classificados como crimes de resultado, daí a imposição de um dever de impedi-lo.³¹ Essa teoria tem seus antecedentes em LUDEN, segundo o qual os delitos omissivos próprios se exauriam na infração a um simples dever de agir, enquanto os delitos omissivos impróprios pressupunham uma lesão de direito subjetivo, de modo que da inatividade decorreria a produção de um resultado, tal como nos delitos comissivos.³² A diferenciação assentada na simples inatividade ou no resultado, que ensejaria as respectivas modalidades de dever, se geral ou especial, tem apresentado alguns problemas, porque nem sempre as descrições legais contemplam nitidamente o evento a que se referem, como elemento da lesão de bem jurídico. Ademais, há hoje uma certa tendência doutrinária, reforçada pela ideia de ROXIN, no sentido de também admitir resultado nos delitos de mera atividade. Nestes, o resultado existiria, mas só não poderia ser separado materialmente da ação, porque estaria intrinsecamente ligado a ela. Em complemento à sua tese, ROXIN pensa que nos delitos de omissão de socorro (art. 135) e violação de domicílio, na modalidade de permanência em casa alheia contra a vontade expressa de seu titular (art. 150), tidos, classicamente, como delitos omissivos próprios, o

²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1970, p. 287.

³⁰ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277.

³¹ ASSIM, JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 605; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1977, p. 75.

³² LUDEN, Henrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Göttingen, 1836, vol. II, p. 219.

respectivo resultado estaria na contínua falta de socorro ou abandono, e na permanente quebra da incolumidade domiciliar.³³ A questão, portanto, ficaria restrita à observação em torno de expressões materiais do fato e não em face da respectiva norma mandamental.

Tendo em vista a especial importância dos pressupostos da posição de garantidor para com os delitos omissivos impróprios, pode-se dizer, num primeiro plano, que este critério do sujeito, como instrumento de diferenciação, é mais relevante do que o critério legal, porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente, normalmente, nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de comissão. Mas, apesar disso, não é o critério decisivo.

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

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

Haverá crime omissivo próprio toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma a violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.³⁴

Para tornar possível a diferenciação, parece que não se deverá partir de um critério geral, mas estabelecer, em primeiro plano, os critérios que identificam os crimes omissivos impróprios, que são os que apresentam maior complexidade na configuração do injusto. Uma vez realizada essa tarefa, poder-se-á, então, traçar os elementos definitivos dos delitos omissivos próprios. Os crimes omissivos impróprios têm duas características essenciais,

³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AI, II, 2003, p. 634.

³⁴ WESSELS; BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 272.

não presentes nos delitos omissivos próprios: estão referenciados a uma norma proibitiva e mandamental, ao mesmo tempo, e se condicionam a qualidades específicas do sujeito, em face de sua posição de garantidor. Como estão referenciados a uma norma proibitiva, o dever imposto pela norma mandamental só pode ser objetivado no sentido de impedir o resultado lesivo ao bem jurídico. Não se trata, assim, de um dever geral de assistência; é indispensável que esse dever de atuar se vincule a um resultado proibido. Assim, o delito de facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318, CP), que admite tanto forma comissiva quanto a omissiva, só pode ser caracterizado, quando seja cometido por omissão, como delito omissivo impróprio. Os funcionários estão submetidos a um dever especial, que só é imposto aos servidores alfandegários, de impedir a consumação do contrabando ou descaminho. Há, portanto, a violação de uma norma proibitiva por omissão. Da mesma forma ocorre com o delito previsto na Lei de Tortura (art. 1.º, § 2.º).³⁵ A norma mandamental, aqui, está referenciada à norma proibitiva da tortura; a omissão, portanto, não viola um dever geral de assistência, mas um dever específico de evitar o resultado (sofrimento físico ou mental). Em face dessa norma e desse dever específico, surgem as dúvidas acerca da qualidade dos sujeitos dessa omissão. Se a norma está exigindo uma atuação positiva para impedir a tortura e a está impondo a quem tenha o dever de evitá-la ou apurá-la, a conclusão é que só podem ser sujeitos ativos aqueles que estiveram em uma posição de garantidor. Mais uma razão para classificar esse delito como omissivo impróprio. Também, pelos mesmos argumentos, é delito omissivo impróprio o crime de abandono de incapaz (art. 133).

A questão da posição de garantidor do sujeito, por sua vez, a qual estaria associada apenas aos delitos omissivos impróprios, passa a ser questionada diante de alguns delitos, que apresentam certas especificações de autoria. Um desses delitos é o de prevaricação (art. 319), que comporta uma ação (praticar atos de ofício contra expressa disposição de lei), subordinada a uma norma proibitiva, e duas modalidades de omissão (retardar ou deixar de praticar ato de ofício), subordinadas a norma mandamental. Como o sujeito (funcionário público) está numa posição especial de cumprir o mandamento por força de sua qualificação, pode-se dizer que ele é garantidor da execução dos atos de ofício de conformidade com a lei, sendo-lhe proibido atuar de modo contrário. Assim, há uma norma proibitiva: de efetuar atos contra a lei; e uma norma mandamental: de executar os atos legais. Nos delitos omissivos impróprios, a norma mandamental só tem existência a partir da norma proibitiva. Na prevaricação, ao contrário, a norma que impõe a execução do ato é autônoma com relação à norma que manda executá-lo. Em um mesmo contexto subsistem, então, duas modalidades diversas de delitos: um delito comissivo e um delito

³⁵ Lei 9.455/1997. Art. 1.º, § 2.º. «Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.»

omissivo próprio, este último subordinado à posição de garantidor do sujeito. A existência dessa espécie de delito no código penal, na qual a omissão própria está subordinada à posição de garantidor do funcionário público, põe em evidência que a diferenciação entre crimes omissivos próprios e impróprios não pode ser levada a efeito unicamente pelo critério do sujeito, senão pela forma típica de configuração das normas proibitivas e mandamentais.

CAPÍTULO 3

OS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Modernamente, tem-se questionado a denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que ela não é adequada. Mais inadequada ainda será a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente será incorreta a denominação de *omissão imprópria*. *Imprópria* por quê? De onde vêm o *próprio* e o *impróprio*?

JESCHECK sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de *crimes de omissão qualificada*, e os crimes omissivos próprios, de *crimes de omissão simples*, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras. Está claro que as denominações propostas por JESCHECK podem ser até mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial, que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral. A denominação proposta, de omissão qualificada, nada tem a ver com a gravidade do fato. A qualificação aqui não se refere à gravidade, mas às condições especiais do sujeito.

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe que o sujeito tenha com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de seu garantidor. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente se

o omitente conhece a vítima, ou se guarda com ela uma relação de proteção. Fala-se que essa relação especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferentemente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios.

Ainda que nos crimes omissivos próprios não haja referência direta aos deveres de garantidor, a adoção desse parâmetro para proceder à sua diferenciação para com os crimes omissivos impróprios ainda é problemática, porque há delitos omissivos próprios com qualificações especiais do sujeito, o que poderá complicar o emprego desse critério. O delito de prevaricação (art. 319), na modalidade de retardar ou deixar de praticar ato de ofício, é delito omissivo próprio, embora vinculado a uma qualificação especial do sujeito e a deveres funcionais que lhe são inerentes. Neste delito não se está cogitando de um dever geral de assistência ou solidariedade em face da administração pública, mas de um dever especial de atendimento às suas normas e ao seu funcionamento. Ademais, é composto de elementos subjetivos especiais (o fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal) que complementam o caráter típico do fato. Diante dessas dificuldades, melhor será conservar a denominação tradicional.

A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal, dos delitos que comportassem a punição pela omissão. Só desta forma poder-se-ia satisfazer ao sentido do empreendimento de afirmar que a omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.

Como um empreendimento dessa ordem, porém, só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria a criação de nova tipificação de condutas, deve-se por ora partir de que a norma mandamental acoplada à norma proibitiva só pode ser atendida por aqueles sujeitos que tenham o dever de impedir o resultado, ou seja, que se situem na posição de garantidor, segundo os requisitos inseridos no art. 13, § 2.º, no sentido de que só terão validade, caso se encontrem amparados na lei, na assunção fática ou jurídica da responsabilidade de impedir o resultado ou na ingerência.

I. A POSIÇÃO DE GARANTIDOR

1. Breves antecedentes

No capítulo 5 da primeira parte já foram discutidas questões essenciais relacionadas aos deveres de garantidor, de modo a demonstrar sua insubsistência para marcar a unidade entre ação e omissão. WELP atribui a WESTPHAL a primazia de havê-los concebido como deveres vinculados ao impedimento do resultado e, assim, à afirmação de uma comissão por omissão.¹ Cabe a

¹ WELP, Jürgen. *Vorangegangenes Tun*, 1968, p. 26.

FEUERBACH, porém, sua sistematização a partir da identificação de suas fontes formadoras, com base na lei ou no contrato.² Desde então, a doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios têm como fundamento de sua punibilidade um *dever especial* que pesa sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal.³ Com base nesses deveres especiais, cria-se uma situação, na qual o sujeito está obrigado a prestar uma conduta positiva no sentido de evitar a lesão de bem jurídico. Está claro que FEUERBACH – como LUDEN – não se ocupava propriamente da lesão de bem jurídico, mas de direito subjetivo. Independentemente, porém, dessa sua filiação à teoria iluminista do direito subjetivo, pode-se considerar FEUERBACH como o grande precursor da sistematização desses deveres especiais. Poder-se-ia pensar que, mesmo antes dele, WINKLER já havia anunciado, em 1776, a lei e o contrato como fontes desses deveres. Parece, todavia, que WINKLER não associava os deveres especiais aos delitos omissivos impróprios. Os mesmos deveres se estendiam também aos delitos omissivos próprios.⁴

A subordinação dos delitos omissivos a um dever especial de evitar o resultado foi também acolhida pelos partidários do positivismo. Assim, Von LISZT considerava que «somente quando subsista um dever jurídico de impedir o resultado» se poderá dizer que isso equivale à sua causação. Em complemento, assinalava Von LISZT que esse dever de agir resultaria de uma «determinação da ordem jurídica», aí compreendidos a lei e o contrato, e de uma «ação precedente, que permitia que a inatividade se apresentasse como antijurídica».⁵

No âmbito do neokantismo, leciona MEZGER que o decisivo é demonstrar que o omitente é *criminalmente responsável* pela ocorrência do resultado, porque dele se esperava uma conduta no sentido de evitá-lo, por força de uma especial vinculação protetiva para com bens jurídicos da vítima.⁶ Diante dessa especial relação de proteção, MEZGER concebia como fontes desse dever especial de impedir o resultado a lei ou outros atos legislativos, o contrato e a ação precedente causadora do perigo da ocorrência do resultado (ingerência).⁷ A enumeração de MEZGER supera as fontes elencadas por Von LISZT, mas ainda continua a apresentar-se de modo inteiramente formal, embora seu autor procure demonstrar, mediante a invocação de casos concretos, que a ela correspondem situações materiais. Na verdade, a enumeração formal não

² FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1803, p. 24 e ss.

³ Assim, Christian Reinhold KÖSTLIN (*System des deutschen Strafrechts*, 1855, p. 211): «(...) todos esses casos pressupõem um fundamento jurídico especial (lei ou contrato), pelo qual se estabelece a base de vinculação para o cometimento da conduta omissiva.»

⁴ WELP, Jürgen. *Vorangegangenes Tun*, 1968, p. 27.

⁵ LISZT, Franz Von. *Lehrbuch des Strafrechts*, 20.^a ed., 1914, p. 138.

⁶ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, vol. I, 1955, p. 305.

⁷ Idem, *ibidem*, 1955, p. 302 e ss.

apresentava relevância, como sinal restritivo da responsabilidade, porque, no fundo, importante seria a ação esperada, cujo conceito já estava presente em Von LISZT.⁸ Diferentemente de Von LISZT, que se valia dessa ação esperada para fundamentar conceitualmente a causalidade na omissão, MEZGER fazia dessa ação esperada um elemento para assinalar o fundamento e a constituição de um dever especial de proteção. A busca por uma fundamentação mais alentada para esses deveres especiais levou NAGLER a formular sua teoria da *posição de garantidor*.⁹ Com essa teoria, pretendia amparar a equiparação entre omissão e ação naqueles delitos em que a omissão só excepcionalmente poderia se apresentar. Em termos axiológicos, pensava NAGLER que uma posição social especial de deveres do omitente possibilitaria que sua passividade correspondesse ao atuar positivo. Desse modo, nos delitos omissivos impróprios, além dos demais elementos que compõem a omissão, dever-se-ia inserir como complemento de sua tipicidade também a posição de garantidor. Sem se pronunciar, exaustivamente, sobre o tema, MERKEL já assinalava sobre a relação entre a omissão e as atividades da vida diária, conforme o exercício de certas profissões, ofícios ou tarefas, que só poderiam ser socialmente aprovadas ou toleradas, caso seus exercentes cumprissem deveres de proteção.¹⁰

A posição de garantidor, na verdade, representa a expressão de um papel social e constitui uma antecipação jurídico-penal da teoria formulada, posteriormente, por LINTON, que o compreendia como um conjunto de expectativas normativas relativas ao portador de uma posição.¹¹ A inserção da posição de garantidor abre as possibilidades para a superação do formalismo encetado por MEZGER e passa a contribuir também para gerar uma ampliação dos deveres especiais de proteção, que, sem a prefixação legal de suas fontes, fica ao sabor da criação arbitrária da dogmática.

A técnica de situar formalmente as fontes da posição de garantidor foi acolhida, integralmente, no Brasil, já no Anteprojeto de Código Penal de 1962, de autoria de Nelson HUNGRIA e está igualmente inserida no art. 13, § 2.º, do Código vigente. Contra ela se alega que não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem é capaz de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantidor.¹²

⁸ FRANZ VON LISZT (*Lehrbuch des Strafrechts*, 1914, p. 317): «O conceito de omissão pressupõe que o resultado ocorrido pudera ser evitado por meio de uma ação possível ao autor e por nós esperada, mas por ele omitida; com isso, haverá um elemento análogo ao da causalidade do fazer, não a causalidade real, mas conceitual.»

⁹ NAGLER, Johannes. «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *Gerichtssaal*, 111, p. 59, 1938.

¹⁰ MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*, PG, trad. espanhola de Pedro Dorado Montero, 2006, p. 113.

¹¹ LINTON, Ralph. «Rollen und Status», 1945, in ENDRUWEIT-TROMMSDORF. *Wörterbuch der Soziologie*, 2.ª ed., Stuttgart: UTB, 2002, p. 459 e ss.

¹² RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*, 1989, p. 247; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Teoría geral do delito*, 1988, p. 35 e ss.

2. O conteúdo material da posição de garantidor

Como alternativa, procura-se estabelecer um conteúdo material dessa posição de garantidor, que a doutrina tem assentado em dois grandes grupos: a) a especial posição de defesa de certos bens jurídicos e b) a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo.¹³ Esta formulação foi resultado da substituição gradativa da teoria das fontes formais de MEZGER, primeiramente, por meio de sua ampliação, para nela incluir o dever resultante das chamadas *comunidades de vida e perigo*¹⁴ e, depois, com a diferenciação proposta por Armin KAUFMANN entre as *posições de garantidor de proteção* e de *vigilância*.¹⁵ Entendia Armin KAUFMANN que a posição de proteção estaria referenciada a todos os perigos aos bens jurídicos que se situassem em sua zona de influência, por força de deveres especiais impostos aos sujeitos em virtude de suas relações funcionais mais próximas da vítima. A posição de vigilância diria respeito aos deveres de fiscalização ou supervisão de certos objetos geradores de perigo, bem como em relação a perigos que decorressem de ações precedentes realizadas pelo sujeito.

A especial posição de defesa de certos bens jurídicos pressupõe, ademais, que alguém se encontre incapacitado ou sem condições de proteger seus próprios bens jurídicos e que, assim, outra pessoa esteja disso encarregada. Nessa situação, a primeira pessoa espera e pode confiar que a outra a protegerá. Já a responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo pressupõe um dever de vigilância referido a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que se possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança.

Ao primeiro grupo (proteção de certos bens jurídicos) pertencem os seguintes subcasos: a) A vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais e familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar; b) As relações profissionais de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico em relação a seus pacientes; os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores; o diretor de uma empresa de segurança para com as pessoas às quais deva dar proteção; o salva-vidas de uma piscina para com os banhistas etc.; c) A assunção, por parte de alguém, de uma função protetiva unilateral ou bilateral, que independentemente de um contrato formal, conduza a que se lhe confie a proteção do bem jurídico. Por exemplo, alguém que assuma a incumbência de ajudar um cego a atravessar a rua; a moça que, diante do

¹³ WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 279.

¹⁴ ASSIM, BAUMANN-WEBER-MITSCH. *Strafrecht*, AT, 2003, p. 294; LUNA, Everardo Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, 1993, p. 223.

¹⁵ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 282.

pedido da mãe, aceita exercer vigilância sobre filhos alheios, que se encontrem brincando na praia; o sequestrador em face de sua vítima etc.

O segundo grupo (responsabilidade pelas fontes produtoras do perigo) pode ser decomposto em outros dois subcasos: a) A situação de proteção frente a objetos ou comportamentos do próprio sujeito ou que se situem na sua responsabilidade. Por exemplo, o dono do prédio pelo bom funcionamento de seus elevadores; o dono de animais pela sua contenção e custódia; o causador de uma situação de perigo (ingerência) etc.; b) A posição de proteção frente a ações de seus subordinados. Assim, por exemplo, o delegado para com os atos dos agentes; os pais pelos atos dos filhos menores; os diretores de hospitais psiquiátricos pelos atos dos enfermos etc.

Essas particularidades da proteção funcional comportam outras classificações. Assim, JAKOBS também divide os deveres em dois grupos: deveres por força de competência institucional e deveres por força de competência organizativa. Nos primeiros se incluem os deveres que resultem da relação entre pais e filhos, entre cônjuges, das relações de confiança ou de poder e pelo exercício de funções públicas. Os segundos congregam os deveres relativos à segurança no trânsito, à ingerência e aqueles advindos de uma assunção fática.¹⁶ A imposição desses deveres fundamenta o processo de responsabilidade em face de perigos que estejam associados a esses planos de competência. Esses e outros posicionamentos já foram referidos no capítulo 5, 5, B, para os efeitos de justificar a equiparação da omissão à ação, aos quais se remete o leitor.

3. As delimitações em face do princípio da legalidade

Apesar de a assertiva funcional estar amparada sobre uma base material, correspondente a aspectos sociais relevantes, como as relações familiares sociais ou profissionais, ou a responsabilidade por fontes de perigo, a posição de garantidor, assim concebida, não atende suficientemente ao princípio da legalidade, porque, diante da variedade de fatos que pode englobar, comporta extensões intermináveis que tornam incerta a segurança jurídica.

Em todos esses casos, as relações devem ser interpretadas restritivamente, como exigência não apenas do princípio da legalidade, mas como limitação ao poder estatal sob o pressuposto da proteção da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da necessidade e da racionalidade.

Relativamente às relações familiares, não existe uniformidade acerca de quais pessoas são aqui abrangidas: se apenas os ascendentes ou descendentes, ou também os colaterais, e neste último caso até que grau, ou acerca dos bens jurídicos que possam ser lesados (vida, integridade corporal, liberdade, honra, patrimônio), ou ainda se a posição os alcança unicamente na qualidade de

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 1993, p. 782 e ss.

vítima ou também de autores de delito. Por exemplo, o pai está obrigado, tão só pela condição de ascendente, a impedir que o filho cometa um delito? Se este o cometer, a que título deve responder o ascendente? Como coautor, como partícipe, como instigador? Essas questões só podem ser elucidadas no caso concreto, diante do efetivo relacionamento entre ambos, mas, de qualquer forma, cabe ter em conta que todos os seus pressupostos devem ser interpretados restritivamente,¹⁷ pois o núcleo da atividade exigida deve estar vinculado à lesão a bens jurídicos do garantido e não de terceiros.

No que toca às relações profissionais ou nas assunções de fato do dever de proteção, a questão está em se determinarem os limites da garantia, isto é, se também se exige uma ação arriscada da própria pessoa que se situe como garantidor, ou se as cláusulas contratuais podem abarcar inclusive a proteção patrimonial e não meramente pessoal, ou ainda se a proteção deve se estender até mesmo ao impedimento de ações contrárias de terceiros. Por exemplo, ao que ajuda um cego a atravessar a rua se lhe obriga igualmente a protegê-lo diante de um assaltante? Uma racionalização dos deveres de proteção está a exigir restrições à sua extensão para além dos limites impostos no contrato ou na forma de assunção. No exemplo do cego, o dever está limitado à proteção de sua vida ou saúde em face do perigo decorrente do trânsito, mas não de outro perigo diverso.

Em face da responsabilidade pelas fontes produtoras do perigo, não se pode daí deduzir que, pelo simples fato de alguém as possuir, tenha o dever de impedir os resultados delas decorrentes. Isso porque nem sempre a posse dessas fontes é suficiente para fundamentar um dever de garantidor. Importa também considerar o comportamento da vítima, as circunstâncias concretas da produção do evento a partir dessas fontes e a impossibilidade de sua contenção. Se alguém possui um cachorro feroz em sua casa, isso não o torna garantidor em face de todos os perigos que possam resultar dessa fera. Esse dever de garantidor cessa quando circunstâncias indiquem que o evento fora determinado exclusivamente pela provocação da vítima, ou por efeitos de interferências de terceiros. Por outro lado, muitas fontes produtoras de perigo são autorizadas, desde que mantidas dentro de certos padrões de segurança, como ocorre com as usinas nucleares, com o armazenamento de gases, com as instalações elétricas e com outras atividades socialmente adequadas.

Da mesma forma, os perigos resultantes de uma ação precedente só podem gerar um dever de garantidor quando a atividade que os produziu tenha sido realizada de modo contrário ao dever. Uma fórmula geral de responsabilidade pela ingerência é absolutamente incompatível com os princípios da imputação individualizadora, porque transforma a omissão em cláusula de reserva de punibilidade.

¹⁷ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*, 1989, p. 248.

Em face das deficiências apresentadas pelo critério material, melhor será a sua combinação com o critério formal.¹⁸ Assim, quanto às relações familiares, deve-se atentar para o fato de que o art. 13, § 2.º, do Código Penal somente as acolhe como fontes da posição de garantidor, quando decorram de uma lei, relativamente à obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Isso significa, em primeiro lugar, que não será possível extrair o dever de garantidor da simples relação de parentesco, senão da medida exata dos parâmetros fixados na lei. Quando se trata de equacionar legalmente essa responsabilidade, pode-se notar que nem mesmo as leis extrapenais, que disciplinam fatos específicos, o fazem de modo expresse. Nosso Código Civil, ao tratar do pátrio poder com relação à pessoa dos filhos, em seu arts. 1.566 e 1.568, não contempla expressamente essa forma de responsabilidade, apenas obriga os pais a arcarem com seu sustento, guarda e educação. Somente a Constituição (art. 229) é que determina que os pais têm não apenas o dever de criação e educação dos filhos menores, mas ainda o de assistência, o que inclui, evidentemente, o dever de protegê-los fisicamente. Quanto aos filhos maiores, nada há na legislação brasileira, a não ser a própria norma constitucional (art. 229), que os obrigue a ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Nada se fala legalmente acerca do dever de garantidor dos irmãos ou dos tios e sobrinhos. Isso conduz a tratá-los no âmbito das relações contratuais ou de assunção fática de proteção, mas, então, com a exigência de que, em face da natureza de seu relacionamento, se possa assegurar que um assumiu essa posição de garantidor para com o outro.

4. A lei como fonte do dever de garantidor

A previsão legal de uma posição de garantidor pode provir de uma norma extrapenal, como a Constituição, o Código Civil e as leis profissionais, ou até mesmo de uma norma penal.

No delito de maus-tratos, o dever de garantidor está imposto no próprio tipo legal, alcançando aqueles que tenham a vítima sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Nesta hipótese, o tio que tem sob sua guarda um sobrinho menor, ao qual fornece meios para educar-se ou instruir-se, será garantidor frente a perigos à sua vida, integridade corporal ou saúde, devendo impedir que o submetam a trabalho excessivo ou inadequado, ou a abusivos meios de correção ou disciplina.

* A lei a que se refere o art. 13, § 2.º, *a*, do Código Penal é aquela derivada do processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, aí se compreendendo as leis complementares, as leis ordinárias,

¹⁸ Assim, também, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 10.ª ed., vol. 1, 2010, p. 300; JÚNIOR, Miguel Reale. *Instituições de direito penal*, parte geral, vol. 1, 2002, p. 261.

as leis delegadas, os decretos legislativos e as medidas provisórias desde que convertidas em lei.

Não podem ser assemelhadas à lei o decreto, o regulamento, a resolução, as instruções normativas ou qualquer outro ato emanado dos órgãos do Estado que não preencha aquelas condições.¹⁹ Essa interpretação restritiva decorre justamente dos termos do art. 5.º, II, da Constituição da República, pelo qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Esta última expressão deve ser compreendida igualmente de modo restritivo para incluir só aqueles atos que provenham do Poder Legislativo e elaborados de acordo com o processo estabelecido na própria Constituição.²⁰

Observe-se que não é qualquer dever que será imposto por lei, senão unicamente a obrigação de *cuidado*, *proteção* ou *vigilância*. A obrigação de *cuidado* compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de *proteção* se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de *vigilância* diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio. Com razão, advertem *Stratenwerth e Kuhlen* que as obrigações de proteção ou vigilância decorrentes da lei, ainda que de forma direta, não fundam, por si sós, um dever de garantidor, o qual depende dos pressupostos conferidos à forma e ao modo da relação entre o omitente e o bem jurídico, bem com entre aquele e as fontes produtoras de perigo.²¹ Com isso se procede a uma delimitação dos deveres legais, à medida que passem a depender de suas fontes materiais e não apenas dos meros enunciados normativos.

Casos especiais da concretização dos deveres de cuidado, proteção ou vigilância são constituídos entre (a) subordinados, (b) ascendentes e descendentes e (c) cônjuges.

¹⁹ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*, 1996, p. 77; BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*, 15.ª ed., vol. 1, 2010, p. 282; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, 1989, p. 192; CRESPI-STELLA *et alii*, *Commentario Breve al Codice Penale*, 1986, p. 40; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*, PG, 7.ª ed., 2011, p. 188; ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 359; em sentido contrário, Luiz LUISI (*Os princípios constitucionais penais*, 2.ª ed., 2003, p. 140) entende que se deva aqui acolher a tese da reserva relativa e não absoluta para possibilitar maior extensão aos aspectos de justiça material.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 1996, p. 230; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, 1974, p. 3.

²¹ STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6.ª ed., 2011, p. 279.

A) *O dever de vigilância sobre subordinados*

Uma parte da doutrina assinala que no dever de vigilância está incluída a obrigação de dominar os perigos provenientes dos atos do subordinado.²² Isso está correto, mas é preciso delimitar o âmbito desse dever. Relevante será a relação concreta do sujeito com o bem jurídico, de modo que sua preservação dependa de sua intervenção.²³ Igualmente, o dever, em princípio, só pode ser imposto a quem esteja em condições imediatas da prestação devida. Sendo pessoal, o dever só pode ser transferido nos casos em que a própria lei o admita, ou quando haja substituição legal dos obrigados.²⁴ Não há que se confundir, todavia, entre a substituição legal e a instituição contratual do dever. Na substituição legal, o dever incumbe também ao substituto, independentemente da concordância ou não dos obrigados. Na instituição contratual, é indispensável que o obrigado assuma voluntariamente a responsabilidade pela substituição. No que toca à autoridade policial para com os atos de seus agentes, assim como do administrador público para com os funcionários subordinados, o princípio que deve reger é o de que, entre adultos, cada qual será responsável por seus atos, o que faz limitar esse dever ao âmbito de competência material e espacial.²⁵ Assim, o dever de garantidor do delegado só poderá decorrer de sua própria conduta anterior ou pela assunção de responsabilidade, como substituto legal; assim, se ordenara a prisão, deverá vigiar para que sua execução não ponha em perigo a pessoa do detido; da mesma forma, quando assume a custódia, está obrigado a supervisionar sua execução. A existência dessa ordem, ou da substituição legal, portanto, é indispensável, na hipótese, para que o dever de vigilância sobre seu executor se concretize, de modo que esse executor já não seja o único e exclusivo responsável pelo evento. Está claro, no caso do delegado, que se ele mantém o preso nas dependências de sua delegacia, é também por ele responsável. No caso do administrador incide o mesmo critério: se o chefe ordena que o subordinado realize uma tarefa, deve fiscalizar sua execução para que essa não venha a lesar bem jurídico da própria administração ou de terceiro. Na Alemanha, vem-se firmando, ademais, uma concepção de que os limites de competência do dever de garantidor quanto aos policiais não devem vigorar quando se trate de infrações que devam ser evitadas por interesse público, aqui estimado em face de delitos graves.²⁶ Parece, porém, que essa concepção merece alguns reparos. Como o policial é obrigado, por lei, a impedir o cometimento de fatos delituosos, pelo menos em face da norma do art. 301 do CPP, o interesse público não pode ficar na dependência da gravidade do delito. Por outro lado, esse dever de impedir os fatos delituosos tem

²² BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*, 1996, p. 78.

²³ ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 360.

²⁴ Assim, também, ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 360.

²⁵ WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 282.

²⁶ Idem, *ibidem*, 2010, p. 282.

seus limites na própria condição de seu exercício: caso o cumprimento desse dever implique um risco direto e não evitável de outro modo à própria vida do policial, só lhe pode ser imposto quando lhe seja possível cercar-se de todas as medidas adequadas a diminuir ou a eliminar esse risco.

B) A relação entre ascendentes e descendentes

A relação entre ascendentes e descendentes, pelo parentesco em linha reta, não constitui por si só uma posição de garantidor, porque as condições fáticas podem conduzir a um distanciamento tão grande entre eles que já não seria racional a exigência de um cuidado recíproco.²⁷ Em face do princípio de legalidade, o que efetivamente importa é a relação entre *pais e filhos menores*. Convém ressaltar que o dever de proteção, antes de estar disposto em lei, deriva da posição social dos próprios pais, que só eventualmente se compreende nos estranhos e é respeitada por todos, de modo que, num primeiro momento, deixam que o perigo seja enfrentado naturalmente por eles, sem uma direta interferência.²⁸ Faz parte da própria formação que os filhos passem a adquirir responsabilidade por seus atos e omissões.

Não será preciso que os filhos sejam ainda constitucionalmente dependentes, como ocorre com os recém-nascidos. Os filhos menores, embora fisicamente fortes, podem encontrar-se em situação de perigo, necessitando da proteção paterna.²⁹ Igualmente não se exige que os filhos menores estejam sob a guarda dos pais. O dever de proteção não deriva aqui da convivência familiar, mas da imposição legal com base na posição social dos pais.³⁰ Ademais, o dever de proteção ainda subsiste quando os pais estiverem momentaneamente ausentes da residência familiar ou quando os filhos estiverem fora de casa, porque a posição de garantidor não está subordinada à presença física dos pais.³¹ Por outro lado, deve-se relativizar a questão do perigo conforme a própria formação dos filhos menores. Quer dizer, não devem ser consideradas no âmbito da proteção aquelas situações normais de perigo, que são impostas às crianças como consequência natural de sua própria vida. Se o filho menor está brincando num balanço, o que é comum na infância, o perigo de uma queda pode estar próximo, mas isto não significa que os pais tenham a obrigação de impedir a própria brincadeira, como imposição de seu dever

²⁷ ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 360.

²⁸ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.^a ed., 2005, p. 539; OTTO, Harro. *Strafrecht*, AS, 7.^a ed., 2004, p. 167.

²⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 1993, p. 821; KAHLO, Michael. *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, p. 318; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 2000, p. 662.

³⁰ Não deve ser seguida a postura contrária de Hans-Heinrich JESCHECK, (*Fälle und Lösung zum Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1978, p. 135), que é incompatível com a norma constitucional brasileira.

³¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 722.

de garantidor.³² Às crianças deve-se conceder certo grau de liberdade em suas ações para que aprendam a conviver com os riscos normais da vida, sem ser tornarem objeto de um modelo ideal de ser humano.³³

Por sua vez, relativamente aos atos lesivos praticados pelos filhos menores contra terceiros, o pai não estará obrigado a impedi-los só porque se situa na qualidade de ascendente, mas, sim, em face das condições concretas em que foram cometidos. O dever de vigilância está, pois, também vinculado ao comportamento do ascendente e à capacidade de autodeterminação do filho. O dever de garantidor, para tornar racional a responsabilidade, deve ser bem delimitado. Ademais, não existe uma norma legal que imponha expressamente aos pais tal dever, salvo o disposto no art. 932 do Código Civil,³⁴ que trata, porém, de responsabilidade objetiva exclusivamente para os efeitos de indenização civil e não como norma imperativa. Saliente-se, ainda, que o dever de garantidor dos pais pode ser parcialmente delegado a terceiros, como aos professores, às orientadoras de colégio ou de creches, aos dirigentes de internatos ou de colônia de férias. De qualquer modo, os pais devem ficar vigilantes quanto ao efetivo exercício dessa proteção. Caso os filhos passem a sofrer maus-tratos ou abusos, devem intervir para fazer cessar essa situação.³⁵

Uma outra questão que vem sendo discutida neste setor é se o dever de proteção subsiste entre pais e filhos ilegítimos, entre pais e filhos adotivos ou entre avós e netos. As duas primeiras dúvidas estão hoje dissipadas pela Constituição, cujo art. 227, § 6.º, estabelece expressamente que os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações. Isso quer dizer que o dever de proteção entre pais e filhos menores, ou entre filhos maiores e pais idosos, abrange todas as formas de relações naturais ou civis, aí se incluindo os filhos concebidos dentro ou fora do casamento (adulterinos ou não) e os filhos ou pais adotivos. A regra constitucional, bastante liberal e protetiva, sedimenta uma antiga reivindicação da doutrina jurídica e elimina de uma vez por todas as posições em contrário. Relativamente à segunda dúvida, não há na legislação brasileira uma norma expressa que estipule os deveres de proteção entre avós e netos menores. Aqui deve prevalecer o critério da assunção. Subsistirá um dever de proteção se os avós assumirem essa posição de garantidor, ao se encarregarem de dar-lhes assistência e ajuda ou os tiverem

³² FREUND, Georg. *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 396; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 2005, p. 540; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 723.

³³ ARZT, Günther. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1987, p. 105; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 2000, p. 663.

³⁴ Código Civil. «Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua guarda; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (...).»

³⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 724.

sob sua guarda, ou, vice-versa, se os netos, já maiores e capazes de realizarem a ação ordenada, igualmente assim se posicionarem como garantidores.

O parentesco em linha colateral não gera um dever de garantidor por força de lei. Assim, os irmãos não são garantidores uns dos outros pelo parentesco, salvo se assumirem de fato a responsabilidade de proteção, cuidado ou vigilância. No exemplo dado por ZAFFARONI e BATISTA do irmão maior que recebe da mãe a atribuição de proteção do irmão menor, aquele só é garantidor pelo contrato ou pela assunção voluntária dessa responsabilidade. Se dois irmãos resolvem nadar em uma piscina ou no mar e um deles se está afogando, ao outro só se impõe o dever geral de assistência: caso não o salve ou não peça ajuda, responderá apenas por omissão de socorro. Para que se fundamente, neste caso, a posição de garantidor, não basta a combinação de realizar atividades comuns: é necessário que cada um assuma voluntariamente a responsabilidade pela proteção do outro. Se, antes da empreitada, os irmãos combinarem que, em caso de necessidade, um salvará o outro, haverá a assunção de proteção e, consequentemente, uma posição de garantidor. Mas só por isso e não por imposição legal.

C) A relação entre cônjuges

Quanto à relação entre *cônjuges*, o Código Civil brasileiro em seu art. 1.566, III, dispõe que ambos se devem *mútua assistência*, o que significa que se lhes impõe uma posição de garantidor, de forma que um se veja obrigado a impedir resultados lesivos ou perigosos ao outro. Essa imposição de assistência mútua cessa com o divórcio, que põe fim à sociedade conjugal (art. 1.571, IV, CC).

Antes da Emenda Constitucional 66/2010, que instituiu o divórcio direto (art. 226, § 6.º, CF), havia, no direito brasileiro, uma forma de extensão temporal da posição de garantidor: na separação decorrente da ruptura da vida em comum ou quando um dos cônjuges estivesse acometido de grave doença mental, o dever de assistência era imposto ao cônjuge que tivesse tomado a iniciativa da separação (Lei 6.515/1977, art. 26). Esse dispositivo não foi recepcionado pela norma constitucional, de modo que, depois do divórcio, a assistência só pode ser fundada por assunção voluntária do outro cônjuge.

O fundamento da mútua assistência entre cônjuges reside em que os cônjuges voluntariamente se incorporam em uma comunidade conjugal, de modo que cada um confia que pode contar com a proteção do outro em caso de necessidade.³⁶ A *mútua assistência* implica, inicialmente, a proteção

³⁶ FREUND, Georg. *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 289; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 2000, p. 664; entendendo que se trata de uma comunidade de vida, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 726.

frente a *perigos à vida* do outro cônjuge, bem como a lesões a seus bens jurídicos pessoais (integridade corporal, liberdade, honra, liberdade sexual etc.) e, excepcionalmente, patrimoniais, quando vinculados àqueles. Não se deve admitir, porém, uma exagerada extensão desses bens jurídicos, nem a fiscalização de atos do próprio cônjuge frente a terceiros ou a si mesmo. Assim, não haverá o dever de impedir o resultado lesivo que o cônjuge venha a produzir em terceiros, nem se impõe a obrigação de o marido impedir o suicídio de sua mulher e vice-versa.³⁷ Esses atos (lesivos a terceiros e o próprio suicídio) situam-se no âmbito da autorresponsabilidade de cada um, que exclui a formação da posição de garantidor.³⁸ Do mesmo modo, como o fundamento material para a imposição legal é a existência de uma comunidade conjugal, cessa também o dever de assistência quando os cônjuges estiverem separados de fato.³⁹ Aplicam-se esses mesmos princípios aos companheiros em união estável, em face do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, que lhes reconhece proteção como entidade familiar. O mesmo ocorre com as uniões homoafetivas, hoje reconhecidas como união estável.

5. O contrato e a assunção fática de responsabilidade

A posição de garantidor pode originar-se também da assunção, por parte do sujeito, da responsabilidade de impedir os resultados lesivos ou perigosos a determinada pessoa.

A) O contrato

A primeira forma de assunção dessa responsabilidade é o *contrato*, que tanto pode ser escrito quanto verbal. Diferentemente do que ocorre no Direito Civil, não se exige, aqui, a capacidade civil do sujeito. Tanto os adultos quanto os menores podem assumir a posição de garantidor. Uma babá ainda que absolutamente incapaz, nos termos da lei civil, pode ser garantidora do bem jurídico da criança que lhe é confiada.⁴⁰ A assunção da posição de garantidor,

³⁷ SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.ª ed., 2006, p. 1788; em sentido diverso, Claus ROXIN (*Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 727), para quem, se o suicídio decorre de uma enfermidade mental ou depressão profunda, já diagnosticada, o outro cônjuge tem o dever de impedi-lo.

³⁸ KUDLICH, Hans, in SATZGER *et alii*, *StGB Kommentar*, 2009, p. 102; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 2000, p. 665; LACKNER, Karl. *StGB*, 22.ª ed., 1997, p. 92; OTTO, Harro. *Strafrecht*, 7.ª ed., 2004, p. 167; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 727 e ss.; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 105.

³⁹ FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57.ª ed., 2010, p. 90; KUDLICH, Hans, in SATZGER *et alii*, *StGB Kommentar*, München: Heymanns, 2009, p. 102; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 728; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 105.

⁴⁰ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 2000, p. 669; STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6.ª ed., 2011, p. 281.

porém, não impede que, no momento próprio, se declare a inimizabilidade do sujeito.

Deve-se distinguir, todavia, entre a violação do dever de garantidor e a violação de cláusulas contratuais. Se um médico se obriga a realizar o tratamento em um paciente, mas resolve viajar e deixa seu encargo nas mãos de outro médico, que assume esse tratamento, não pode responder por lesões que resultem de erros no diagnóstico de seu colega. Nesse caso, o primeiro médico só pode responder por perdas e danos, por tratar-se de mero ilícito civil. Da mesma forma, o guia de uma excursão, que não comparece no dia combinado e, assim, não impede a morte de um excursionista, que resolvera realizar sozinho a subida da montanha, não pode ser responsabilizado por essa morte na condição de garantidor, mas unicamente por descumprimento contratual. Nesses dois casos, a posição de garantidor começa no momento em que o contratado inicia a execução do contrato, sendo excluída sua responsabilidade se a vítima por si mesma ingressou na zona do perigo, sem o conhecimento do garantidor.⁴¹ ZAFFARONI e BATISTA ponderam que o «contrato só se converte em fonte do dever de agir quando a confiança depositada no sujeito exprime uma especial obrigação de cuidado, proteção e vigilância».⁴² Embora a lei brasileira só se refira à responsabilidade de impedir o resultado, parece que essa ponderação é adequada para delimitar, com maior precisão, a extensão desse dever, a fim de impedir que a mera imposição de lealdade ou de adimplemento civil possa constituir uma posição de garantidor, sem uma referência ao conteúdo material da relação de proteção.

B) A promessa

Atenção especial acerca do contrato merece a chamada *promessa*. Em sentido próprio, entende KÜHL que, no caso do médico, em se tratando de promessa, desde sua manifestação verbal já estará constituída a posição de garantidor.⁴³ RUDOLPHI pensa da mesma forma no caso da babá que se compromete a iniciar seu serviço em determinada hora e não o faz.⁴⁴ Essa postura doutrinária se baseia no fato de que, com a promessa, a vítima ou outros garantidores (pais, por exemplo) confiam a proteção de seus bens jurídicos aos promitentes, deixando de continuar a empregar os instrumentos protetivos de que dispunham. Confiando em que a babá, por exemplo, chegaria às 21h, os pais deixam seus filhos menores em casa, justamente minutos antes dessa hora, vindo um deles a queimar-se gravemente na cozinha, por falta de

⁴¹ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.^a ed., 2000, p. 670; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 108.

⁴² ZAFFARONI-BATISTA. *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 362; também, assim, STRATENWERTH-KUHLEN. *Strafrecht*, AT, 6.^a ed., 2011, p. 280.

⁴³ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.^a ed., 2000, p. 669.

⁴⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 108.

vigilância. Segundo essa doutrina, a babá responderia pelo delito de lesões corporais graves cometido por omissão. Essa postura deve ser rechaçada, porque, na prática, pode gerar a constituição de uma posição de garantidor unicamente com a manifestação de vontade e não com a assunção real do dever de impedir o resultado, o que não justificaria a confiança da vítima ou dos outros garantidores originários.⁴⁵

C) A assunção de responsabilidade

Independentemente do contrato, escrito ou verbal, basta para fundar a posição de garantidor a *assunção fática* de proteção. A ela se aplicam da mesma forma as exigências relativas ao contrato: o sujeito deve ter efetivamente manifestado sua vontade no sentido da proteção, bem como iniciado o exercício dessa função. A vizinha de barraca de praia que assume cuidar de filho alheio, cuja mãe deseja dar um mergulho, se torna garantidora no momento em que começa a exercer, efetivamente, a sua proteção. Pressuposto da assunção fática de responsabilidade é a manifestação expressa de que o sujeito se encarrega das funções específicas de proteção. Se alguém se compromete a cumprir um dever genérico, por exemplo, de dar o alarma ou de chamar a polícia ou os bombeiros em caso de necessidade, não está na posição de garantidor e só poderá ser responsabilizado por omissão do socorro.

A assunção fática pode expressar-se de diversos modos: (a) em decorrência de uma vida comunitária, (b) da prática conjunta de certas atividades, (c) do exercício profissional, (d) de decisão unilateral, ou (e) ainda de uma função ou serviço público, sempre sob o fundamento de que, nessas situações, são criadas relações especiais de confiança no sentido de uma proteção mútua.

(aa) A vida em comunidades fechadas

A vida em comunidade fechada, como a convivência íntima de determinadas pessoas, quer no sentido de união, quer no sentido de divisão de moradia, tem gerado inúmeras indagações jurídicas em torno de se, com isso, estaria criada, para os respectivos participantes, uma posição de garantidor dos bens jurídicos dos demais.

Partindo de ponto de vista puramente axiológico ou social, a doutrina estrangeira tem estendido a essas comunidades os mesmos critérios utilizados

⁴⁵ Assim, também, ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 361; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 733; igualmente fazendo exigências acerca de um ato expreso de confiança, HANS-JOACHIM RUDOLPHI (*Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 108): «A simples obrigação contratual não é suficiente para fundamentar sozinha um dever de garantidor».

para a comunidade familiar legalmente constituída, com base nas relações íntimas que gerariam uma confiança entre seus participantes no sentido de, em caso de necessidade, se deverem proteger mutuamente.⁴⁶ Embora o fundamento dessa posição de garantidor, quanto ao seu conteúdo, se situe nessa confiança recíproca, que é gerada pela vida em comum, na verdade, em face da exigência formal do Código Penal brasileiro, isso não é suficiente para gerar uma posição de garantidor. Como essa condição especial de proteção não está amparada por lei, sua relevância jurídico-penal só se dará se ficar demonstrado que os participantes assumiram, ainda que faticamente, a responsabilidade mútua pela proteção dos bens jurídicos. Mesmo os autores, como MAURACH-ZIPF, que admitem a existência de tais deveres mútuos de proteção, põem em dúvida a responsabilidade penal dos seus participantes, principalmente quando a própria lei se manifesta de modo contrário.⁴⁷

(bb) O exercício comum de atividades

O exercício comum de certas atividades, como o alpinismo, as expedições exploratórias, os ralis não competitivos, inserem-se também na mesma categoria da assunção, sob o fundamento de que aqueles que se entregam a essas atividades esperam dos demais a ajuda necessária para reduzir o perigo que normalmente devam passar. Leve-se em conta que os participantes do evento sabem e conhecem a extensão do perigo a que estarão submetidos, porque conscientemente aceitam realizar a atividade arriscada, mas só o fazem porque igualmente sabem que outros estarão no mesmo empreendimento. Claro que o dever de garantidor não pode simplesmente decorrer da participação na atividade coletiva. A questão da origem e da extensão do dever de garantidor dos participantes não deve ser considerada sob o ângulo exclusivo da proteção direta frente a perigos inesperados, mas centrada no fato de que a atividade individual só é tomada pelo seu agente, porque este espera dos outros um mínimo de solidariedade e atenção como suporte para um controle mais efetivo do perigo existente. Assim, o explorador deve alertar os outros, se for de seu conhecimento especial, acerca da existência de areia movediça em determinado setor do percurso, porque isto implicaria a redução do perigo; se não o fizer, responde com sua omissão pelos resultados de lesão ou morte, conforme o caso.

Tal como se dá na hipótese da vida comunitária, o dever de garantidor só se aperfeiçoa se os participantes da atividade comum assumirem fática

⁴⁶ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 2000, p. 666; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. *Derecho penal*, PG, vol. II, 1995, p. 258 e ss.; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 106.

⁴⁷ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF. *Derecho penal*, PG, vol. II, 1995, p. 259.

ou expressamente a responsabilidade de proteção.⁴⁸ É preciso que cada um se insira previamente na postura de que se trata de uma prática, não apenas lúdica ou divertida, mas solidária. Para que se afirme esta assunção, em face do disposto no art. 13, § 2.º, *b*, do Código Penal, não é suficiente, portanto, a simples participação na atividade comum (na expedição, por exemplo). É indispensável que o participante demonstre, por meio de manifestação de vontade, que inequivocamente inclui, sob qualquer risco, a evitação dos resultados no âmbito de sua responsabilidade.

Não devem ser equiparadas a essas atividades comuns arriscadas aquelas que se destinam ao consumo coletivo de bebidas ou de drogas, nas quais o ato de cada um é, na verdade, um ato individual, sem dependência, salvo na fruição, dos atos dos demais. O companheiro de consumo dessas substâncias, independentemente da licitude de seu comportamento, não preenche a condição de garantidor para com os bens jurídicos de seus parceiros.⁴⁹ O que subsiste, então, é um dever geral de assistência, que, uma vez violado, poderá dar lugar à caracterização da omissão de socorro, mas não um dever especial que possa fundamentar o tipo de delito de lesão ou de homicídio.

(cc) A relação médico-paciente

Os médicos, uma vez que tenham assentido a tratarem do paciente, incluem-se na posição de garantidor. Não importa, para tanto, que o tenham feito pessoalmente ou por telefone. Aqui, diante da relevância do exercício profissional e dos fundamentos de confiança neles depositada pelo paciente, a assunção de responsabilidade já se inicia com a promessa de atendimento.⁵⁰ O dever de garantidor cessa apenas quando o tratamento estiver concluído ou quando o contrato se tenha desfeito por iniciativa do próprio paciente,⁵¹ ou quando entre médico e paciente se tenha estabelecido uma insuperável ruptura de relacionamento.

Atendendo ao mesmo fundamento, que é a confiança mútua, pode-se incluir na posição de garantidor o médico plantonista, que assume, ainda que faticamente, a obrigação de atender aos pacientes necessitados. Desde que tenha entrado efetivamente em exercício do atendimento de plantão, assume

⁴⁸ OTTO, Harro. *Strafrecht*, 7.ª ed., 2004, p. 170 e ss.; SEELMANN, Kurt. «Gerechtigkeit», *Rechtsphilosophische Hefte*, 1993, p. 124.

⁴⁹ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 544; LACKNER, Karl. *StGB*, 22.ª ed., 1997, p. 89; OTTO, Harro. *Strafrecht*, AS, 7.ª ed., 2004, p. 170; WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 282.

⁵⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.ª ed., 2006, p. 227; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 734.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 734.

o dever de proteção dos bens jurídicos desses pacientes.⁵² Essa posição de garantidor cederá, no entanto, se o paciente rejeitar o tratamento de plantão, ou se outro médico for chamado pelo próprio paciente ou seus representantes, ou vier a intervir no processo de tratamento. De acordo com essa posição, o plantonista que, podendo fazê-lo, deixar de atender, por exemplo, ao paciente necessitado e não lhe impedir a morte, responderá por homicídio e não apenas por omissão de socorro.

Segue as mesmas regras dos médicos plantonistas a situação daqueles que, por força do exercício profissional, se tenham comprometido a defender os bens jurídicos alheios. Por exemplo, o empregado de uma empresa, que fica encarregado temporariamente do controle do trânsito em determinada área para dar lugar à entrada ou saída de veículos de carga, tem o dever de impedir resultados danosos aos veículos afetados por sua atividade, no mínimo alertando os motoristas acerca do perigo.

(dd) A assunção de posições de proteção

Igualmente, é garantidor quem, por sua livre e exclusiva decisão, assume essa posição, ainda que sem a concordância da vítima.⁵³ Por exemplo, quem se compromete a ajudar um cego ou uma criança a atravessar a rua tem a obrigação de evitar os perigos resultantes de tal travessia, escolhendo o local mais adequado ou só o fazendo com segurança; ou aquele que decide auxiliar na remoção de um acidentado está obrigado também a aguardar que seja removido pela ambulância, salvo se outros já tiverem assumido essa tarefa. Em qualquer caso, essa assunção unilateral é limitada à proteção específica a que se destinou. Assim, no caso do cego, aquele que o ajuda a atravessar a rua não está obrigado a protegê-lo diante de atos de terceiros, mas apenas a cumprir com segurança a travessia; ou, no caso do acidentado, quem lhe presta socorro não está obrigado a empregar todos os recursos para evitar-lhe a morte, mas somente os necessários para que seja socorrido.

(ee) O exercício de funções ou serviços públicos

O exercício de determinadas funções ou serviços públicos, ainda que não regulamentados, ou mesmo regulamentados de forma genérica, pode configurar aos seus ocupantes uma posição de garantidor. Aqui, a assunção não se dá em virtude de lei ou contrato, mas da aceitação das incumbências do cargo ou da função pública.

⁵² TRÖNDLE-FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51.^a ed., 2003, p. 94; KÜHL, Kristian. *Strafrecht, AT*, 5.^a ed., 2005, p. 547; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.^a ed., 2006, p. 227.

⁵³ Assim, também, ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 362.

Assim, os funcionários que desempenham funções nas repartições encarregadas da proteção ambiental são obrigados a controlar a observância, por parte das indústrias, dos métodos destinados a evitar ou a diminuir a contaminação do ar e das águas, bem como a verificar em cada caso concreto as condições de seu funcionamento.

Da mesma forma, os agentes ou as autoridades policiais são obrigados a proteger os bens jurídicos dos particulares, garantindo-lhes, pelo menos, o respeito à vida, à integridade física, à liberdade e ao patrimônio. Esse dever de proteção não deriva da lei geral, que regulamenta a atividade policial, como órgão destinado a garantir a segurança pública, mas da respectiva função, cujo exercício concreto implica a aceitação de seus encargos individuais. Dentre outras finalidades, o Estado Democrático moderno deve orientar-se à garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida e à liberdade. Em consequência disso, compete aos policiais concretizarem essa tarefa do Estado, assegurando aos particulares a efetiva fruição daqueles direitos fundamentais.⁵⁴

A obrigação da intervenção policial, como organismo garantidor, não se condiciona ao apelo ou à comunicação direta dos particulares. Basta que se caracterize uma situação de necessidade de proteção para que se torne obrigatória a intervenção. Evidentemente, esse dever não pode ser estendido infinitamente. Assim, para que tal dever se torne penalmente relevante será preciso que o policial se encontre em condições de atendê-lo, por estar no local do fato ou a ele possa ter acesso ou ainda por estar de serviço.⁵⁵ Policial fora de serviço só estará submetido aos deveres legalmente estabelecidos, ou em relação àqueles que tiver assumido pessoalmente, mas não em virtude de ser policial. Por outro lado, a intervenção pode ser medida em razão da intensidade da agressão ou do valor do bem jurídico, em confronto com outras necessidades relacionadas a fatos mais graves; nos delitos de menor potencial ofensivo, a medida da intervenção deve ficar a cargo do policial, que a avaliará de acordo com o fato e suas possibilidades de desdobramento para outros eventos.⁵⁶ O policial que, de serviço, presencia um suicídio, sem nada fazer para impedi-lo, responde pelo crime do art. 122 do Código Penal, cometido por omissão, na modalidade de auxiliar; ou responderá por homicídio, igualmente por omissão, se, podendo fazê-lo, não impede ou não toma qualquer providência para obstar que alguém, diante dele, mate dolosamente outra pessoa. Pressuposto dessa

⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 1993, p. 831; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 551; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 739; SEELMANN, Kurt. *Alternative Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, § 13, n. 127.

⁵⁵ WOHLERS, Wolfgang, in KINDHÄUSER-NEUMANN-PAEFFGEN (orgs.). *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 2005, p. 448.

⁵⁶ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 552; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 743.

posição de garantidor é sempre a possibilidade de o servidor realizar a tarefa protetiva sem risco pessoal direto à sua própria vida.

5. A ingerência

O Código Penal fundamenta também o dever de garantidor na conduta precedente criadora do risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2.º, c). Dogmaticamente, poder-se-á situar a ingerência no âmbito das fontes produtoras de perigo.⁵⁷ Aqui, deve-se fazer, porém, uma distinção entre fontes estáticas e fontes dinâmicas. A verdadeira ingerência pertence às fontes dinâmicas, porque tem por base um comportamento positivo anterior e não simplesmente um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável. Nas fontes estáticas, como a posse de material explosivo ou de um cachorro feroz, o comportamento anterior que cria o risco da ocorrência do resultado é, essencialmente, omissivo. Quando se tratar de comportamento comissivo, poderá haver uma ingerência, por sua transformação dinâmica, ou uma omissão por comissão, como nas hipóteses da *omissio libera in causa*. Na responsabilidade pelo produto, em que o comerciante põe no mercado uma mercadoria, cuja perigosidade vem a ser posteriormente descoberta, pode-se situar uma hipótese de transformação dinâmica da fonte de perigo. Inicialmente, o fornecedor põe no mercado o produto sem conhecer sua perigosidade; depois, conhecendo-a, não o retira do mercado nem alerta os consumidores sobre esse fato. Opera-se, aqui, nitidamente, uma forma de ingerência.⁵⁸

Nos capítulos 4 e 5 da primeira parte, ao se tratar da equiparação entre omissão e ação, já se discutiu acerca da origem, dos fundamentos e das dificuldades da ingerência. Na verdade, o conceito de ingerência é produto do positivismo do século XIX, que enfrentava o problema de equacionar racionalmente a causalidade na omissão e, com isso, possibilitar sua equiparação à ação. As tentativas de GLASER e MERKEL, nesse sentido, assinalam a necessidade de se buscar na omissão um fundamento material que justificasse a imputação do resultado ao sujeito, sobre o qual recaía um dever de agir, principalmente depois da inclusão, pela obra de STÜBEL, da ação precedente como fonte desse dever.⁵⁹ Como esse tema já foi tratado naqueles capítulos, não há necessidade

⁵⁷ Claus ROXIN fala, aqui, da «criação de uma nova fonte de perigo» (*Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 759).

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. «Strafrechtliche Produkthaftung», *Juristische Schulung*, 3, p. 253, 1991; igualmente, SAMSON, Erich. «Probleme strafrechtlicher Produkthaftung», *Strafverteidiger*, 4, p. 184, 1991.

⁵⁹ STÜBEL, Christoph Carl. *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*, 1928, p. 61: «Es gibt allerdings Fälle, in denen Jemand, vermöge eines besondern Verhältnisses, oder einer vorhergehenden Handlung desselben, zu einer Handlung rechtlich verpflichtet ist.» (Há casos nos quais alguém, por força de uma relação especial ou de uma ação precedente dele mesmo, está obrigado juridicamente a uma ação.)

de renová-lo. Caberá, contudo, uma nova problematização sobre os requisitos que devem ser associados ao atuar precedente como parte do processo de imputação do resultado e, assim, da posição de garantidor.

Independentemente das assertivas críticas de SCHÜNEMANN quanto às impropriedades da ingerência, que mostram como a relação entre ação precedente e risco dá lugar a um domínio potencial e não real sobre o evento, de modo a conduzir à caracterização de um dolo sem vontade de domínio, então, como simples *dolus malus* sem fato, pode-se fixar que o ponto de partida da ingerência reside no poder de controle sobre os fundamentos do resultado.⁶⁰ A exigência de um poder de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado é o mínimo que se pode traçar para evitar que a ingerência se transforme em instrumento odioso de responsabilidade por mera irregularidade, tão próprio do sistema do *versari in re illicita*. Com isso, quer-se significar que o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e detém o poder de evitar que as forças causais se exauram no resultado lesivo ao bem jurídico. Ainda que tal enunciado tenha um sentido limitador, em comparação com a fórmula genérica do Código Penal, está a despertar outra forma de responsabilidade objetiva, porque pode caracterizar como ingerente qualquer um que detenha esse poder. Sem os corretivos necessários, pode-se fazer o ingerente responsável por um evento que só, indiretamente, lhe poderia ser atribuído ou fazer decorrer sua responsabilidade de um simples movimento corpóreo. Como meio de impedir que se amplie, desse modo, a responsabilidade penal, será indispensável agregar a essa relação de domínio entre o atuar precedente e seus desdobramentos subsequentes outros pressupostos restritivos da imputação do fato ao sujeito. Essa limitação da responsabilidade pela ingerência encontra na doutrina um campo fértil, que – pode-se dizer – começa com a obra de RUDOLPHI, ao instituir a exigência de que o atuar precedente seja antijurídico,⁶¹ até o posicionamento de ROXIN, ao subordinar a ingerência aos critérios de imputação objetiva.⁶² Seguindo essa orientação, pode-se afirmar, então, que esses pressupostos dizem respeito ao processo de imputação e podem se manifestar nos seguintes casos: (a) limitação objetiva da causalidade, (b) risco permitido, (c) âmbito de responsabilidade do sujeito e (d) licitude do fato.

A) A limitação objetiva da causalidade

Como na ingerência se atribui ao sujeito um comportamento anterior, que constitui a base de sua relação com o risco da ocorrência do resultado, a

⁶⁰ Assim, SCHÜNEMANN, Bernd. «Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung», *Goldhammers Archiv*, 1974, p. 235; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 762.

⁶¹ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen: Schwartz, 1966, p. 154; Idem. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 101 e ss.

⁶² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 765.

primeira limitação deve estar vinculada ao domínio da causalidade. A conduta antecedente deve ter sido praticada diretamente pelo sujeito. Por exemplo: alguém põe fogo no celeiro de sua propriedade, sem verificar que ali dormia um empregado. Se, contudo, o fogo fora provocado por outrem, ao proprietário só cabe um dever geral de assistência, não lhe sendo atribuível um dever de garantidor, independentemente de ser o dono da casa. Essa relação direta não implica, porém, que o sujeito tenha tomado a iniciativa da ação precedente. Pode ocorrer que a ação antecedente tenha sido iniciada por outrem, mas o ingerente tenha assumido posteriormente o controle de sua causalidade. Alguns exemplos: alguém se dispõe a conduzir para casa um vizinho embriagado, cuja bebida fora fornecida por um taberneiro, e o coloca na direção do automóvel porque resolve cochilar no assento traseiro;⁶³ um carnavalesco mantém em sua residência, sem os devidos cuidados, uma caixa de fogos de artifício, a qual é deflagrada, porém, por um convidado, que a coloca em lugar inadequado, de onde os rojões passam a atingir outras pessoas, causando-lhes ferimentos. Nesses dois casos, a atuação anterior do taberneiro ou do carnavalesco foi substituída em seus desdobramentos causais pelos comportamentos do vizinho e do convidado. Embora estes últimos não tivessem iniciado a ação arriscada ou não dominassem, desde o começo, a fonte de perigo, estão causalmente ligados a ela. Assim, para que se formule adequadamente o enunciado causal, será preciso aplicar-se a correção do regresso infinito, tal como consignado no art. 13, § 1.º, do Código Penal: a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação, quando por si só tenha produzido o resultado. Por essa fórmula, tanto o taberneiro quanto o carnavalesco não serão ingerentes do resultado.

B) A limitação do risco autorizado

A contribuição de RUDOLPHI, ao formatar uma limitação da ingerência mediante o aporte de que a ação precedente teria que ser contrária ao dever, ou seja, antijurídica, impôs uma condição relevante à responsabilidade por omissão e passou a influenciar a doutrina penal que lhe seguiu, inclusive no Brasil.⁶⁴ Em crítica a esse posicionamento, entende ROXIN que, no tocante às fontes estáticas de perigo, pelas quais o sujeito se faz responsável, poderá ser criada uma posição de garantidor sem que o atuar precedente tenha sido reali-

⁶³ Exemplo semelhante em ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, vol. II, 2010, p. 366.

⁶⁴ Juarez TAVARES («A nova parte geral do Código Penal brasileiro», *Fórum Internacional de Direito Penal Comparado*, 1989, p. 99): «(...) o comportamento anterior causador do perigo, que fundamenta, conseqüentemente, o dever de agir, isto é, fundamenta a posição de garantidor, só pode fazê-lo quando constitui um comportamento antijurídico, isto é, lesivo ao direito»; também, QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*, PG, 7.ª ed., 2011, p. 189. É interessante notar, ademais, que a formulação de RUDOLPHI parece ter seu antecedente teórico na antiga assertiva de Otto KRUG (1865), que, em comentários ao código austríaco, postulava sua qualificação como conduta irregular.

zado de modo contrário ao dever. Mesmo assim, pondera que, se a conduta precedente fora contrária ao dever (por exemplo, descuidada), isso também não é suficiente para fundar um dever de proteção, mas fortalece o fundamento acerca do dever de vigilância.⁶⁵ Assim, o proprietário de um apartamento deve evitar que os vidros ornamentais de sua varanda caiam, por força dos ventos, sobre os transeuntes; se isso ocorrer, deverá providenciar o socorro da vítima, ainda que não pudesse contar com essa possibilidade ou nem tivesse nela pensado. Claro, se os vidros foram lançados sobre a rua por outrem, o proprietário do imóvel terá excluída sua responsabilidade pela correção do regresso infinito. No tocante, porém, às fontes dinâmicas do perigo, que estão vinculadas diretamente ao controle causal do sujeito, por haver esse realizado uma ação positiva provocadora do perigo, é fundamental que sua conduta seja antijurídica para evitar que sua responsabilidade derive apenas de seu movimento, ainda que completamente regular. A conduta precedente contrária ao dever é um pressuposto da ingerência para os efeitos de fundamentar o dever de proteção, quando se trate de ação positiva. Contudo, essa exigência não é ainda suficiente para fundá-los definitivamente. Para limitar sua extensão devem ser utilizados aqui os critérios propostos relativamente à criação e diminuição do risco, e ao comportamento da vítima, em face do princípio da autorresponsabilidade. Geralmente, a teoria da imputação objetiva trabalha sobre casos concretos, a partir dos quais elabora os critérios limitativos da causalidade. Parece ser possível, porém, estabelecer esses critérios por uma interpretação comunicativa dos preceitos, antes mesmo de sedimentá-los nos casos concertos. Caso contrário, não haveria necessidade de se discutir em torno do conceito de conduta e do conteúdo comunicativo das normas mandamentais que lhe estão vinculadas.

No âmbito de uma norma mandamental subsiste um processo de comunicação, pelo qual se impõe o dever de agir e ainda se preveem as demais circunstâncias relacionadas ao fato e ao agente. O ponto forte desse processo de comunicação reside na relação entre a inatividade do sujeito e a lesão de bem jurídico. Se a lesão de bem jurídico constitui um pressuposto indeclinável da configuração do injusto, a inatividade para relacionar-se com essa lesão deve estar vinculada não apenas ao dever de atuar, mas também a todos os demais atributos e situações que lhe confirmam uma qualidade de ser objeto de um juízo de valor, pelo qual se possa decidir que o cumprimento do dever evitaria aquela lesão. Há, portanto, na norma mandamental um núcleo que relaciona a inatividade a uma atividade, de modo a compreender que essa atividade era necessária para evitar a lesão de bem jurídico. A avaliação acerca da necessidade da atividade é crucial para firmar o processo de comunicação, que tem por finalidade instituir objetos de referência para o sujeito. Uma atividade absolutamente inútil não pode servir de objeto de referência.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 763.

Assim, para que a atividade devida sirva ao projeto de comunicação em face da ingerência é indispensável que: a) a conduta do sujeito não esteja acobertada pelo risco permitido; b) que a conduta do sujeito não se inclua no risco habitual da vida; c) que o risco desencadeado pela ação precedente possa se exaurir no resultado; d) que o risco proibido seja objeto da norma; e) que a inatividade posterior não tenha sido objeto de uma avaliação exclusiva ou complementar por outra norma. Fixados esses pontos, pode-se compreender a respectiva solução para os casos concretos aventados pela teoria.

(aa) O risco permitido

Em face do risco permitido, a conduta precedente poderá se apresentar de algumas formas: incluindo-se como atividade jurídica e socialmente autorizada; não aumentando esse risco; condicionando o risco pelo princípio da confiança; acolhendo o risco por atuar sob a autorização de uma causa de justificação.

Todas as atividades realizadas nos limites das normas de cuidado estão autorizadas pela ordem jurídica e não poderão contar como ingerência. Se alguém convida uma outra pessoa plenamente responsável para um passeio de trem, não é, por haver formulado esse convite (atividade causal), garantidora de seus bens jurídicos. Ocorrendo um acidente, sem que lhe preste socorro, responderá apenas por omissão de socorro (art. 135). Claro está que, se o convidado é incapaz (por exemplo, uma criança), quem o convida assume também a condição de seu protetor, mas isso nada tem a ver com a ingerência; sua condição de garantidor decorre de outra fonte: da assunção fática de responsabilidade.

Igualmente não se incluem na ingerência as ações que não impliquem um aumento do risco já existente. Se um barco está soçobrando, pondo em risco direto seus ocupantes, não se torna garantidor aquele que, sem muito refletir, lança o salva-vidas muito além do limite em que possa se alcançado. Aqui falta todo o processo de imputação e, conforme o caso, pode excluir até mesmo o delito de omissão de socorro em face da inutilidade da ação devida.

Também não se inserem no âmbito da ingerência as ações precedentes que são praticadas corretamente, mas sob a perspectiva de que possam gerar riscos futuros, quando se possa confiar que esses riscos não serão aumentados por obra de outrem. No exemplo citado por ROXIN (conforme caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal da Alemanha, envolvendo a problemática das ações neutras), se alguém empresta a outrem uma faca, para que este a utilize normalmente, não se torna garantidor dos bens jurídicos de terceiros que possam ser lesados por uma ação tresloucada deste último.⁶⁶ Está claro que, se era marcante o fato de que a faca seria empregada para agredir outrem,

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 767.

haverá uma posição de garantidor, porque a ação precedente de emprestá-la a quem esteja pronto para lesar o bem jurídico já não mais se inclui no âmbito do risco autorizado.

(bb) Os riscos habituais

Os riscos habituais da vida, embora formalmente não autorizados pelo direito, não podem fundamentar a ingerência, quando a ação precedente não os exceda de modo substancial. Se alguém serve um copo de vinho a outrem, que está armado, e este, sob o efeito dessa pequena dose de álcool, atira contra terceiro, não se torna, só por isso, garantidor dos bens jurídicos da vítima. Sabe-se, pela experiência da vida diária, que um copo de vinho é perfeitamente tolerado pelas pessoas e só excepcionalmente poderá gerar uma patologia alcoólica. Da mesma forma, se isso fosse evidente, em face das condições do próprio agente, o excesso do risco habitual seria substancial, fundamentando um dever de garantidor.⁶⁷

(cc) O exaurimento do risco no resultado

Se a ação precedente só pode ser avaliada em face do sentido empreendido posteriormente ao acontecimento, não haverá ingerência se essa ação não se exaurir no resultado. O exaurimento no resultado em relação à omissão deve ser visto de modo diverso daquele relativo ao procedimento comissivo. No procedimento comissivo, não haverá imputação quando a conduta causal não se tiver esgotado em uma lesão de bem jurídico, porque o agente não dominou a causalidade até seu momento final. Daí não se poder atribuir-lhe essa lesão de bem jurídico. Se o resultado ocorresse de qualquer modo, a prática de uma conduta cuidadosa ou antijurídica lhe é indiferente, porque a falta de domínio da causalidade a desqualifica inteiramente como elemento da imputação. No âmbito da omissão, porém, o resultado é atribuível em face de uma inatividade posterior à ação antijurídica. Aqui, o processo de imputação não está assentado no domínio da causalidade. Se o resultado ocorresse mesmo que essa ação precedente não fosse praticada, não haverá imputação do fato ao omitente, porque falta um elemento de ligação entre a ação precedente e a decisão acerca da necessidade da ação devida. A circunstância empírica de que o resultado ocorreria de qualquer modo impede uma avaliação acerca da necessidade da ação devida para impedir a lesão de bem jurídico. Uma vez assentada essa circunstância, não se pode mais afirmar a ingerência, mesmo que a ação precedente tenha sido antijurídica.⁶⁸

⁶⁷. Em relação ao crime culposo, TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, 3.ª ed., 2009, p. 382.

⁶⁸. Assim, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 770.

(dd) O risco como objeto da norma

A exigência preliminar de que a ação precedente tenha sido praticada antijuridicamente, conforme a proposta de RUDOLPHI, tem também como extensão o fato de que esse risco desautorizado tenha, como fim, um específico modo de atuar, ou seja, de que o risco seja objeto da norma. Não é qualquer risco desautorizado que pode caracterizar a ação precedente como ingerência, mas somente aquele que implique uma ação devida posterior vinculada ao mesmo objeto de lesão.⁶⁹ Se o funcionário do banco deixa aberta a porta do cofre, e o gerente cai da escada, porque se apressara para trancá-la, não será garantidor do bem jurídico da vítima. O dever que lhe era imposto se dirigia a manter vigilância sobre a porta do cofre, mas não sobre o modo como o gerente desce as escadas. ROXIN discute sob este panorama o mesmo exemplo do taberneiro que serve bebidas alcoólicas a um cliente, que depois comete um acidente de carro, no qual produz lesões em si mesmo e em outrem. Nesse caso parece que haverá duas possibilidades de tratamento. Servir bebidas alcoólicas a um cliente em estado normal constitui uma ação juridicamente autorizada. Portanto, os desdobramentos posteriores não podem ser imputados ao taberneiro. O caso é diferente do funcionário do banco que tem o dever de vigilância sobre o cofre, por força de um contrato. Por outro lado, se o cliente já está embriagado, servir-lhe bebidas alcoólicas configura contravenção penal (art. 63, II, LCP), o que caracteriza uma ação antijurídica. Essa ação antijurídica está referida, porém, à lesão de bem jurídico do cliente e não de terceiro. O objeto do risco está delimitado ao cliente, porque é ele que recebe os efeitos diretos da ação do taberneiro. O taberneiro, nessa hipótese, só é garantidor da integridade e da vida do cliente. Uma vez ocorrido o acidente, responde por lesões ou homicídio culposo por omissão. Para ROXIN, o taberneiro deveria impedir que o cliente dirigisse automóvel.⁷⁰ Para ZAFFARONI-BATISTA a posição de garantidor do taberneiro se restringe ao espaço do bar e de suas imediações, quando, então, pode agir e impedir o resultado.⁷¹ Parece que ambas as posições não são conflitantes. O taberneiro tem o dever de impedir que o cliente dirija naquelas condições de embriaguez, porque este constitui um dever prévio necessário a impedir a lesão de bem jurídico. Ademais, se o cliente sai do estabelecimento e já se encontra fora do alcance do taberneiro, este já não poderá evitar o resultado, não sendo mais garantidor de sua integridade e de sua vida. Imagine-se que o taberneiro tenha conduzido o cliente até sua casa, mas este depois resolve dirigir. Já não se poderá mais falar que a ação precedente se direcione ao objeto da ação devida.

⁶⁹ Assim, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 770; BAUMANN-WEBER-MITSCH. *Strafrecht*, AT, 2003, p. 271; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 230; JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1996, p. 622.

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 771.

⁷¹ ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 366.

(ee) O risco previsto em norma complementar

Caso controvertido é a incidência de uma norma complementar que discipline a conduta devida. Essa hipótese é típica da legislação brasileira que prevê um aumento de pena para a omissão de socorro, quando se tratar de ações precedentes culposas de homicídio e lesão corporal.⁷² A maioria da doutrina brasileira se inclina no sentido de compreender que a disciplina, como agravante, nesses casos, exclui a ingerência.⁷³ O sujeito responderia somente pelos delitos culposos de homicídio ou lesão corporal, agravados pelo fato de não prestar socorro à vítima, ficando de fora a omissão de socorro. O tema da relação entre a provocação do acidente e a posterior omissão de socorro já foi objeto de discussão ampla na doutrina estrangeira. A doutrina majoritária na Alemanha exclui a ingerência, nesse caso, quando a ação anterior não for antijurídica, opinando apenas pela subsistência de uma omissão de socorro.⁷⁴ No direito brasileiro, a matéria se complica com a edição do Código de Trânsito (arts. 302, III, e 303, parágrafo único), que reproduz a mesma regra dos delitos culposos de homicídio e lesão corporal, mas acrescenta outro dispositivo (art. 304), que prevê uma modalidade específica de omissão de socorro em face de acidente anterior. Apesar de a nova regra do Código de Trânsito disciplinar separadamente a matéria, a solução será a mesma: havendo ação culposa provocadora do acidente e omissão de socorro, esta estará absorvida pelos delitos culposos de homicídio ou lesão corporal. Se o acidente for provocado dentro dos limites do risco autorizado e o motorista não prestar socorro, incidirá tão só o delito especial de omissão de socorro previsto no art. 304.⁷⁵ É manifesta a inconstitucionalidade de parte do parágrafo único do art. 304 do Código de Trânsito, que exige o socorro ainda que a vítima

⁷² Arts. 121, § 4.º, e 129, § 7.º, CP. Arts. 302, III, e 303, parágrafo único, Código de Trânsito Brasileiro.

⁷³ ZAFFARONI-BATISTA *et alii*, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 366; BIRRENNACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*, 1996, p. 87; BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*, vol. 2, 2006, p. 101; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 2, 2007, p. 44; TAVARES, Juárez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, 1996, p. 71. João MESTIERI (*Curso de direito criminal*, 1970) trata também a matéria de modo semelhante, mas com a observação de haver concurso material entre o delito culposo de homicídio e o decorrente da fuga do local do acidente, por haver o legislador disciplinado diversamente a matéria. Claro que com a fuga do local de acidente haveria também uma omissão de socorro; esta, porém, deverá ser absorvida pela agravante do homicídio. Heleno FRAGOSO (*Lições de direito penal*, PE, vol. 1, 1977, p. 73) considera que a omissão pode constituir delito autônomo, mas como constitui agravante do homicídio dá a entender que ficará absorvida por este; pondera ainda, como MESTIERI, que, se ação anterior não for culposa, pode configura-se o crime de omissão de socorro, segundo a regra geral.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*, 1976, p. 813; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 230; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 768; JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1996, p. 625. Em sentido contrário, entendendo haver posição de garantidor: KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 555.

⁷⁵ Assim, também, PIRES-SALES. *Crimes de trânsito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 202.

esteja morta. Como a omissão está sempre condicionada à necessidade da ação devida, faltando essa necessidade, não pode haver omissão. Além de disciplinar um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto (art. 17, CP),⁷⁶ a criação de um tipo penal dessa forma viola o princípio da culpabilidade, como pressuposto lógico de sua individualização (art. 5.º, XLVI, CF). Já no âmbito do direito civil, os negócios jurídicos impossíveis (como é o caso do socorro a pessoa morta) são considerados nulos (art. 166, II, CC). Essa norma mantém-se, no entanto, como norma complementar ao delito de omissão de socorro no trânsito, apenas em relação à lesão corporal. Deve-se esclarecer, ademais, que a prática de delito doloso anterior (por exemplo, um acidente de trânsito provocado dolosamente) absorve igualmente a omissão de socorro posterior, por aplicação do princípio do pós-fato impunível. O agente só responderá pelo respectivo crime de homicídio ou de lesão corporal.

C) A limitação pelo princípio da autorresponsabilidade

É condição para que o dever de garantidor seja estendido ao agente que a ação devida não se inclua no âmbito de responsabilidade da vítima. O princípio da autorresponsabilidade é próprio do Estado de Direito, não paternalista, que confere à pessoa o atributo de cidadania e dignidade (art. 1.º, II e IV, CF), e, por extensão dessa cidadania e de sua participação social, sua autodeterminação (art. 4.º, III, CF). Em relação a pessoas capazes de gerir sua própria vida, as ações precedentes só geram um dever de garantidor quando o domínio da causalidade por parte do sujeito for de tal ordem que só a ele reste impedir o resultado lesivo ao bem jurídico. Assim, quem pratica uma ação precedente contrária ao direito, por si só, não se torna garantidor, se a ação consequente se inserir na inteira responsabilidade do executor. Aquele que empresta a outrem um revólver, mesmo que o tomador não tenha porte de arma, não se torna garantidor, só por isso, de seus bens jurídicos, nem de terceiros. Torna-se garantidor, porém, se só ele pode impedir o desdobramento da conduta; se, por exemplo, fornecer uma arma que só ele possa travar ou desmunicar. Aqui, também, pode-se incluir o fornecimento de drogas a uma pessoa adulta e responsável: o fornecedor não é garantidor de seus bens jurídicos nem de terceiros.⁷⁷ Se a vítima for menor ou tiver diminuída sua capacidade de entendimento ou autodeterminação, aquele que lhe fornece a droga ou arma é, porém, garantidor.⁷⁸ De qualquer modo, é garantidor em face de lesões que puderem advir do consumo da droga, mas não de outros acontecimentos que vierem a ser cometidos pelo consumidor por força de outras causas. Deve haver, portanto, uma relação causal entre o fornecimento da droga e os efeitos da ação do consumidor. Da mesma forma,

⁷⁶ ASSIM, PIRES-SALES, *Crimes de trânsito*, 1998, p. 207.

⁷⁷ BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht*, AT, 2003, p. 293; TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal*, 3.ª ed., 2003, p. 293.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, 2003, p. 293.

não é garantidor o advogado que arrola uma testemunha pela veracidade de suas declarações, porque a ordem jurídica não lhe impõe o dever de fiscalizar o depoimento, o qual fica a cargo da inteira responsabilidade do depoente.⁷⁹ O mesmo se pode dizer do próprio acusado, que não é garantidor do que as testemunhas disserem em seu favor, não apenas em face do princípio da autorresponsabilidade, mas também do princípio do *nemo tenetur*.⁸⁰

D) A limitação da ilicitude

Como se exige que a ação precedente seja contrária ao direito, não geram um dever de garantidor as ações autorizadas por uma causa de justificação. Nesse caso, porém, deve-se fazer uma observação: quando a causa de justificação tem por base o princípio da preponderância do direito agredido ou resultante de uma norma expressa ou impositiva de dever, isso faz com que se sobreponha aos demais direitos, e as lesões daí decorrentes não criam um dever de garantidor ao seu exercente. O agente que atua em legítima defesa não é garantidor de bens jurídicos do agressor.⁸¹ Quando as causas de justificação se fundam, porém, no princípio da ponderação de interesses, como no estado de necessidade, deve-se proceder a uma diferenciação: se o estado de necessidade for defensivo (quando o perigo tenha provindo da própria vítima ou por sua culpa), a situação está próxima daquela da legítima defesa, e o agressor não é garantidor dos bens daquele que sofre os efeitos da ação, devendo responder apenas por omissão de socorro, caso não lhe preste assistência, se possível fazê-lo; se o estado de necessidade for agressivo (quando o perigo decorra de fatos naturais ou quando a vítima não o tenha provocado de modo contrário ao dever), a justificação se orienta pelo interesse de maior valor, que tanto pode ser de quem atua quanto de quem sofre a ação necessária, e o agente tem o dever de garantir, depois, mediante uma atividade, que os bens jurídicos da vítima não se exponham a maior lesão do que aquela que decorra da própria ação necessária. Assim, o motorista que se desvia de um terrível acidente que não provocou e, para evitá-lo, sobe a calçada e vem a atropelar um pedestre, é garantidor de sua vida ou integridade corporal.⁸² Por outro lado, mesmo em se

⁷⁹ SEEBODE, Manfred. «Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen», *NSiZ*, 2, p. 85, 1993.

⁸⁰ Assim, PRITTWITZ, Cornelius. «Zur Teilnahme des Angeklagten an Falschaussagen von Zeugen», *Strafverteidiger*, 5, p. 270, 1995.

⁸¹ WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 285; BAUMANN-WEBER-MITSCH. *Strafrecht*, AT, 2003, p. 292; KUDLICH, Hans, in SATZGER *et alii*. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2009, p. 104; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 773; WOHLERS, Wolfgang, in KINDHÄUSER-NEUMANN. *Paeffgen Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 2005, p. 441. É garantidor, no entanto, em caso de legítima defesa putativa, porque terá praticado, então, ato ilícito, mas não culpável, o que não elimina a condição de risco desautorizado da ação precedente.

⁸² Nesse sentido, a doutrina majoritária na Alemanha: FRISTER, Helmut. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 253; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.^a ed., 2005, p. 556; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 775.

tratando de estado de necessidade defensivo, uma vez afastado o perigo para o agente, mas sua ação ainda continue a violar bem jurídico da vítima, cria-se para aquele uma posição de garantidor no sentido de atuar para impedir que esse bem continue sendo agredido.⁸³ Se o agente está no exercício regular de um direito ou no estrito cumprimento de um dever legal, não é garantidor dos bens jurídicos daquele que sofre os efeitos da ação específica, em face dos efeitos do princípio do direito preponderante. Isto não implica, por outro lado, a não observância de outros deveres: se o policial, ao violar o domicílio mediante mandado judicial, se depara com alguém que está precisando de socorro porque está sendo agredido, deve fazê-lo por força de sua condição de servidor público. Nessa condição, é garantidor dos bens jurídicos do agredido. Convém observar também que a condição de garantidor está suspensa relativamente ao objeto específico do exercício do direito, mas não se estende a outros bens que não se incluam nesse objeto. Se o policial, em cumprimento a mandado judicial, viola o domicílio e para tanto tem que derrubar a porta, não é garantidor desse bem do proprietário. Ademais, o proprietário que, desapossado anteriormente de seu carro, busca imediatamente onde está o ladrão e recupera o carro, não é garantidor de seus bens, quando se depara que este sofrera um enfarte em face do estresse causado pela situação. Se não lhe prestar assistência ou não chamar a autoridade ou os bombeiros para que o façam, responderá apenas por omissão de socorro.

II. A CLÁUSULA DE EQUIVALÊNCIA

Nos delitos omissivos impróprios, além da inação, da real possibilidade de atuar, da situação típica e do dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor, é fundamental analisar a relação entre a ação devida e a comissão. Tendo em vista a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, em face da norma proibitiva, faz parte do tipo, como seu *elemento não escrito*, a afirmação de que a não execução da ação adequada para impedir o resultado (a ação devida), por seu *conteúdo social de sentido*, produz efeitos semelhantes aos da ação típica do delito comissivo correspondente. Aqui, vem novamente à tona todo o panorama relativo à equiparação entre omissão e ação. A relação entre omissão e ação sempre suscitou a questão dos fundamentos da punibilidade dos delitos omissivos, geralmente para ampliar a imputação e subordiná-los à mesma cominação dos delitos comissivos. Como informam ZAFFARONI-BATISTA, a equiparação entre ação e omissão foi prevista, para esse fim, no art. 40 do código fascista italiano de 1930, mediante um aporte à causalidade que fundamentasse sua punibili-

⁸³ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 556; RUDOLPH, Hans-Joachim. *Systematischer Kommentar*, vol. 1, 1977, p. 101. Se o agente para não ser agredido por alguém sob efeito do álcool o tranca em um aposento, tem o dever de libertá-lo, uma vez cessado o perigo de agressão ou os efeitos do álcool.

dade.⁸⁴ Não há dúvida de que as propostas de equiparação têm o propósito de legalizar a punibilidade da omissão não prevista em lei. Isso foi expressamente consignado no projeto alemão de 1962, que vinculava essa equiparação ao garantidor para fazê-lo responsável pelos valores protetivos da ordem jurídica.⁸⁵ Independentemente, porém, dos antecedentes punitivistas dessa equivalência, pode-se propor sua utilização em outro sentido: para limitar a imputação. Parece, inclusive, que os antecedentes doutrinários advindos de GALLAS tendiam a uma certa limitação, quando este propunha que se fornecesse ao juiz a possibilidade de dizer que, nas circunstâncias, a conduta do sujeito não se equiparava a uma ação.⁸⁶

Como antecedente legislativo de uma formulação restritiva, pode-se citar o Código Penal alemão (§ 13), cujo conteúdo tem suscitado acesos debates, em parte por sua indeterminação, em parte pela interpretação que tem recebido.⁸⁷

A redação original do Código Penal alemão é a seguinte:

«§ 13 A comissão por omissão.»

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

A um setor da doutrina, esta cláusula da equivalência teria a única finalidade de também incluir no âmbito dos delitos omissivos impróprios aqueles casos em que o resultado típico venha condicionado a uma determinada e específica forma de realização da ação, os chamados *delitos de atividade vinculada a um resultado*,⁸⁸ delitos esses que se contrapõem aos puros *delitos de resultado*, que, para a sua ocorrência, não pressupõem uma ação especial. Outros entendem que a cláusula da equivalência significa a forma de atender ao princípio da legalidade, fundamentando a punibilidade da omissão, sem qualquer consideração à modalidade de ação delituosa. Para esses, todos os delitos comissivos podem cometidos por omissão.⁸⁹

⁸⁴ ZAFFARONI-BATISTA *et alii*. *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 368. Postulando pela inconstitucionalidade de tal equiparação, QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*, PG, 7.ª ed., 2011, p. 190 e ss.

⁸⁵ *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E-1962), *Bundestagsdrucksache* IV/650.

⁸⁶ GALLAS, Wilhelm. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. Bonn: Bundesdruckerei, vol. XII, 1959, p. 79; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 785.

⁸⁷ Crítico, MOURILLO, Gonzalo Rodríguez. «La cláusula general sobre la comisión por omisión», *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 909 e ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 784.

⁸⁸ KUDLICH, Hans, in SATZGER *et alii*. *StGB Kommentar*, 2009, p. 107; LACKNER, Karl. *StGB*, 1993, p. 94; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, II, 2003, p. 787; WOHLERS, Wolfgang, in KINDHAUSER-NEUMANN-PAFFGEN. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 2005, p. 427.

⁸⁹ MAURACH-GÖBBEL-ZAPP. *Derecho penal*, PG, tomo 2, 1995, p. 244.

A inserção de uma cláusula da equivalência entre ação e omissão para, mediante argumento analógico, ampliar indevidamente as possibilidades da punição por omissão é evidentemente inconstitucional, porque viola os fundamentos e os corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita. Não basta para fundamentar a punibilidade que se afirme uma semelhança entre ação e comissão. Será preciso que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que compõem essa equiparação. Em face disso, a cláusula da equivalência só pode ser interpretada restritivamente, tal como fora proposta por GALLAS. Desse modo, deve-se obrigar o juiz a verificar, em qualquer caso, não no sentido integrativo, mas no sentido limitativo, se pode negar a omissão por não corresponder à ação.

O problema está, porém, em determinar os fundamentos e os efeitos dessa cláusula da equivalência, tomada em sentido restritivo, diante do Código Penal brasileiro, que não a prevê e nem cogita expressamente de uma diminuição da punibilidade dos delitos omissivos. Inicialmente, pensou-se, para atender ao princípio da legalidade, que a relação entre delito comissivo e omissivo não poderia ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*. Isso implicaria, para configurar um delito omissivo impróprio, não previsto na lei, ser indispensável que o conteúdo do respectivo tipo legal, combinado com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado pela constituição do sujeito garantidor, encerrasse o mesmo conteúdo de injusto do seu cometimento por ação. Embora a exigência da identidade entre ação e omissão objetivasse uma redução da responsabilidade por omissão, poderia levar a outros efeitos, como o de justificar a criação de delitos omissivos sem qualquer parâmetro ou, como faz *Silva Sánchez*, postular, a partir dessa identidade, também o mesmo grau de punibilidade para delitos omissivos impróprios e comissivos e só admitir, conforme o caso concreto, apenas uma facultativa redução de pena, quando fracassasse a operação de equivalência. Daí ser mais adequada a opção por uma cláusula restritiva da equivalência.⁹⁰ O objetivo real de uma cláusula dessa natureza é de excluir do âmbito dos delitos omissivos aqueles casos em que a omissão, como violação a uma norma mandamental, não pode estar integrada a um tipo baseado essencialmente em uma norma proibitiva. Diversas tentativas foram encetadas para fundamentar essa equivalência, mas nenhuma delas, ademais da assertiva de GALLAS, foi no sentido de limitar a extensão da responsabilidade, senão para justificá-la.⁹¹ Como os delitos omissivos impróprios não estão previstos no Código Penal e sua punibilidade resulta de uma interpretação baseada em elementos não escritos, quando muito inseridos na fórmula genérica da causalidade ou nas disposições da Parte Geral relativas

⁹⁰ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2010, p. 471 e ss.

⁹¹ ZAFFARONI-BATISTA et alii. *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 368.

ao dever de garantidor, a criação de uma cláusula de equivalência só pode conduzir a uma interpretação restritiva e não ampliativa.

Na consecução de um sentido restritivo da cláusula de equiparação, pode-se partir de que essa cláusula encerra uma dupla função: a) estabelecer a necessidade de se diferenciar o injusto dos crimes omissivos daquele dos delitos comissivos; b) exigir uma comprovação de que nos delitos omissivos impróprios a omissão corresponda à ação.

A opção por essa dupla função da cláusula da correspondência não implica adotá-la para o efeito de ampliar os deveres de garantidor, quando ainda subsista um perigo para o bem jurídico. Aqueles deveres não podem ser ampliados por critérios de equiparação. A cláusula é acolhida, exclusivamente, como mais um requisito para delimitar o âmbito de incidência da norma mandamental, quando esta esteja acoplada a uma norma proibitiva. Não tem sentido, nesse aspecto, a restrição feita por ROXIN de que tal dupla função seria inútil, porque, afora os casos de delitos subordinados a especiais formas de execução (como o estelionato ou o constrangimento ilegal), a questão já estaria resolvida com a afirmação ou negação dos deveres de garantidor.⁹² Justamente porque subsiste uma diversidade no conteúdo de injusto dos fatos omissivos e comissivos⁹³ é que se manifesta a necessidade de uma cláusula de equivalência para corrigir a extensão da responsabilidade. Não basta, assim, para a responsabilidade do omitente que ele se inclua na posição de garantidor; é necessário, ainda, que sua omissão se equipare à comissão.

Quando da discussão acerca da ingerência, ficou consignado que a ação precedente não seria apta, por si só, para produzir o resultado. Daí a formulação doutrinária em torno da busca de fundamentos materiais que pudessem melhor identificar a relação entre a ação precedente e a ação devida posterior. Como a questão reside no fundamento que faz da omissão uma condição semelhante à comissão, ou seja, que o processo de imputação da omissão não se resume a mera violação de um comando, mas tem por base também a violação de uma proibição, pode-se valer, aqui, também dos mesmos argumentos usados para restringir a ingerência e que se assemelham àqueles previstos para o estado de necessidade. Esses fundamentos podem ser dispostos no seguinte: a) a ação devida deve ser necessária e imprescindível para evitar a lesão do bem jurídico ameaçado; b) o resultado não pode ser evitado por ação ou iniciativa da própria vítima, sem risco pessoal; c) a atuação devida do agente deve ser tomada imediatamente, sob pena de ocorrer a lesão do bem jurídico; d) a vítima não deve ter desistido, voluntariamente, da defesa do seu bem; e) trate-se de bem jurídico pessoal.

⁹² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 787.

⁹³ BAUMANN-WEBER-MITSCH. *Strafrecht*, AT, 2003, p. 295.

A condição de que ação devida seja necessária para evitar a lesão do bem jurídico deve ser exigida em todos os delitos omissivos, mas ganha uma conotação especial nos delitos omissivos impróprios, porque deve estar associada à sua imprescindibilidade e imediatez. Como o conteúdo de injusto do fato omissivo é qualitativamente menos grave do que o da comissão, a equivalência da omissão à ação só poderá ocorrer quando subsistir uma situação de necessidade que deva ser enfrentada imediatamente e que não pode ser arrostada de outro modo no momento do fato. Diz-se que o conteúdo de injusto é menos grave qualitativamente e não apenas quantitativamente porque subsiste uma diferença comunicativa entre uma norma mandamental e uma norma proibitiva. A norma mandamental tem necessariamente que trabalhar com critérios de decisão e não apenas de constatação, o que transforma sua identificação em um processo de nítida valoração dos objetos de referência para a conduta performática. Na norma proibitiva há, desde logo, uma indicação direta da ação que se quer vedar, em função de sua intromissão na zona do ilícito, e os objetos de referência para sua execução ou não execução. Na norma mandamental, essa indicação só é feita em face de preceitos normativos e de juízos de decisão em torno da necessidade da ação devida, com vistas à lesão de bem jurídico. O omitente não sabe o que deve fazer em face de uma situação concreta, se não tiver conhecimento de um dever de agir. Há, portanto, no conteúdo de injusto dos fatos omissivos uma relação comunicativa complexa, inexistente nos fatos comissivos. Em face disso, é de se excluir também a equivalência quando o bem jurídico possa ser protegido pela vítima, sem risco pessoal, ou quando esta tenha voluntariamente se conformado com sua lesão, bem como é perfeitamente justificável inserir-se a condição de o bem jurídico ter natureza pessoal, que condiz com a situação de necessidade, porque somente nesse caso se poderá fazer uma avaliação empírica da imprescindibilidade da ação devida em face do perigo ou da lesão. Assim, afora os *casos de responsabilidade expressa*, ou de deveres legais, só terá sentido uma incriminação da omissão imprópria, quando se tratar de *delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade* (incluída a liberdade sexual), cujos objetos jurídicos, por sua natureza e pelas consequências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva por parte do sujeito, que não pode ser postergada para não se tornar inócua.⁹⁴ Não se incluem, assim, bens jurídicos patrimoniais como objetos de lesão dos crimes omissivos impróprios, porque sua natureza fungível ou redutível a reparações civis não é suficiente para fundar essa imprescindibilidade sob o pressuposto da incidência autônoma da norma penal. Caso complexo é o da facilitação, por omissão, do

⁹⁴ No sentido de uma limitação dos delitos omissivos impróprios na Parte Especial, NETTO MUNHOZ, Alcides. «Os crimes omissivos no Brasil», *Revista de Direito Penal*, vol. 33, p. 25, 1982; igualmente, SCHÖNE, Wolfgang. *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, p. 356, e ZAPPARONI, Eugenio Raúl. «Panorama atual da problemática da omissões», *Revista de Direito Penal*, vol. 33, p. 34 e ss., 1982.

tráfico de drogas, quando realizada por funcionário encarregado da repressão. Em relação ao contrabando ou descaminho, há norma expressa, incriminando a conduta como delito autônomo (art. 318, CP). No tráfico de drogas, não há essa precisão legal. Pela tese adotada, não haveria omissão imprópria daquele que, como funcionário alfandegário ou policial, não impedisse o tráfico de drogas. Nesse caso, pela regra geral, responderiam os funcionários ou por prevaricação (art. 319, CP), ou por corrupção passiva imprópria (art. 318, § 2.º, CP) ou até mesmo por participação ativa no crime de tráfico, mas não pela comissão do tráfico por omissão. O problema está, porém, na identificação da lesão de bem jurídico e da necessidade de atuação imediata do funcionário para evitá-la. À primeira vista, parece que, dadas as características do tráfico e de sua velocidade, até mesmo em face de se tratar de atividade proibida e fiscalizada, a atuação do funcionário deve ser realizada com certo grau de imediatez, o que faz equiparar sua omissão à ação e, conseqüentemente, o faz também responsável, por omissão, do delito de tráfico correspondente.⁹⁵ No entanto, em certas ocasiões, sob a égide da repressão à atividade das chamadas organizações criminosas, permite-se que a ação policial sobre os detentores ou portadores da droga possa ser retardada para fins de melhor investigação (Leis 9.034/1995, art. 2.º, II, e 11.343/2006, art. 53, II). Isso demonstra que o interesse do Estado de identificar a lesão de bem jurídico não depende da atuação imediata do policial, que pode, portanto, ser levada a cabo muito depois de o crime se haver consumado, em se tratando de modalidade de delito instantâneo ou ter iniciado seu processo de consumação, nos delitos permanentes. O retardamento da ação policial, ainda que se destine a responsabilizar maior número de pessoas pelo tráfico, é indicativa de que sua ação não é temporalmente imprescindível e que o dever de executá-la, portanto, pode ser postergado. Se o dever de atuar pode ser postergado, de conformidade com o interesse do Estado, a lesão de bem jurídico, nesta hipótese, não está vinculada à ação do agente, como ação necessária, e nem se pode dizer que, com sua inatividade, o resultado lesivo ocorreria com probabilidade nos limites da certeza. Pelo contrário, apesar da consumação, não há lesão de bem jurídico. Isso se dá, porém, de modo completamente diverso quando se trate de delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade, cujos bens jurídicos serão lesados tão logo se execute a agressão.

Deve-se, além disso, fazer uma diferenciação entre a omissão do agente encarregado da repressão, mas sem estar na condição de controlador do perigo, e aquele que se encontre sob a disciplina dessa ação controlada. Nem todos os policiais estão nas mesmas condições. Há policiais comuns que se deparam com o comércio de drogas e não o reprimem; há policiais que estão, desde o início, inseridos na repressão ao tráfico e participam das operações

⁹⁵ Admitindo que o funcionário responde por tráfico, por omissão, QUEIROZ, Paulo, in BIZZOTTO, Alexandre et alii. *Comentários críticos à lei de drogas*, 2010, p. 59.

controladas. Para os primeiros, na falta de regra expressa, parece que a melhor solução só poderá ser aquela primeiramente aventada: os agentes respondem pelos delitos funcionais, se não houverem participado do delito por ação. Mesmo considerando que os funcionários desempenhem funções de proteção, o que lhes insere na condição de garantidores, faltará, aqui, a equivalência da omissão à ação. Para os segundos, convém observar que, nessa atuação postergada, os agentes policiais detêm o domínio sobre as fontes produtoras do perigo. Dessa forma, geram um perigo controlado para o bem jurídico, que se realizará em lesão, caso não efetivem, posteriormente, a apreensão da droga, fato que os situa, à primeira vista, na condição de ingerentes. Ocorre, porém, que sua atuação é, geralmente, autorizada por lei e em cumprimento de decisão judicial; portanto, sua atuação anterior, produtora do perigo, não é ilícita, o que desnatura os pressupostos da ingerência. Mas os agentes desenvolvem uma atividade legalmente subordinada, ou seja, toda a atividade policial, nesse caso, está disciplinada em lei específica, não é uma atividade policial comum. Dessa subordinação legal decorrem os deveres de apreender a droga e, assim, evitar a lesão de bem jurídico, uma vez consolidado o processo investigatório. Assim, o policial está situado numa posição de garantidor e detém em suas mãos todo o processo de lesão de bem jurídico. Caso não proceda à apreensão da droga no momento oportuno, descumprirá um dever de agir expresso e, dadas as condições de controlador do processo lesivo, sua omissão equivalerá, então, à ação. Isso o torna responsável pelo delito de tráfico por omissão. Somente nesta hipótese, em face das particularidades da atuação policial controlada, é que se pode admitir que a omissão se equipare à ação. Aos policiais comuns, no entanto, podem ser aplicados, analogicamente, os mesmos critérios de identificação do delito impossível: se a ação devida era imprescindível e tivesse que ser realizada imediatamente para evitar a lesão de bem jurídico, poder-se-á pensar em uma equivalência entre omissão e ação; se, porém, a ação lesiva ao bem jurídico pode ser controlada por outros policiais encarregados da repressão, o bem jurídico não está em absoluto estado de perigo e não haverá, assim, equivalência entre a omissão e ação. Por outro lado, se o policial se depara com alguém que está prestes a matar outrem e não intervém, podendo fazê-lo, ainda que com relativo risco pessoal, para impedir o resultado, sua omissão se equipara à ação.

A incriminação por omissão não pode servir de elemento sancionador de fatos que só interessam a outros ramos do direito, ou quando a solução de seus respectivos conflitos possa ser integralmente satisfeita com medidas não penais. O fato de o Código Penal não prever uma cláusula de equivalência é irrelevante. Concebida a lei penal como ato de comunicação, que institui os objetos de referência para as respectivas atividades proibidas ou devidas, essa deve acolher todos os elementos não escritos do mundo da vida e das formas de sua manifestação normativa, que possibilitem a real compreensão

da realidade por parte de seus destinatários, bem como estabelecer restrições às incriminações que não lhe correspondam.

Independentemente da cláusula da equivalência e tendo em vista a diversidade de conteúdo de injusto entre os delitos omissivos e os comissivos, é de se adotar também a proposta de NITZE, que é céptico quanto aos efeitos da cláusula da equivalência, mas que postula por uma necessária separação entre omissão e ação no âmbito da punibilidade, no sentido de agregar àquela uma obrigatória diminuição de pena, quando se tratar de omissão dolosa, e uma facultativa diminuição para fatos omissivos culposos.⁹⁶ Essas formas de atenuação, obrigatória nos fatos dolosos e facultativa nos fatos culposos, correspondem ao princípio da culpabilidade e podem ser inseridas nos elementos do art. 66 do Código Penal.

⁹⁶ NITZE, Paul. *Die Bedeutung der Entsprechendsklausel beim Begehen durch Unterlassen* (§ 13 StGB), 1989, p. 151: «Uma consequência justa na interpretação da omissão é, por conseguinte, uma obrigatória diminuição de pena para os delitos omissivos dolosos, e uma facultativa diminuição para os delitos omissivos cometidos culposamente»; no sentido de uma atenuação facultativa para os delitos dolosos, SANCHEZ, Jesús María Silva. *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, 2.ª ed., 2010, p. 475; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. «La cláusula general sobre la comisión por omisión», *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 911 e ss.; também no sentido de caracterizar a omissão como fato menos grave, HASSEMER, Winfried. «Beihilfe zur Untreue durch pflichtwidriges Unterlassen», *Juristische Schulung* 6, p. 502, 1990.

CAPÍTULO 4

O TIPO DOS DELITOS OMISSIVOS

I. A OMISSÃO TÍPICA

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

Inicialmente, pode-se dizer que, nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Em consequência da *inação*, haverá ou não um resultado, dependendo da estrutura do tipo. Não se está, aqui, discutindo se o resultado está ou não presente em todos os delitos. Parece que a doutrina tem-se encaminhado nesse sentido,¹ o que poderá levar a uma nova consideração acerca dos crimes de perigo abstrato, com repercussões significativas no âmbito da responsabilidade. Pondera ROXIN que acolher um injusto sem resultado implicaria sedimentar a responsabilidade penal exclusivamente no desvalor subjetivo da conduta e tomar a tentativa inidônea como modelo de delito.² Apesar dessas importantes ponderações, pode-se adotar a classificação entre delitos de resultado e de mera atividade, à medida que, com isso, se queira indicar uma forma de descrição da conduta proibida. O legislador no processo de comunicação pode contentar-se em descrever apenas a atividade; em outros tipos, pode entender necessário fazer referência expressa ao resultado; em outros, ainda, configurar o resultado como elemento não escrito, apesar de logicamente inerente ao próprio desenvolvimento da conduta. Essa diferenciação é importante para traçar os lindes entre tentativa e consumação, bem como para determinar a forma e o modo de demonstração da lesão de bem jurídico, ou ainda do perigo.

Nos crimes de perigo concreto, o resultado tem que ser comprovado empiricamente; nos delitos de perigo abstrato, o resultado não está descrito no tipo, o que conduz ao exercício de uma interpretação restritiva no sentido de verificar, prioritariamente, a idoneidade da conduta. Pode-se, assim, reconhecer que no delito de mera atividade subsiste um resultado, mas, como o legislador não o descreveu, a avaliação do injusto deve estar pautada, fundamentalmente, no desenvolvimento da própria conduta. Importante será, em qualquer caso, a relação entre conduta e lesão de bem jurídico, à vista de uma análise da conduta como ato perlocucionário, sempre sujeito à verificação de adequação e ofensividade. Essa visão da conduta como ato perlocucionário torna irrelevantes as propostas da doutrina de distinguir entre resultado fático e resultado jurídico, para admitir este último em todos os delitos, mas aquele somente nos verdadeiros crimes de resultado. Essa é uma antiga concepção, da época em que o bem jurídico constituía apenas um requisito formal da norma. Não é a questão fática ou jurídica que deve ser tematizada, mas a conduta dentro da perspectiva de um processo de comunicação consignado pela norma. Toda conduta penalmente relevante é uma conduta perlocucionária ou performática (conforme a terminologia que se adote), daí conter uma vinculação necessária a determinados efeitos que serão produzidos em outrem. Esses efeitos não deixam de integrar o conteúdo perlocucionário se não estiverem descritos. A ausência de descrição não desnatura o ato perlocucionário, apenas modela sua interpretação. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação se dá desde que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nesse caso, o resultado que o tipo pressupunha não ocorreu, porque afinal a vítima fora salva, mas haverá consumação porque a conduta devida era idônea para impedi-lo. A interpretação do ato perlocucionário se satisfaz com a constatação de que a conduta devida não fora realizada e que com sua execução no tempo oportuno se teria evitado, antecipadamente, um resultado de perigo para bem jurídico. Nos delitos omissivos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor, que se está afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte. Neste caso, como o legislador descreve expressamente o resultado, os traços de distinção entre tentativa e consumação são mais nítidos.

I. A possibilidade do agir

Integra o tipo dos delitos omissivos a *real possibilidade de atuar*. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: «Jogue-se na água para salvar quem se está afogando». Se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é total-

¹ Assim, por exemplo, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, I, 4.ª ed., 2006, p. 321.

² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, I, 2006, p. 327.

mente absurda e deve ser considerada como inexistente ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica. Convém ressaltar que a *real possibilidade de atuar* está condicionada à modalidade de conduta típica a que se refere, porque inexistente uma omissão em si, senão *omissão de ação determinada*.³ Dependendo da configuração do tipo de injusto, essa *real possibilidade* pode expressar-se de várias formas, associando-se a certas características da norma mandamental. Assim, por exemplo, nas hipóteses de delitos vinculados exclusivamente a infrações de deveres, nos quais o legislador negligenciou acerca da identificação do *desvalor do resultado*, contentando-se com a descrição da mera *inatividade*, como ocorre em alguns tipos de sonegação fiscal,⁴ a *real possibilidade* deve também englobar a *capacidade individual* de realizar aquela específica conduta determinada pela norma, ou seja, a *capacidade de pagar*, a *capacidade de fazer pessoalmente*, a *capacidade de prestar informações* etc. Nesses casos, a possibilidade física não é decisiva, porque o tipo está estruturado sobre outra forma de prestação.⁵ Evidentemente, se o sujeito não possui dinheiro, não se omite de pagar o débito;⁶ se não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação, não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente; se não detém a informação, porque esta se encontra inacessível, ou na posse de terceiro desconhecido ou de alguém que se recusa a fornecê-la, não se omite de prestá-la; se sua ordem de proteção não pode ser acatada por faltar-lhe meios jurídicos para tanto, não está capacitado para cumprir o dever.⁷

Note-se que a real impossibilidade de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar acerca das modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições impossíveis (art. 124). A pessoa, portanto, que não pode pessoalmente atuar não pode pessoalmente ser responsabilizada por sua omissão. Essa condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios. Mas

³ KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 531.

⁴ Lei 8.137/1990, art. 2.º.

⁵ Admitindo uma impossibilidade jurídica, ESER, Albin. *Juristischer Studienkurs*, II, 1980, exemplo 28; GROPP, Walter. *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 2001, p. 396: «A impossibilidade de evitar o resultado não é apenas fática, pode ser também jurídica. (...) A impossibilidade de evitar o resultado por meio de uma ação não precisa se basear na *vis absoluta*, pode ter variados fundamentos.»

⁶ Assim, de conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, TAO, Brigitte, in KINDERHÄUSER-NEUMANN-PAEFFGEN. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, 2005, p. 4902.

⁷ Aqui, é interessante a referência a um famoso caso julgado pela Corte de Apelação de Bremen, em 1957: um proprietário consente que, em sua casa, seja acomodado um cão da raça Airedale-terrier; após algumas investidas do cão contra terceiros, ordena que este seja retirado de casa; sua mulher, porém, que era dona do cachorro, se opõe a essa ordem e desautoriza seu marido a levar o cão para fora; este acaba atacando outra pessoa. O tribunal entendeu que o marido, como não poderia executar a ação, porque juridicamente não possuía domínio sobre o animal, estava desobrigado do dever de proteção.

deve-se atentar que, inversamente do que afirma a doutrina tradicional, a real possibilidade de atuar não se confunde com a capacidade física de agir. Esta última constitui evidentemente uma condição da própria ação ou da imputabilidade, conforme se trate, respectivamente, da capacidade no sentido de qualidade física de atuar (condição da ação), ou da capacidade como possibilidade de atitudes conscientes acerca da proibição da conduta e da autodeterminação de acordo com essa compreensão (imputabilidade). Por sua vez, a real possibilidade de agir integra o tipo de injusto dos delitos omissivos próprios e impróprios e não está alicerçada, portanto, sobre um substrato puramente físico, como se pretende, resultante de uma interpretação meramente causal do delito, mas resulta do sentido da própria omissão ou da situação típica. Já na sua época, ainda que sob outra perspectiva dogmática, observava FEUERBACH que a imputação de culpabilidade desapareceria no tocante à omissão quando fosse impossível ao sujeito realizar a ação mandada, tanto na hipótese de lhe faltar a necessária força física para a sua execução quanto no caso de subsistir qualquer outro impedimento externo para o qual não tenha ele contribuído culpavelmente.⁸ O próprio Código Civil alterou a configuração das obrigações impossíveis, tratando de eliminar o condicionante físico contido no art. 116 do código antigo para estender a impossibilidade a qualquer forma de negócio jurídico (art. 124).

A doutrina costuma diferenciar entre a *real possibilidade física de praticar a ação devida* e a *exigibilidade de tal conduta*. A real possibilidade física diz respeito à capacidade de ação do sujeito. Já a exigibilidade se refere à colisão de interesses: uma ação seria inexigível se sua execução prejudicasse de tal forma o interesse do sujeito que a ordem jurídica não pudesse proceder a uma avaliação de sua necessidade.⁹ A exigibilidade, desse modo, constituiria um atributo típico dos delitos omissivos. Uma vez que a ação devida não fosse exigível ao sujeito, não haveria tipicidade.¹⁰ A proposta doutrinária dessa diferenciação constitui um recurso de superar, por outra via, os estreitos limites da concepção causal em torno da capacidade de ação. A ideia é atraente, mas pode levar a confusões conceituais, porque a exigibilidade também constitui elemento da culpabilidade e não apenas da tipicidade. Melhor será aperfeiçoar o conceito de possibilidade para, extirpando-lhe o substrato puramente causal, passar a compreendê-lo também no âmbito normativo. Poder-se-ia, inclusive, propor uma outra diferenciação na própria capacidade de ação, sem desnaturar seu conceito: entre a possibilidade física e a capacidade normativa de agir. Uma vez que o sujeito seja fisicamente incapaz de agir, a conclusão em torno da

⁸ FEUERBACH, Arselm Ritter vom. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1824, p. 145.

⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREIB. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 218.

¹⁰ MAYER, Hellmuth. *Strafrecht*, AT, 1967, p. 135; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREIB. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, p. 217.

exclusão da tipicidade será procedida por meio de uma constatação empírica. Quando se tratar de capacidade normativa, o processo de avaliação seguirá os trâmites de uma interpretação sobre a relação entre o empírico e o normativo sob a perspectiva do tipo legal. Parece que esta é a solução adequada para traçar limites empíricos e normativos aos delitos omissivos já no âmbito de sua tipicidade. Isso tem sua racionalidade, porque uma conduta perlocucionária só pode ser exaustivamente avaliada quando confrontada nesses dois aspectos, empírico e normativo. Sem as qualificações normativas, o empírico perde relevância porque ficará atrelado a uma fase pré-típica; ademais, no tocante à omissão, que se vincula a uma conduta devida, portanto a um dever de agir, não pode o empírico ser tomado exclusivamente em face de possibilidade e impossibilidade física, senão também normativa. Só quando se confronta com o normativo é que a capacidade de agir pode justificar um juízo acerca da idoneidade e necessidade da ação devida.

Neste setor tem-se divulgado, erroneamente, a ideia de que possibilidade de agir constitui apenas uma exigência típica dos delitos omissivos impróprios e não dos omissivos próprios, uma vez que nestes últimos a omissão já estaria configurada no tipo legal e este, por sua vez, trataria de estabelecer as condições do atuar. Na realidade, a exigência da possibilidade de agir não está subordinada à prévia tipificação das condutas omissivas, mas constitui uma condição imprescindível do procedimento de imputação, que é inerente a todos os tipos penais de resultado ou de mera atividade, sejam ou não cometidos por omissão, submetidos a um mandado geral de assistência (crimes omissivos próprios) ou a um especial dever especial de impedir o resultado. O condicionamento do processo de imputação faz parte do sistema de comportas, através do qual se pretende delimitar a intervenção estatal. Como, ademais, os delitos omissivos impróprios se encontram em uma situação delicada no direito penal, em face das divergências em torno de sua legalidade, é razoável que a doutrina deles se ocupe mais atentamente, pois neste caso carece de parâmetros para indicar as referências concretas da ação mandada, devendo proceder, portanto, com maiores exigências do que ocorreria nos delitos omissivos próprios. Isso não significa, porém, que nestes últimos a questão da possibilidade de atuar seja irrelevante. Mesmo nos delitos omissivos próprios, nem sempre a lei traça com precisão os limites e as formas dos deveres que devem ser cumpridos. Nesse caso, como não cabe ao julgador complementar as lacunas legais mediante um processo de integração da ordem jurídica, já que com isso violaria o princípio da legalidade, se lhe reserva o papel de procurar esclarecer as condições que devam ser inseridas no âmbito da imputação com vistas a tratá-las do mesmo modo como o faria com relação aos delitos omissivos impróprios. Só desse modo se lhe poderia reconhecer, inclusive, legitimidade na sua atividade cognitiva.

2. A situação típica

O tipo dos delitos omissivos não está constituído, como se pensava, apenas por aqueles dois elementos, da *inação* e da *real possibilidade de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o direito quer regular através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, com vistas ao perigo ou à lesão ao bem jurídico.¹¹ Assim, no crime de omissão de socorro, constitui essa situação a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Portanto, o tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isso, há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não agir, senão também é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida* não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*: só quando vinculada às circunstâncias tipicamente descritas.

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

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

II. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Uma vez que as situações relacionadas ao dever de agir, à posição de garantidor e à possibilidade de realizar a ação devida compreendem situações

¹¹ Juarez Cirino dos Santos considera a situação típica como situação de perigo (*Direito penal*, PG, 4.ª ed., 2010, p. 198).

confrontadas com a ordem jurídica em sua totalidade e não apenas em face da norma penal respectiva, pode-se dizer que nos delitos omissivos é praticamente irrelevante a indagação acerca das causas de justificação. Isso porque, configurada uma situação de perigo ao bem jurídico, resultante de agressão (legítima defesa) ou de outras fontes (estado de necessidade), ou subsistente uma colisão de deveres, as soluções podem ser encontradas já dentro do próprio tipo, sem haver necessidade de uma nova valoração do fato.

A relevância de uma nova valoração do fato no setor da antijuridicidade terá sentido, em face de uma concepção dialética do injusto, quando seja necessário proceder-se a uma individualização das situações que possam justificar o fato.¹² Se, porém, essa mesma tarefa pode ser antecipada, em sua integralidade, no âmbito do tipo, no sentido de sua exclusão, só restará à antijuridicidade a verificação de situações particularíssimas, nas quais não haja possibilidade de definir os limites do dever de atuar. ROXIN propõe trabalhar, neste setor, com um conceito do «tipo total», como o faz a teoria dos elementos negativos do tipo, mas, mesmo assim, não descarta a possibilidade de analisar, em casos concretos, a incidência de uma causa de justificação, especialmente da colisão de deveres e do estado de necessidade.¹³

1. A colisão de deveres

Haverá colisão particularíssima de deveres, quando o sujeito não pode cumprir um desses deveres sem o descumprimento do outro. Na ponderação entre esses deveres, basta que sejam de igual valor, mas sob a condição de que os deveres impostos não estejam simplesmente incluídos como elementos de um tipo de delito geral. O pai, que não pode, ao mesmo tempo, salvar os dois filhos e resolve salvar apenas um deles, está em uma situação de deveres conflitantes, que justificam sua conduta. Assim também o maquinista que deve, ao mesmo tempo, manter-se na condução do comboio em face de uma curva perigosa ou impedir a morte de seu filho menor, que está prestes a cair do vagão. Essa modalidade de conflito é matéria da antijuridicidade, porque envolve o fato em face da totalidade da ordem jurídica: será preciso analisar o caso com base em preceitos de outros ramos do direito ou de regras próprias que fundamentam a posição de garantidor. Para caracterizar uma colisão justificante de deveres é indispensável, no entanto, que esses deveres digam respeito à obrigatoriedade de uma atuação necessária. Não se está cogitando, nesta hipótese, de um dever de abstinência, cuja violação poderia dar lugar a um crime comissivo culposo, mas, sim, de um dever específico de agir.

¹² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 3.^a ed., 2003, p. 158.

¹³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 690. Assim, também, WESSLS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 289.

Analisando-se, por outro prisma, a colisão de deveres em face da concepção mais ampla da impossibilidade de agir, é possível situá-la, desde logo, no âmbito da tipicidade, quando se tratar de um dever geral de assistência. No caso do sujeito que, diante de dois estranhos, presta socorro a um e não ao outro, porque não pode fazê-lo simultaneamente, a situação estará melhor amparada no âmbito da impossibilidade de agir e não propriamente na colisão justificante de deveres. É que, neste caso, não havendo a prevalência de um dever de maior hierarquia ou ainda a imposição de cumprimento de deveres extrapenais de mesma hierarquia, a matéria não envolve a totalidade de ordem jurídica, mas, sim, exclusivamente, o tipo do delito de omissão de socorro, que estará excluído pela impossibilidade de atuar do sujeito.

Outro é o tratamento da colisão entre deveres de categorias diversas. Se no exemplo acima, uma das vítimas é filho do sujeito, mas a outra não o é, há uma colisão de um dever de garantidor e um dever geral de assistência. A doutrina considera que, em se tratando de deveres desiguais, haverá exclusão da antijuridicidade quando o sujeito cumprir o dever de maior hierarquia em detrimento do outro; quando se der o cumprimento de dever de igual ou menor hierarquia, haverá uma causa de exculpação.¹⁴ Para que isto se viabilize, é indispensável definir o que constitua um dever de maior hierarquia. WESSLS-BEULKE entendem que a relação de hierarquia será definida em face do valor do bem jurídico, da qualidade do dever (se resultante de uma posição de garantidor ou como dever geral de assistência), da proximidade do perigo e da maior ou menor probabilidade da ocorrência do resultado.¹⁵ Com base nesses parâmetros pode-se considerar como de maior hierarquia, em primeiro lugar, o dever de proteção à vida humana em contraste com o dever de proteção do patrimônio; em segundo lugar, será de maior hierarquia o dever de garantidor diante do dever geral de assistência; em terceiro lugar, será prevalente o dever que tenha que ser cumprido imediatamente em relação àquele que tenha seu cumprimento remoto ou que possa ser cumprido tempos depois; finalmente, terá preferência o dever, cujo cumprimento possa implicar, com maior probabilidade nos limites da certeza, a não ocorrência do resultado. Uma vez avaliado o dever como de maior hierarquia, seu cumprimento exclui a antijuridicidade da conduta. Por outro lado, em se tratando do cumprimento de dever de menor hierarquia, embora não se configure uma causa de justificação, nada obsta que possa ser eliminada a tipicidade da conduta. Neste aspecto, pode-se fazer uma inversão na pauta da antijuridicidade. A solução da doutrina no sentido de reconhecer, em face disso, apenas uma causa de exculpação (quando se cumpra o dever de menor hierarquia) parece demasiadamente rigorosa, porque, de qualquer modo, o sujeito cumpriu um dever imposto pela ordem jurídica. Se o sujeito cumpriu apenas um dever, porque não poderia cumprir o outro,

¹⁴ WESSLS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 165, 289.

¹⁵ Idem, *ibidem*, 2010, p. 289.

não pode ser apenas desculpado, deve ter excluída a tipicidade de sua conduta. A ordem jurídica pode impor deveres e exigir seu cumprimento, mas não pode definir as preferências pessoais, quando esses deveres sejam rigorosamente cumpridos pelo sujeito.

2. O estado de necessidade

Relativamente ao estado de necessidade, este ocorre quando o omitente, caso cumpra o dever, tenha que colocar em perigo seu próprio bem jurídico ou de terceiro, que nada tem a ver com a relação de dever. Aqui não se trata de colisão de deveres, mas de atuação em seu próprio favor ou de outrem. Uma vez verificados os elementos do estado de necessidade, como o perigo atual a direito do agente ou de terceiro, não provocado por ele e inevitável de outro modo e a inexigibilidade do sacrifício do bem, com base no critério da proporcionalidade entre o que se salva e o que se sacrifica, restará excluída a antijuridicidade (estado de necessidade justificante) ou a culpabilidade (estado de necessidade exculpante). O bombeiro tem o dever de arrostar o perigo, mas dele não se exige que, para cumpri-lo, tenha que sacrificar a própria vida. Para a distinção entre justificação e exculpação não é relevante a hierarquia do dever, mas, sim, o valor do bem jurídico: em se tratando de sacrifício de bem jurídico de valor inferior ou igual ao do bem protegido, haverá exclusão da antijuridicidade; se o bem jurídico sacrificado for de maior valor, haverá exclusão da culpabilidade. O bombeiro que deixa de salvar uma vítima para salvar sua própria vida estará em estado de necessidade justificante; um estranho que deixa de salvar a vítima para evitar graves ferimentos em seu próprio corpo, estará em estado de necessidade exculpante.

CAPÍTULO 5

A CAUSALIDADE NA OMISSÃO

I. AS CONTROVÉRSIAS DA CAUSALIDADE

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

Não obstante essa dificuldade, os autores em geral partem de um conceito de causa que não é nem certo nem necessário, mas meramente lógico ou hipotético, com base na teoria da condição ou da equivalência. Segundo esta teoria, que tem seus antecedentes na formulação do empirista inglês John Stuart Mill, de cunho determinista, e sua formulação definitiva nas obras de GLASER¹ e BURI,² a causalidade não pode ser inferida de uma relação totalizante, na qual fossem levadas em conta todas as suas condições em conjunto, de modo que se pudesse afirmar, com precisão e abrangência, o processo de produção de determinado evento. Ao invés, a tarefa se cumpre em estabelecer apenas se uma determinada condição pode estar relacionada logicamente a certo evento. Para tanto, não se faz qualquer distinção entre condições. Todas as condições são equivalentes. A afirmação de que alguma condição se vincula ao evento é inferida de um juízo lógico negativo (eliminação hipotética): a causa é a

¹ GLASER, Julius. *Abhandlungen aus den österreichischen Strafrecht*, Leipzig, 1858, 1978.

² BURI, Maximilian von. *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 1968.

condição que, uma vez eliminada hipoteticamente, faz desaparecer o resultado³ ou, em outras palavras, a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. O conceito de causa, assim tomado no sentido lógico e sem qualquer consideração às suscetibilidades concretas de outras condições, é simplesmente um conceito contrafático e tem gerado, por isso, uma série de controvérsias na filosofia, no direito e na ciência em geral, implicando sua revisão por outras fórmulas e enunciados.

Parece, entretanto, dado o grau de incerteza de suas variadas fórmulas e suas dificuldades, que o conceito de causa passa por um processo de crise, principalmente quanto à sua determinação especulativa. No campo das ciências empíricas, essa incerteza quanto à identificação da causalidade assumiu maior significado, por exemplo, com as investigações procedidas no setor do átomo e sua evolução. O cientista alemão HEISENBERG,⁴ na época professor da Universidade de Göttingen e Prêmio Nobel de Física, ao proceder à elaboração dos princípios informadores da teoria quântica, com base no critério de associar as propriedades físicas aos pares, enuncia, na década de trinta do século XX, o *princípio da indeterminação*, pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada (medição de pares), conduz à conclusão de que no mundo dos corpúsculos nucleares a causalidade não é certa, mas meramente provável. Assim, dizia HEISENBERG que a «interpretação teórica de uma experiência requer, portanto, três estágios distintos: (1) traduzir a situação experimental inicial em uma função de probabilidade; (2) seguir a evolução temporal dessa função; (3) escolher uma nova medida a ser feita no sistema físico considerado, cujo resultado poderá então ser calculado da função de probabilidade».⁵

No século XIX, a causalidade já tinha sido posta em questão com a conhecida teoria da distribuição de energia de BOLZMANN e MAXWELL, enunciada para explicar um dos *princípios da termodinâmica*. Segundo este princípio, um corpo quente em contacto com um corpo frio produz a passagem de seu calor para este corpo frio e não vice-versa. Quando dois corpos entram em contacto, um quente e o outro frio, o primeiro, que está quente, perde calor, transferindo ao segundo, que está frio, uma parte desse calor, no sentido de um equilíbrio térmico. Segundo BOLZMANN e MAXWELL, essa constatação empírica, entretanto, não é certa, não se podendo concluir, imediatamente, que o equilíbrio térmico se efetue de modo absoluto. Há de se contar também com

³ Nesse sentido negativo, se expressa LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*, trad. José Higino Duarte Pereira, vol. 1, 1899, p. 201: «Dá-se a conexão causal entre o movimento corpóreo e o resultado, quando não se pode supor suprimido o movimento corpóreo sem que devesse deixar de ocorrer o resultado ocorrido (isto é, do modo por que de fato ocorreu)».

⁴ HEISENBERG, Werner. *Die physikalischen Prinzipien der Quantentheorie*, 1930, IV § 3º.

⁵ Idem. *Física e filosofia*, trad. brasileira de Jorge Leal Ferreira, 4ª ed., 1999, p. 70.

uma perda ambiental de certa parcela desse calor. Os resultados serão, assim, prováveis, como ocorre em geral na investigação científica.

Essa formulação da termodinâmica e o princípio da indeterminação marcaram, no campo da causalidade, uma perspectiva completamente diferente do que a *ciência* tradicional havia indicado. Primeiramente, desvincularam-na dos princípios da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do direito. Depois, alteraram o pressuposto empírico de sua configuração, contestando a ideia de que, dadas certas condições, se poderia obter, com certeza, determinado resultado. Finalmente, puseram em dúvida a validade de sua formulação lógica ou contrafática, segundo um princípio negativo de determinação.

II. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA CAUSALIDADE

Na esteira dessas modernas concepções, pode-se dizer que a crise da causalidade gerou uma desconfiança sobre se existe de fato uma lei natural que a regule, segundo um critério geral de necessidade e pelo qual se deveria orientar sua formulação teórica. Como consequência, uma vez afastada de consideração a existência dessa lei geral, passou-se a questionar se a explicação que se devesse dar a uma determinada relação causal poderia ser equacionada através de uma só teoria, segundo a qual, sempre e da mesma forma, deverá verificar-se, ou ser inferida de um juízo lógico hipotético, alheio à investigação empírica de suas condições. O defeito das teorias generalizantes da causalidade, como a teoria da condição, já tinha sido corretamente identificado por HUME, o primeiro a propor que a relação causal constituía uma relação especial, submetida a procedimentos individualizados do caso concreto,⁶ o que implicava considerar que a afirmação de que, por exemplo, a conduta de A causou a morte de B não poderia ser uma simples consequência lógica contrafática, inferida do critério da eliminação hipotética, mas sim a conclusão de uma investigação empírica de regularidade. Seguindo as trilhas desse procedimento, que se instaura na teoria científica depois de desestabilizadas as suas bases de certeza, ou de determinação lógica, emerge a tentativa de superar a velha teoria da condição, mediante outras fórmulas de individualização da causalidade. Primeiramente, no plano naturalístico, com a teoria da adequação proposta por BAR e KRIES e, depois, no plano normativo, com a teoria da relevância jurídica, elaborada por MEZGER.

De acordo com a proposição de KRIES, a causalidade só poderia ser aferida com base na experiência, segundo um juízo de previsibilidade ou probabilidade. O critério de aferição dessa probabilidade, inicialmente individualizado, deveria ter por referência o autor, no momento da prática do fato. Este enten-

⁶ STEGMÜLLER, Wolfgang. *Erklärung, Begründung und Kausalität*, tomo I, parte D, 1983, p. 515.

dimento individualizado, porém, se generaliza na conhecida fórmula da *prognose posterior objetiva*, proposta por Max RÜMELIN e segundo a qual causa seria a condição adequada a produzir o resultado, segundo um juízo de probabilidade, pronunciado por um observador imparcial, trasladado ao momento e às circunstâncias do fato.⁷ Mais tarde, conforme o complemento trazido por TRAEGER, deveriam ser levadas em conta todas as condições existentes ao tempo da ação, conhecidas ou cognoscíveis por um homem prudente.⁸ A referência à previsibilidade induz a imprimir à causalidade, além de seu natural substrato objetivo e perceptível, um componente subjetivo, no sentido de fazê-la depender de um determinado observador. O dado objetivo, empiricamente constatável, não vale por si mesmo e não pode gerar, assim, uma fórmula de determinação lógica absolutamente segura, como se pretendia com o critério da eliminação hipotética, porque deve submeter-se a juízo de probabilidade, emitido contingentemente pelo julgador. Se é o próprio julgador, porém, que estima as características do autor e dos parâmetros da prudência, estes não são determinados, exclusivamente, de modo objetivo, segundo seus elementos de necessidade e liberdade. Se aquele intervém, diretamente, na identificação do modelo de homem prudente, que resulta de uma avaliação e não de dados simplesmente objetivos, este modelo passa, no fundo, a se identificar com o próprio julgador. Essa inserção da figura do homem prudente não difere, por sua vez, da assertiva de HUME de que, no fundo, a explicação causal de que determinado resultado decorreu de uma determinada conduta nada mais é do que a conclusão esperada pelo próprio observador.⁹ Com isso, a teoria da adequação se transforma em uma teoria psicológica da causalidade.

Veja-se, ademais, que a ideia de transferir a terceiros a verificação da adequabilidade de uma condição, como método, mesclando nesta verificação componentes objetivos e subjetivos, está de acordo com o raciocínio de HEISENBERG de que a função de probabilidade «contém asserções sobre possibilidades ou tendências mais propícias (*potentia*, na filosofia aristotélica) (...)» e «(...) tais assertivas são completamente objetivas, por não dependerem de observador algum; ademais, contém afirmações acerca de nosso conhecimento do sistema que, é claro, são subjetivas no sentido de poderem diferir de um experimentador a outro».¹⁰

MEZGER, por sua vez, partindo de uma base neokantiana, segundo a qual a causalidade não constitui uma categoria do ser, mas uma condição normativa, entende que a causalidade tomada no sentido da teoria da condição não é suficiente para fundar o nexo de responsabilidade. Isso só se torna possível

⁷ RÜMELIN, Max. «Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, tomo 90, 1900, p. 171 e ss.

⁸ TRAEGER, Ludwig. *Der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht*, 1927, p. 159.

⁹ STEGMÜLLER, Wolfgang, ob. cit., 1983, p. 516.

¹⁰ HEISENBERG, Werner. *Física e filosofia*, 1999, p. 78.

se atendida a relevância jurídica da condição, que deverá ser reconhecida, então, no processo de interpretação teleológica da norma, como causalidade típica.¹¹

Mas, como a causalidade é, segundo critérios empíricos, meramente provável ou, conforme a posição neokantiana, consignada sob condições normativas e não reais, está claro que toda teoria causal é falha, porque trabalha sob juízos e critérios hipotéticos de verificação e não de certeza. Se a incerteza torna-se a regra, fica mais difícil ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação.

III. AS CONTROVÉRSIAS DO NEOKANTISMO

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, MEZGER, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente de RICKERT, enfatizara que «o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situado exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva esperada e ao seu resultado». A pergunta decisiva será, portanto, a seguinte: «o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada»? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado.¹²

Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode vigor sob o enfoque da teoria da relevância jurídica. Com isso, esta teoria deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para transformar-se em teoria de imputação do resultado. Isso está perfeitamente claro, porque se a condição causal não é mais aferida segundo uma demonstração lógica ou contrafática, resultante do conhecido critério da eliminação hipotética, ou de um procedimento empírico com base na regularidade das circunstâncias, mas é a conclusão de um juízo de evitabilidade com base na ação esperada, todo o processo causal deve ser visto como processo de avaliação e não de cognição. Esta avaliação, por sua vez, não se confunde com o critério de previsibilidade, proposto na teoria da causalidade adequada de KRIES, que mantinha, de certa forma, o conteúdo naturalístico da causalidade, ainda que subordinado a juízo de probabilidade. Por isso, é perfeitamente compreensível que na teoria da relevância jurídica a causalidade deixe de ser um dado empírico e passe a ser aferida como uma causalidade típica.¹³

¹¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, trad. Rodriguez Muñoz, vol. I, 1955, p. 243.

¹² Idem, *ibidem*, 1955, p. 299.

¹³ Idem, *ibidem*, 1955, p. 243.

IV. O SIGNIFICADO DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO

Convém ressaltar, todavia, que a confrontação entre uma concepção empírica de causalidade e a sua aferição a partir de uma base normativa no tocante à omissão resulta não, propriamente, da questão da causalidade em si mesma, mas do próprio significado da omissão. Quer dizer, a questão está mal enfocada, porque a causalidade na omissão, pelas características dessa modalidade de conduta, não pode ser inferida ou discutida tão só segundo seus próprios conceitos, no sentido de estabelecer a conclusão acerca de se é ou não compatível com a omissão. Isso só pode ser aferido a partir do que se possa entender por omissão. Ao contrário do que se costuma fazer, o conceito de omissão condiciona o conceito de causalidade, ou seja, bem antes de se tentar demonstrar a causalidade na omissão, será preciso decidir acerca do conceito de omissão.

Este raciocínio decorre, praticamente, da distinção entre duas questões elementares, que dizem respeito, respectivamente, às leis da causalidade e à explicação causal. Embora a explicação da relação, por exemplo, de que *A* produziu a morte de *B* corresponda, normalmente, à admissão prévia de uma lei da causalidade, à qual se subordina, nem sempre essas explicações se esgotam em único enunciado. Aqueles que defendem um fundamento natural da causalidade concluem que nesta indagação, ao subsistir uma lei da causalidade, a descrição da conduta de *A* tem como correspondente lógico a descrição da morte de *B*. Uma vez, assim, admitida sem contestação uma lei natural de causalidade, a produção do evento (no caso a morte de *B*) não precisa ser empiricamente demonstrada. Desde que se queira discutir, entretanto, a correção do processo explicativo, de atribuir a morte de *B* à conduta de *A*, é indiferente que se argumente com a prévia existência de uma lei natural de causalidade. Em qualquer caso, deverá ser questionado o conteúdo ou o fundamento da lei causal que deva reger essa explicação.¹⁴ Ademais, conforme o fim a que se destine esta explicação, devem variar, da mesma forma, os diversos sentidos emprestados ao conceito de causa. Para elucidar este ponto, pode-se tomar de exemplo uma conhecida sequência desenvolvida por CARNAP. Suponha-se que se pretenda dirimir a causa de um acidente de trânsito, no qual dois carros se chocaram de frente. Se a investigação estivesse a cargo de um engenheiro civil, poder-se-ia dizer que a causa do acidente tivesse sido a deficiente construção da estrada, cujas pistas se tornavam derrapantes à primeira chuva. Segundo seu raciocínio, se a estrada tivesse outra constituição, com piso mais aderente, certamente, uma vez reproduzidas as mesmas circunstâncias, o acidente não teria ocorrido. Ao construtor dos veículos ou a um engenheiro mecânico poderia parecer, também, que a causa do acidente tivesse sido um defeito de freios, e a um psicólogo poderia ser cogitado tratar-se de um evento motivado

¹⁴ Com maiores informações, ver STEGMÜLLER, Wolfgang, ob. cit., 1983, p. 507 e ss.

por um processo de depressão de um dos motoristas. A explicação da causa está fundada, em todos estes raciocínios, no questionamento das condições objetivas dos elementos que compõem o processo causal, independentemente dos juízos de valor sobre sua regularidade ou irregularidade. Para um policial, em contrapartida, o acidente poderia ter sido causado pelo excesso de velocidade de um dos automóveis. Aqui, em vez de se cogitar de um defeito dos próprios elementos da relação, socorre-se de uma infração normativa: a causa de um fato real não é explicada pelo desdobramento desse mesmo fato, mas pela lesão a uma norma de cuidado, numa relação contrafática.¹⁵

Sob essa consideração, se a teoria causal-naturalista conceitua a conduta como uma condição causal não pode desligar a identificação da omissão do conceito de causalidade. Trata-se de uma conceituação tautológica de ação e causalidade, de modo que a conceituação da omissão só poderá ser feita, logicamente, como corolário de sua natureza causal, sem o que se tornaria impossível admitir-se sua qualidade como conduta punível. Por outro lado, se o conceito de omissão, como explicação lógica, condiciona o conceito de causalidade, mas insere neste conceito o mesmo elemento que o condiciona, resulta, ademais, empiricamente indemonstrável. Não foge desta conclusão, também, a vertente neokantiana, que condiciona o conceito de omissão, como não realização da ação esperada, ao de uma causalidade normativa que, invertendo a análise do processo causal, submete a questão da causalidade e de sua explicação a um puro juízo de valor de relevância, só suscetível de refutação na via do direito.

Essas controvertidas posições sobre a relação de causalidade na omissão demonstram que a omissão sempre representou um ponto nebuloso na *teoria do delito*, que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a *teoria finalista* e outras, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la. WELZEL rechaçava, em princípio, uma causalidade na omissão, porque argumentava que, aqui, a responsabilidade não decorreria da produção do resultado, mas sim do fato de o sujeito não o haver evitado.¹⁶ Outros autores finalistas, contudo, a compreendem como uma espécie de causalidade potencial, que seguiria os mesmos critérios da teoria do aumento do risco.¹⁷ E, fora do finalismo, ENGISCH, HILGENDORF, PUPPE e ROXIN a admitem, sob o argumento de que, tal como nos

¹⁵ STEGMÜLLER, Wolfgang, ob. cit., 1983, p. 510.

¹⁶ WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*, 1970, p. 292. Negando uma causalidade real, JESCHICK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 618. Admitindo uma causalidade, tal como nos delitos comissivos, BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht*, AT, 2003, p. 270.

¹⁷ STRATENWERTH-KUHLER, *Strafrecht*, AT, 2011, p. 288; também, LEITE, André Lamas. *As «posições de garantia» na omissão impura*. (Em especial a questão da determinabilidade penal), 2007, p. 98. No sentido de uma quase-causalidade, KUDLICH, HANS, in SATZGER *et alii*, *StGB Kommentar*, 2009, p. 99.

delitos comissivos, há na omissão uma conexão de regularidade para com o resultado, o que bastaria para, em face da teoria da condição, considerá-la causal.¹⁸ Com uma posição particular e partindo analogicamente do impedimento ativo de uma ação de salvamento, entende KAHLO poder vislumbrar uma causalidade na omissão, não no sentido real ou naturalístico, mas como assunção de uma estrutura específica intersubjetiva da liberdade jurídica, em decorrência de uma teoria da ação sedimentada na autodeterminação pessoal.¹⁹ Pode-se dizer, assim, que a questão da causalidade da omissão está, ainda, sem uma solução definitiva.

V. A OMISSÃO CAUSAL NO CÓDIGO PENAL

Há, porém, uma questão prática a ser dirimida: como interpretar a norma do art. 13 do Código Penal que faz expressa referência à omissão como causa?

Não interessa reproduzir toda a discussão em torno da justificativa dessa norma. O importante é assinalar que, empiricamente, está demonstrado que a omissão não pode constituir uma causa. Ademais, a solução apresentada por MEZGER apenas inverte os enunciados, mas continua admitindo uma causalidade, agora justificada normativamente, ou seja, interpreta a norma de modo a sedimentar o processo de imputação sob a perspectiva de uma punibilidade. Igualmente, não se pode, de modo simplista, iludir a natureza das coisas e admitir que uma inatividade seja causa de um resultado porque isso seja necessário para compatibilizar a omissão à regra jurídica ou, vice-versa, justificar a regra distorcendo a natureza das coisas.

O primeiro ponto a ser discutido diz respeito à questão da relação lógica entre o critério da eliminação hipotética e a omissão. Segundo esse critério, determinante para afirmar que a omissão constitua causa de um resultado será concluir que sem ela o resultado não teria ocorrido. Aqui reside o problema. Como se pode afirmar que sem uma inatividade o resultado não teria ocorrido? Ou seja, como se pode afirmar que um «nada» é de tal forma influente, que pode produzir um resultado empírico? A subsistir a regra da teoria da condição, a conclusão elementar é de que a causalidade na omissão nada mais é do que produto de um simples enunciado argumentativo, tecido para incluir a no âmbito de punibilidade dos delitos comissivos.

Não socorre esse enunciado a inversão proposta por MEZGER de que, nesta regra, o elemento informador da condição não é a inatividade, mas, sim,

a atividade devida. Mesmo assim, dever-se-á, então, afirmar que da prática de uma ação devida se teria evitado o resultado. A conclusão é plasticamente bonita, mas não encontra amparo na realidade. Para discutir sua problemática pode-se trabalhar sobre um exemplo, como faz ROXIN com toda sua teoria da imputação.

Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito, com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, em andar alto. No solo, estão seus vizinhos, que, com gestos e acenos, gritam-lhe: «jogue as crianças, que nós as apanharemos aqui embaixo, sem qualquer problema». O pai, acossado diante da situação de desespero e, ademais, nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogassem as crianças, apesar de toda a atenção dos vizinhos, estas poderiam morrer, por causa da altura; e, se não as jogassem, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo. Diante desse dilema, o sujeito resolve que o melhor seria manter as crianças no apartamento, à espera do salvamento do corpo de bombeiros. Mas pode resolver também jogar-se ele mesmo pela janela para ser aparado pelos vizinhos. Joga-se, quebra as pernas, mas não morre. Pode também ficar no apartamento, juntamente com as crianças e sobreviver porque tinha maior capacidade pulmonar. As crianças, ao contrário, porque permaneceram no apartamento, perecem sufocadas pela fumaça. Assim, independentemente da questão da colisão de deveres ou do estado de necessidade, que se situam no âmbito do injusto, o problema está em se saber se houve ou não uma relação de causalidade.

Veja-se como isso se passa. Eliminada a ação devida (jogar as crianças para serem apanhadas pelos vizinhos), o que ocorreria com o resultado? Se o sujeito tivesse efetivamente jogado as crianças, o resultado desapareceria? Não se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida. Vê-se, pois, que a *teoria da condição*, adotada no Código Penal, quando aplicada à omissão, não funciona de maneira esmerada. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade. Mas a regra do Código Penal existe, então, o que fazer?

Atendendo à ideia, já atrás enunciada, de que, na verdade, a questão da causalidade deve partir do conceito de omissão e não ao contrário, pode-se propor uma nova fórmula para a causalidade, que poderia ser chamada de *causalidade funcional*. Se a omissão depende necessariamente de uma norma mandamental, a causalidade na omissão deve estar também situada no âmbito dessa norma. Assim, a afirmação do art. 13 do Código Penal, de que a omissão será causa quando sem ela o resultado não teria ocorrido, só terá sentido se composta dentro de uma norma mandamental, em que se analisem, para esse juízo, os limites do que será mandado e o sentido da atividade devida para evitar a lesão de bem jurídico. Os limites e o sentido da ação devida

¹⁸ ENGISCH, Karl. «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», in *Festschrift-Von Weber*, 1963, p. 265; HILGENDORF, Eric. *Fragen der Kausalität beim Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, p. 564; PUPPE, Ingeborg. *StGB Nomos Kommentar*, 2005, p. 360; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 641.

¹⁹ KAHLO, Michael. *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, 2001, p. 242.

são elementos de um processo de comunicação, porque somente dessa forma podem ser estendidos aos seus destinatários como objetos referenciais para sua conduta. Essa referência deve também estar vinculada ao mundo da vida, para se evitar que os enunciados de imputação decorram exclusivamente de juízos hipotéticos. Somente o confronto entre o que a norma mandamental define e impõe, de um lado, e a realidade empírica, de outro, pode elucidar se a ação devida era ou não causa do resultado. No exemplo do incêndio, a norma mandamental não traça com nitidez, em face da realidade empírica, qual ação deva ser realizada: jogar as crianças para o colo dos vizinhos ou conservá-las no apartamento. Nesse caso, não se pode afirmar a causalidade de qualquer dessas condutas. Por outro lado, se a mãe deixa de amamentar seu filho recém-nascido e este morre de inanição, independentemente da questão da posição de garantidor ou da cláusula de equivalência, há causalidade porque a norma mandamental, em face da realidade empírica consubstanciada na absoluta dependência da criança para com sua nutrição por parte da mãe, é clara no sentido de estabelecer os pontos referenciais da conduta da omitente. Aqui não há dúvida quanto à conduta a realizar e se pode dizer que a ação devida evitaria normalmente o resultado. Parece, assim, que em face dessa formulação, não haverá lugar para substituir a causalidade por um critério de imputação objetiva como pretendem STRATENWERTH-KUHLEN, com base na teoria do aumento do risco. Na omissão não se trata de aumentar ou não o risco. Isso é matéria que está afeta aos limites da posição de garantidor e só interessa aos delitos omissivos impróprios. Na questão da causalidade, que é prévia à análise da imputação, o que interessa é saber se o sujeito estava ou não em condições de realizar a ação devida, não no sentido de uma capacidade de atuar, mas sim de uma orientação de conduta com base na realidade empírica e em face da lesão de bem jurídico. Ademais, deve estar integrada a essa orientação a probabilidade nos limites da certeza de que sua conduta poderia impedir o evento. Como pondera SCHÜNEMANN, na omissão de socorrer, por exemplo, não se trata de minorar o risco das circunstâncias concomitantes do fato, mas de evitar a ocorrência do resultado.²⁰ Dessa forma, não interessa determinar se a ação devida diminuiria ou não as chances de produção do resultado, mas sim que, com ela, o resultado não ocorreria com probabilidade nos limites da certeza. Conjugam-se, assim, dois elementos na definição da causalidade: um elemento funcional-normativo e um elemento empírico. A determinação da causalidade não pode ficar adstrita a apenas um desses elementos, porque isso conduziria ou a uma forma antecipada de imputação, ou a uma quase-causalidade. Em resumo, a causalidade na omissão não pode ter a mesma base dos delitos comissivos. A fórmula da condição tem que ser interpretada em face dos limites impostos em cada tipo penal e da realidade empírica, de modo

que se promova uma inversão negativa do critério da eliminação hipotética. Em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inocorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico. A causalidade, portanto, deve estar vinculada, fundamentalmente, à norma mandamental. A relação entre a norma mandamental e as condições a que estava submetido o sujeito, nesse caso, tanto pode ser considerada *ex ante* quanto *ex post*. Se a situação é de tal ordem que a norma não possa dispor de uma determinação de sentido, a causalidade estará excluída por um juízo *ex ante*. Se, por outro lado, a realidade empírica indicar que a ação devida era irrelevante para o resultado, a causalidade será excluída por um juízo *ex post*. A questão básica da causalidade da omissão reside, pois, na identificação do que possa constituir uma *condicio sine qua non* do resultado, partindo de que essa condição deverá estar referida a um aspecto empírico, como também a um aspecto normativo, de determinação de sentido da própria atividade devida. Somente sob esses dois parâmetros será possível interpretar o disposto no art. 13 do Código Penal. Uma vez eliminada essa relação entre os aspectos empíricos e normativos, de um lado, e o resultado provável, nos limites da certeza, de outro, poder-se-á dizer que a omissão não fora uma condição causal do resultado.

ANEXO 1: A RESPONSABILIDADE PELO PRODUTO

Depois de uma série de casos controvertidos, retratados pela doutrina e no livro de HASSEMER sobre a responsabilidade pelo produto²¹ e, mais ainda, em sua versão espanhola complementada por MUÑOZ CONDE,²² ganhou corpo no direito brasileiro o tema relacionado a uma forma especial de omissão, decorrente de um dever de impedir o resultado por fato originado por um comportamento anterior do sujeito, mas executado no âmbito do risco autorizado. O caso paradigmático está relacionado à comercialização de um aerossol para roupas de couro (*Lederspray-Fall*), em 1981, que produzira sérios edemas e fibroses pulmonares em seus usuários e cujo desfecho judicial levado a efeito pelo Supremo Tribunal da Alemanha trouxe, novamente, à tona a discussão em torno da causalidade na omissão e dos fundamentos do dever de impedir o resultado. É importante ilustrar que a danosidade do produto só pôde ser descoberta depois do uso pelos consumidores; antes disso, o produto fora fabricado segundo as medidas adequadas de produção e, conforme os

²¹ HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1.ª ed., 1991; 2.ª ed., 1996.

²² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 156 e ss.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. «Anmerkung zum Urteil des BGH de 3.5.1984 (4 StR 266/84)», *Strafverteidiger*, 1985, p. 232.

testes, considerado inofensivo à saúde humana. Uma vez constatado o dano causado pelo aerossol, o fabricante resolveu modificar-lhe a fórmula e colocá-lo novamente à venda. Em face do aparecimento de novas lesões, o fabricante o submeteu à apreciação pelo Conselho de Administração da empresa, o qual, por unanimidade, decidiu continuar sua comercialização em face da incerteza quanto à causa dos danos pessoais. O Supremo Tribunal alemão entendeu que os fabricantes eram responsáveis por lesão corporal por omissão, com base na ingerência, por não haverem retirado de circulação o produto perigoso. O caso sugeriu uma série de discussões sobre os fundamentos da omissão, principalmente no que toca à posição de garantidor. Isso também suscitou implicações legislativas, com a introdução no Brasil do delito do art. 64 do Código do Consumidor (Lei 8.078/1990), pelo qual se atribui ao fornecedor de produtos postos ao consumo uma responsabilidade por omissão própria, quando não o retirar do mercado imediatamente, depois de determinado pela autoridade competente. No mesmo ano, passou-se a considerar delituoso o fato de o fabricante ou o fornecedor vender, ter em depósito, expor à venda ou entregar mercadoria imprópria para o consumo (Lei 8.137/1990, art. 7.º, IX).

No âmbito dogmático, a discussão gira em torno de dois aspectos: a) da relação de causalidade; b) da responsabilidade pela ingerência.

Ao decidir sobre a responsabilidade dos produtores, o Supremo Tribunal alemão engendrou uma nova formulação da causalidade. Em lugar de se ater ao velho critério da eliminação hipotética, que decorre da teoria da condição, consignada no art. 13 do Código Penal brasileiro e que pressupõe, ainda que seja uma regra contrafática, um mínimo de fundamento empírico a respaldar-lhe o juízo, tratou de trabalhar com uma chamada «causalidade geral». De acordo com essa fórmula, o fato será causal quando as condições diversas daquelas relacionadas ao produto não puderem explicar o resultado. Portanto, a conclusão acerca da causalidade não é consequência de um juízo sobre as condições efetivamente postas em julgamento – o produto consumido no mercado –, mas, sim, sobre se outras condições ou fatores externos podem ser excluídos da cadeia causal. A aferição da causalidade é feita indiretamente. Essa decisão acerca de uma causalidade geral suscitou uma série de debates, principalmente, se será possível fundar a imputação penal não sobre a condição real, mas sobre a não incidência de condições externas ao fato. Analisando essa decisão, conclui HASSEMER²³ que a fórmula de uma causalidade geral desconsidera, em primeiro lugar, as leis da experiência, as quais, de acordo com uma eloquente proposição de ENGISCH, são decisivas para respaldar empiricamente a teoria da condição. Em segundo lugar, essa causalidade geral implica uma imputação cega do resultado, porque construída

²³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 143 e ss.

sob o risco de um erro judicial, quando a exclusão das condições causais externas ao produto não puder ser feita de modo absolutamente confiável. Em terceiro lugar, o tema da causalidade conduz a um enaltecimento da incerteza, porque será consequência de uma livre apreciação da prova em detrimento do réu, cujo destino não estará subordinado aos fatos, mas exclusivamente a uma decisão do próprio juiz encarregado de emprestar credibilidade aos enunciados empíricos. Finalmente, essa forma de imputação não é própria do direito penal, mas, sim, aproximativa do direito civil ou do processo civil, cuja conclusão costuma se basear apenas em indícios e pode ser confirmada unicamente pela falta de contestação ou por presunções. Na linha desses argumentos, outros autores também sustentaram a insubsistência de uma causalidade geral. Assim, PUPPE assinala ser impróprio afirmar-se a relação de causalidade apenas com base em indícios duvidosos, que não conduzem à conclusão de que, efetivamente, o consumo do produto produzira os efeitos danosos, mas só observados depois de os lesados o haverem consumido.²⁴ A essa mesma conclusão chega BRAMMSEN, para quem a decisão opera sobre os efeitos processuais do fato posto em julgamento.²⁵ Não obstante esses argumentos, acolhidos pela quase totalidade da doutrina, AMELUNG e KUHLEN entendem acertada a formulação de uma causalidade geral, por corresponder a enunciados normativos de explicação.²⁶ Comentando os argumentos de crítica ou de aceitação dessa formulação da causalidade, HASSEMER põe em destaque as duas tendências atuais do direito penal quanto ao tema, uma no sentido de uma aceitação de resultados flexíveis em prol de sua modernização, outra no sentido de um resguardo de elementos tradicionais em relação à segurança jurídica e à determinação da imputação.²⁷ Independentemente da aceitação de uma modernização do direito penal, não há como compatibilizar a concepção de uma causalidade geral com a teoria da condição, que exige que o critério determinante da eliminação hipotética se faça sobre a condição que se quer examinar e não sobre condições ou fatores externos à sua relação. Assim, no caso do aerossol, a questão da causalidade deveria se centrar se, efetivamente, eliminado o consumo do produto, restaria excluído o resultado. Caso assim não ocorresse, não se poderia afirmar a causalidade, apesar de todos os danos sociais ou individuais ocorridos. O processo de imputação não pode ficar na dependência de decisões íntimas do julgador nem de considerações estranhas aos fatores que estão diretamente vinculados ao evento.

²⁴ PUPPE, Ingeborg. «Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung», *JR*, 1992, p. 31.

²⁵ BRAMMSEN, Joerg. «Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern», *Jura*, 1991, p. 536.

²⁶ KUHLEN, Lothar. «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte (zugleich Urteilsanmerkung Lederspray-Entscheidung)», *NSZ*, 1990, p. 566.

²⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 140.

Relativamente à questão da ingerência, o fato merece atenção maior. Desde a exigência proposta por RUDOLPHI de que a conduta precedente terá de ser antijurídica ou contrária ao dever, ou ainda contrária ao risco autorizado, conforme a terminologia que se adote, não será possível caracterizar, com base nisso, a responsabilidade dos produtores, quando a fabricação tiver observado as regras adequadas à confecção do produto. Argumento em sentido contrário implicaria um retrocesso no campo da responsabilidade, porque estaria reeditando o velho esquema do *versari in re illicita*. Não é qualquer conduta precedente que pode constituir a ingerência, senão unicamente aquela conduta violadora do risco permitido. No caso do aerossol, a conduta precedente (a produção) fora realizada dentro dos limites do risco permitido. Portanto, não há que se falar aqui de ingerência.²⁸

O fato, porém, se complica quando os produtores, receosos de que o aerossol estivesse causando os edemas ou fibroses pulmonares, resolvessem retirar do mercado o produto que estava à venda e refazê-lo para, novamente, colocá-lo no mercado. Poder-se-ia argumentar que, pelo menos, culposamente, os fabricantes seriam responsabilizados pela omissão posterior diante dos indícios de lesividade do novo produto. Haveria, em face dessa decisão de colocar o produto refeito no mercado, pelo menos, uma atuação imprudente anterior que fundamentaria uma ingerência. O problema está, porém, na aferição dessa imprudência, quando não há comprovação de que, efetivamente, o aerossol causara as lesões. Nesse caso, entram em cena duas situações: a causalidade objetiva do fato e o elemento subjetivo dos envolvidos. Se não ficasse comprovada a causalidade, não se poderia falar de imprudência, porque não se poderia exigir dos sujeitos um comportamento adequado ao direito. Não basta para fundamentar uma situação de culpa a expectativa quanto a danos futuros, quando os dados objetivos referentes à atuação real ou possível dos agentes indicam que essa conduta era, em qualquer caso, inofensiva. Está claro que se ficasse comprovada a relação entre o uso do produto e os efeitos lesivos e isso fosse do conhecimento dos fabricantes, estes poderiam ser responsabilizados por omissão culposa, ao não o retirarem do mercado. A relação entre imprudência e causalidade, por seu turno, não pode ser feita senão sob a égide da previsibilidade ou inevitabilidade do evento. Se os fabricantes não soubessem que o produto era perigoso ou isso não lhes fosse possível em face das circunstâncias, estaria descartada também a responsabilidade culposa.

Então, surge outro problema: se os fabricantes soubessem dos efeitos danosos do produto, isso seria suficiente para fundar a ingerência? Para que isso efetivamente possa ser afirmado, é indispensável que se apresente, além

²⁸ Assim, entre outros, HASSEMER, Winfried; CONDE MUÑOZ, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 159 e ss.; HILGENDORF, Eric. «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils», *NSiZ*, 1994, p. 561; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 779.

do conhecimento acerca de que o uso do produto pode causar danos, para uma regra geral de responsabilidade pelo produto posto à venda no mercado. Ademais, uma diferenciação entre produtos que, por si mesmos, não são perigosos, uma vez constatada uma causalidade natural entre o uso do produto e os danos causados nos consumidores. Essa é a posição defendida por STRATENWERT-KUHLEN. O fundamento é a influência que os produtos exercem sobre a cabeça dessa lista, salientando a causalidade natural entre o uso do produto e a ocorrência de danos. sinaliza que a responsabilidade por danos causados por uma conduta anterior se encontra em jogo é o âmbito de atuação do risco. Ainda sob o mesmo princípio, para condutas que não são realizadas na vida diária, a segurança de seu uso. Isso é válido para a utilização no trânsito, onde a segurança na confecção do produto é essencial para o resguardo da segurança pública. seria afastado, se a prevenção do perigo, por parte do sujeito perderia seu fundamento. garantir, também em face de danos causados a uma pessoa individual, quando a atribuição de um dano se consigna ao produto. A atribuição de um dano a essas teses, sustenta uma consideração *ex parte* das características de sua natureza jurídica. Ademais, danos causados por produtos devem ser diferenciados em função de sua própria atuação dos sujeitos.

²⁹ FREUND, Georg. *Strafrecht*.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*.

³¹ STRATENWERT-KUHLEN, Claus.

³² ROXIN, Claus. *Strafrecht*.

do conhecimento acerca dos efeitos danosos, também o próprio risco objetivo que o uso do produto pode gerar. Diante desse quadro, a doutrina tem apelado para uma regra geral de assunção de risco por parte de fabricantes de qualquer produto posto à venda no mercado. Para evitar malefícios, tem-se proposto, ademais, uma diferenciação entre as diversas qualidades do risco. Se se tratar de produto que, por si mesmo, tenha uma potencialidade de dano maior, uma vez constatada uma irregularidade em sua fabricação, ainda que sem o conhecimento do fabricante, entende-se que este será responsável pelos danos causados nos consumidores, uma vez que não o tenha retirado do mercado. Essa é a posição defendida, entre outros, por FREUND, JAKOBS, e STRATENWERTH-KUHLEN. O fundamento para reconhecer, neste caso, a ingerência reflete bem a influência que os preceitos do direito privado exercem no direito penal. FREUND encabeça essa lista, salientando ser irrelevante, inicialmente, uma relação de causalidade natural entre a ação precedente e o resultado lesivo; ademais, assinala que a responsabilidade por fontes produtoras do perigo independe de a conduta anterior ser contrária ao risco permitido ou não, porque o que está em jogo é o âmbito de atuação por força de deveres de organização.²⁹ Ainda sob o mesmo prisma, aduz JAKOBS que o importante será a qualificação do risco. Para condutas com alto grau de risco em relação àqueles que se sucedem na vida diária, se imporia ao sujeito um dever de vigilância quanto à segurança de seu uso. Isso se aplicaria, inclusive, à produção de automóveis e à sua utilização no trânsito. Assim, mesmo que o fabricante tivesse respeitado, na confecção do produto, as normas adequadas, se lhe estenderia o dever de resguardo da segurança, como também o dever de salvamento. Esse dever só seria afastado, se a própria vítima exercesse um direito especial de atuar em face do perigo, porque, então, a imputação do risco ao âmbito de organização do sujeito perderia seu fundamento.³⁰ Já STRATENWERTH-KUHLEN querem assegurar, também em face de deveres de organização, uma responsabilidade da pessoa individual, quando tal não seja possível no âmbito da pessoa jurídica. A atribuição de um dever especial de proteção decorreria, assim, do fato de se consignar ao produtor o domínio por uma fonte de perigo.³¹ Em oposição a essas teses, sustenta ROXIN a impossibilidade de se fundar a ingerência em uma consideração *ex post* do risco: este deve ser avaliado *ex ante*, em face das características de sua produção, o que corresponde aos fundamentos da ordem jurídica. Ademais, mostra-se frágil a argumentação acerca de riscos de grau elevado ou acima da média da vida diária, já pela impossibilidade concreta de serem diferenciados nas diversas situações e pela incerteza que geram para a própria atuação dos sujeitos.³²

²⁹ FREUND, Georg. *Strafrecht*, AT, 1998, p. 200 e ss.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht*, AT, 1993, p. 812.

³¹ STRATENWERTH-KUHLEN. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 282 e ss.

³² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 780.

Está claro que a fundamentação da ingerência, neste caso, é inadequada. Uma pessoa não pode ser responsabilizada, sem mais, por uma ação precedente criadora do risco da ocorrência do resultado, quando tenha realizado essa conduta dentro dos limites impostos pela ordem jurídica e até mesmo segundo suas rígidas normas de controle. Caso contrário, estar-se-á violando o princípio da coerência do sistema jurídico, que, de um lado, autoriza a conduta e, de outro, a pune desde que se apresente uma situação de risco *ex post*.

Inviabilizada a formação da ingerência, será importante verificar se o fabricante, por outros fundamentos, ainda é responsável pelos efeitos de seu produto. Uma vez afirmada essa responsabilidade, será necessário estabelecer, porém, os seus limites. Na construção dos deveres de garantidor, além da ingerência, o Código Penal brasileiro indica, como suas fontes, a lei e a assunção da responsabilidade de impedir o resultado (art. 13, § 2.º, I e II). Ao tratar especificamente da lei, vincula-a aos deveres de cuidado, proteção e vigilância. Para fundar essa responsabilidade, será preciso que se trate de uma lei em sentido estrito, conforme o processo de sua elaboração constitucional. Não basta, portanto, que o dever venha previsto em uma resolução administrativa ou em normas de segurança expedidas por entidades ou órgãos da própria administração. A delimitação desse dever constitui uma garantia fundamental da liberdade do cidadão, instituída expressamente no art. 5.º, II, da Constituição Federal. Por outro lado, a assunção de responsabilidade pelos efeitos do produto deverá decorrer ou de um contrato, ou de uma manifestação do fabricante. Igualmente, não é suficiente para fundar essa responsabilidade uma assunção indireta ou deduzida da própria conduta. Essas são questões que devem ser colocadas em face do direito brasileiro.

Trabalhando a mesma hipótese no direito alemão, entende ROXIN não haver lei que imponha ao fabricante o dever de proteção pelo uso de seus produtos, quando os tenha confeccionado corretamente.³³ Por outro lado, busca desenhar uma diferenciação no âmbito desses deveres, conforme se configurem como deveres de vigilância ou pela assunção de uma função de proteção. Em refutação à tese de BRAMMSEN de que, nesse caso, haveria uma posição de garantidor do fabricante por dever de vigilância, em face de se tratar de mercadoria capaz de produzir danos à saúde, o que o obrigaria à sua retirada do mercado,³⁴ argumenta ROXIN que, uma vez posto o produto no mercado e sob manipulação de fornecedores e comerciantes, já não se pode mais falar de um dever de vigilância, porque não lhe será possível exigir que mantenha constantemente os olhos sobre o produto, colhendo diariamente informações sobre seus efeitos e seu modo de consumo.³⁵ Reconhecendo, todavia, a

³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 781.

³⁴ BRAMMSEN, Joerg. «Strafrechtliche Rückrufpflicht bei fehlerhaften Produkte?» *Goldtammers Archiv*, 1993, p. 97.

³⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 782.

situação de risco que pode ser evitada, segundo ROXIN, na esteira de sua teoria da assunção de uma função de garantidor para tal assertiva reside na obrigação de seguir as normas corretas de produção, como também assumir a responsabilidade, posteriormente, pelo resultado do mercado, ainda que não haja a força de uma especial função de garantidor. A posse de uma fonte produtora de risco, sem proteção, não se vale. ROXIN, em seu turno, só admite a punição do fabricante no mercado e mais castigo se a mercadoria, em qualquer contenha, já no momento de sua produção, proteção. Diversamente, entende ROXIN ainda que fora do mercado, o fabricante a essa função de garantidor pelo seu uso.³⁷

Retornando ao Código do Consumidor, entende ROXIN que o fornecedor responde pelos danos causados se que o art. 8.º estabelece a responsabilidade por danos à saúde e à segurança que faz sentir ao fornecedor a perigosidade dos produtos. Ademais, contempla-se a responsabilidade que o «fornecedor» assume pelo serviço que sabe ou deve saber a periculosidade à saúde ou segurança do produto, que tanto em caso de perigo, portanto, não pode ser evitado, ou periculosidade. Por isso, a diferenciação entre a responsabilidade de FREUND, o que é anterior e precedente demais, a situação é outra. Não se trata de alto risco, confusão. Pelo contrário, simplesmente o produto de alto risco é garantido pelo fabricante.

³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 781.

³⁷ Idem, *ibidem*, 2003, p. 782.

situação de risco que pode se verificar depois de o produto entrar no mercado, quer ROXIN, na esteira de SCHÜNEMANN, fundar um dever de garantidor pela via da assunção de uma função protetiva por parte do fabricante. O fundamento para tal assertiva reside no fato de que o fabricante está obrigado não apenas a seguir as normas corretas de produção, dentro dos limites do risco autorizado, como também assumir a segurança pelo uso de seus produtos, uma vez constatada, posteriormente, sua potencialidade danosa. Neste caso, deve retirá-los do mercado, ainda quando reste dúvida sobre essa potencialidade danosa, por força de uma especial função de proteção que lhe é conferida por haver tido a posse de uma fonte produtora do perigo.³⁶ Para a constituição dessa função de proteção, não se vale ROXIN, todavia, dos argumentos de SCHÜNEMANN, que, por seu turno, só admite a posição de garantidor quando se tratar de produto posto no mercado e mais caro do que aqueles comercializados individualmente, o qual contenha, já no preço pago pelo consumidor, um aditivo pela assunção de proteção. Diversamente disso, considera ROXIN que todo e qualquer produto, ainda que fora do grande mercado consumidor ou de preço elevado, sujeita o fabricante a essa função de proteção por fato posterior perigoso decorrente de seu uso.³⁷

Retornando ao direito brasileiro, pode-se ver, primeiramente, que o Código do Consumidor (Lei 8.078/1990) dispõe acerca da responsabilidade do fornecedor pelos danos causados por seus produtos. Inicialmente, constata-se que o art. 8.º estabelece, expressamente, que os produtos não acarretarão danos à saúde e à segurança dos consumidores. Há, portanto, uma regra geral, que faz sentir ao fornecedor que se deve dar uma atenção especial quanto à perigosidade dos produtos postos no mercado à disposição dos consumidores. Ademais, contempla-se no art. 10 outra regra, mais específica, no sentido de que o «fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança». Essa é uma norma imposta à confecção do produto, que tanto envolve uma atuação dolosa quanto culposa. O produto, portanto, não pode ser comercializado, se apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade. Parece, à primeira vista, que essa norma encerraria uma diferenciação entre produtos de baixo e de alto risco, ao estilo da proposta de FREUND, o que daria lugar a uma posição de garantidor por uma ação precedente demasiadamente arriscada. Contudo, para o legislador brasileiro a situação é outra. Não se institui, aqui, uma posição de garantidor por produtos de alto risco, confeccionados de conformidade com o risco autorizado; ao contrário, simplesmente se proíbe a confecção de tais produtos. Portanto, o produto de *alto risco* tem proibida sua confecção. Quem o fabricar será garantidor pela ingerência, porque atuara precedentemente de modo contrário

³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 782.

³⁷ Idem, *ibidem*, 2003, p. 783.

à lei. Se colocar no mercado o produto de alto risco, deverá retirá-lo imediatamente, sem qualquer condição. Havendo uma lesão decorrente do consumo desse produto, o fornecedor será responsável pelo delito omissivo impróprio correspondente. Poder-se-ia pensar, pelo fato de a fabricação do produto ser proibida, que o resultado lesivo seria provocado por ação, o que daria lugar a um delito comissivo e não omissivo impróprio. Ocorre, porém, que o dano é causado pelo uso do produto e não por sua fabricação. A fabricação ilegal constitui apenas uma fonte de lesão, que é manipulada pelo consumidor. A responsabilidade do fornecedor decorre, assim, de sua posição de garantidor em face das consequências que o seu produto pode gerar, quando consumido por terceiro.

Por outro lado, não se tratando de produtos de alto risco, uma vez constatada, posteriormente, sua perigosidade ou nocividade, impõem-se ao fornecedor dois deveres: a) «comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários» (arts. 10, § 1.º, e 64); que deverão ser veiculados na imprensa escrita, no rádio e na televisão (art. 10, § 2.º); b) retirar do mercado, imediatamente, o produto, quando determinado pela autoridade competente (art. 64, parágrafo único).

Vê-se que, de conformidade com a lei brasileira, a posição de garantidor pode decorrer de dois fatos: a) da produção de mercadoria de alto risco, cuja fabricação é proibida ou b) de não haver retirado do mercado o produto perigoso (mas não de alto risco), depois de constatada sua perigosidade e determinado pela autoridade competente. O dever do fabricante (fornecedor), quando constatar a perigosidade ou danosidade do seu produto, será, em primeiro lugar, como dever primário, o de comunicar o fato às autoridades e aos consumidores; em segundo lugar, como dever secundário, retirá-lo do mercado, imediatamente, quando determinado pela autoridade. Não o fazendo, o fornecedor será responsabilizado pelo delito omissivo próprio previsto no art. 64 e seu parágrafo único. Além disso, na condição de garantidor, será também responsável pelo delito omissivo impróprio correspondente às lesões causadas nos consumidores (art. 13, § 2.º, I, CP). Está claro que uma vez verificado o delito de lesão (morte ou lesão corporal), este absorverá o delito omissivo próprio previsto no art. 64 e seu parágrafo único do Código do Consumidor. A absorção se funda aqui no princípio da subsidiariedade, uma vez que a não retirada do mercado do produto nocivo ou perigoso constitui uma etapa do delito omissivo impróprio de lesão, etapa essa que se efetiva com a constituição da posição de garantidor.

Resta examinar a norma do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990, que configura como delito o fato de se comercializar produto impróprio para consumo. Aparentemente, essa norma difere daquelas contidas nos arts. 8.º e 10 do Código do Consumidor, porque não se refere, especificamente, a produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade, ou a produto cuja periculosidade venha a

ser descoberta de impróprio para consumo, seu turno, promovendo produtos impróprios para consumo, «segurança que é necessário para consumo» b) se apresentar e vida ou à saúde, fabricação, distribuição que se destina (ar

Embora não todos, que, por serem retirados do mercado, o garantidor em relação ao produto é perfeitamente adequado, o fornecedor detém o produto, quando lançou o produto, que o produto após incidirão, na espécie, seja, o fornecedor retirar imediatamente a autoridade competente, quando defeituosos, quando antes ou depois de

Por outra parte, é necessário fazer-se um Consumidor não devem vigorar as ou seja, em se tratando de origem, as regras de periculosidade seja antes da colocação, devem ser retirados dos postos à venda (no âmbito de do ou periculosidade, fato aos consumidores quando assim o garantidor está sempre em forma, não comercial, não haver comercial

ser descoberta depois de sua colocação no mercado, mas a qualquer produto impróprio para consumo. O Código do Consumidor (Lei 8.078/1990), por seu turno, promove uma diferenciação entre produtos defeituosos e produtos impróprios para consumo. Produto defeituoso é aquele que não oferece a «segurança que dele legitimamente se espera» (art. 12, § 1.º). Produto impróprio para consumo será aquele que a) estiver com prazo de validade vencido; b) se apresentar como deteriorado, alterado, corrompido, fraudado, nocivo à vida ou à saúde, perigoso ou em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; c) se revelar inadequado ao fim a que se destina (art. 18, § 6.º).

Embora não haja norma específica que o determine, os produtos defeituosos, que, por definição, são produtos sem reserva de segurança, devem ser retirados do mercado. Não o fazendo, o fornecedor se inclui na posição de garantidor em relação às suas consequências danosas. Essa conclusão está perfeitamente adequada à definição do produto defeituoso, porque, nesse caso, o fornecedor detém o domínio da fonte de perigo desde o momento em que lançou o produto no mercado. Pode ocorrer que o fornecedor só venha a saber que o produto apresenta defeito depois de comercializá-lo. Se isso ocorrer, incidirão, na espécie, as normas dos arts. 10, § 1.º, e 64, parágrafo único, ou seja, o fornecedor deve comunicar o fato aos consumidores e às autoridades e retirar imediatamente o produto do mercado, depois de determinado pela autoridade competente. Há, portanto, um tratamento diferenciado para produtos defeituosos, quando esta má qualidade seja do conhecimento do fornecedor, antes ou depois de o produto ser colocado no mercado.

Por outra parte, para os produtos impróprios para o consumo, é necessário fazer-se uma distinção quanto ao seu tratamento penal. O Código do Consumidor não obriga, expressamente, sua retirada do mercado. Então, devem vigorar as normas gerais que disciplinam a formação da fonte de perigo, ou seja, em se tratando de produtos nocivos ou perigosos, não importa sua origem, as regras são sempre orientadas conforme essa nocividade ou periculosidade seja conhecida antes ou depois da comercialização. Se for conhecida antes da colocação no mercado, vigora a regra geral de precaução: os produtos devem ser retirados imediatamente do mercado, porque não poderiam ter sido postos à venda (art. 7.º, IX, da Lei 8.137) e porque a fonte de perigo se situa no âmbito de domínio do fornecedor, tornando-o garantidor; se a nocividade ou periculosidade for conhecida depois, devem os fornecedores comunicar o fato aos consumidores e às autoridades e retirá-los imediatamente do mercado quando assim determinado pela autoridade competente. A posição de garantidor está sempre orientada em face do domínio da fonte de perigo. Dessa forma, não constitui fonte da posição de garantidor o fato de o fornecedor haver comercializado produto impróprio para o consumo, que não apresente

nocividade, perigosidade ou insegurança.³⁸ Portanto, a norma do art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990, que caracteriza como delito a comercialização ou até mesmo a detenção em depósito ou a entrega de produto impróprio para consumo não enseja, por si só, uma posição de garantidor. A posição de garantidor está vinculada ao sentido imposto pelas normas dos arts. 8.º, 10 e 12 do Código do Consumidor, que constituem normas primárias da disciplina dos produtos destinados a consumo. Assim, produto impróprio para consumo para o efeito de fundar uma posição de garantidor deverá ser apenas aquele que ponha em risco a saúde ou a segurança do consumidor (art. 8.º), que apresente alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10) ou que apresente insegurança (art. 12, § 1.º). Em face das normas do direito brasileiro, é possível a constituição de uma responsabilidade pelo produto com base na ingerência, sem precisar do recurso a uma função especial de proteção, como propõe ROXIN. Por outro lado, a restrição em torno do que possa ser considerado como produto impróprio para o consumo é imperativa como forma de ajustar o sentido semântico da expressão à própria característica da ingerência, que está associada ao controle da fonte de perigo e não a qualquer derivativo funcional do produto. Caso contrário, estar-se-ia criando uma posição de garantidor em virtude de pura infração civil. Uma incriminação genérica de infrações civis fere os pressupostos de um Estado democrático, que deve preservar a pessoa humana em face de limitações extensivas de sua liberdade, bem como torna inútil o caráter comunicativo da norma penal, que já não poderá servir de parâmetro de orientação de conduta para seus destinatários.

ANEXO 2: A PROBABILIDADE NOS LIMITES DA CERTEZA

O direito penal trabalha, nos delitos omissivos, com critérios aproximados de certeza. Como jamais será possível afirmar que uma inatividade é causa do resultado, nem que o resultado não teria ocorrido se a ação devida tivesse sido realizada, inseriu-se na doutrina o critério da probabilidade nos limites da certeza. Esse critério apresenta, porém, algumas questões prévias, que dizem respeito, basicamente, ao seguinte: a) o que se deve entender por resultado provável? b) como se podem medir os graus de probabilidade? c) com que graus de probabilidade será possível trabalhar no direito penal? d) como se determina a chamada probabilidade nos limites da certeza?

³⁸ Até mesmo em relação à configuração do delito previsto no art. 7.º, IX, da Lei 8.137/1990, o STJ tem exigido, para a caracterização do produto impróprio para consumo, a demonstração inequívoca de sua potencialidade lesiva ou nocividade ao consumidor final (AgRg no REsp 1181141/RS, rel. Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma, julgado em 17.08.2010, DJ 13.09.2010; REsp 1184240/TO, rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE), 6.ª Turma, julgado em 12.04.2011, DJ 20.06.2011. Sem substância decisão do STF, que considera o delito configurado, quando meramente listadas as situações do art. 18, § 6.º, do Código do Consumidor (RHC 80090, rel. Min. Ilmar Galvão, 1.ª Turma, julgado em 09.05.2000, DJ 16.06.2000, p. 44, *Ementário* vol. 1995-02, p. 284).

Como m
origem no se
chances de va
resultado ou
enunciado im
dade estava
a poder ma
(todo), pod
dessa relação
conclusão, pos
sibilidade. Es
possibilitava
demonstração
matemática
outro, con
renciação em
como contr
despertar im
aos fatores
dades. Se
entre a par
se formul
a interferê
expressão
é relevante
excepciona
prazos, ou
ciais, não

A clas
ainda pen
Tomando
ROUGHLE
cionado a
conjugam
Superana
destaca
epistêma
essa clas

³⁹ ROUGHLE
Wissenschaft
⁴⁰ PITMA
⁴¹ LAUB

Como informam ROUGHLEY e LÜBBE, a questão da probabilidade, que tem origem no século XVII, relativamente à divisão das peças de jogos quanto às chances de vitória, diz respeito aos graus de possibilidade da ocorrência de um resultado ou aos graus de certeza ou de confiança de uma proposição.³⁹ Em seu enunciado inicial, segundo as propostas de LAPLACE e BERNOULLI, a probabilidade estava vinculada à relação proporcional entre a parte e o todo, de modo a poder medir até que ponto uma condição (parte), dentro de um contexto (todo), poderia influir na configuração de uma conclusão.⁴⁰ Na sequência dessa relação, todos os fatores ou partes, tomados como determinantes para a conclusão, possuíam a mesma qualidade daqueles que implicavam sua impossibilidade. Essa simetria entre condições favoráveis e condições desfavoráveis possibilitava um cálculo objetivo de probabilidade, encetando, com isso, sua demonstração empírica e também matemática.⁴¹ A evolução dos conceitos matemáticos e das investigações empíricas, de um lado, e de sua avaliação, de outro, conduziu, no entanto, a que doutrina procedesse, normalmente, à diferenciação entre duas espécies de probabilidade: uma probabilidade objetiva, como continuidade da tradição, e uma probabilidade subjetiva, que passou a despertar interesse com a adoção de elementos, que, embora não pertencentes aos fatores causais, funcionam como informações adicionais às suas propriedades. Se a definição do que seja proporcional depende, não apenas da relação entre a parte e o todo, mas de informações adicionais, cria-se a expectativa de se formular sobre esses novos elementos um juízo de valor. De maneira geral, a interferência desses novos elementos é levada em conta pela estatística e expressada em termos matemáticos ou simbólicos. Como ao direito penal não é relevante a configuração matemática de uma proposição, salvo em casos excepcionais, quando implique a dosimetria da pena, ou a contagem de certos prazos, ou, no processo penal, quando importe a elaboração de laudos periciais, não há motivo para se desenvolver, agora, essa formulação.

A classificação entre probabilidade objetiva e probabilidade subjetiva ainda perdura, mas se encontra, hoje, diluída em outras formas de análise. Tomando por base aqueles enfoques da probabilidade formulados por ROUGHLEY e LÜBBE, um, em torno da produção do resultado e, outro, relacionado à credibilidade de uma proposição, pode-se observar que ambos se conjugam no contexto das explicações que devem ser dadas aos fenômenos. Superando, assim, a velha dicotomia, entre objetivo e subjetivo, SALMON destaca, nesse ponto, três concepções científicas explicativas: a *explicação epistêmica*, a *explicação modal* e a *explicação ôntica*. Ainda que pondere que essa classificação seja um pouco artificial, assevera que pode ser útil, quando

³⁹ ROUGHLEY, Neil; LÜBBE, Weyma. «Wahrscheinlichkeit», *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, 2004, p. 605; PERCIVAL, Philip. *Probability*, 2001, p. 358.

⁴⁰ PITMAN, Jim. *Probability*, 1993, p. 2, 11.

⁴¹ LAUX, Helmut. *Entscheidungstheorie*, 2005, p. 123 e ss.

posta em confronto com as características de indeterminação da ciência contemporânea.⁴² Especialmente para o direito, que quer saber, afinal, se o resultado era ou não provável, a proposta classificatória de SALMON é bastante convincente. Daí sua preferência neste trabalho. Articulando sobre essa classificação, pode-se compreender como a ciência contemporânea encara a relação entre fatos e sua explicação. Do mesmo modo, pode-se buscar, por meio dessas explicações, uma solução para a determinação dos graus de probabilidade.

A *concepção epistêmica* de uma explicação científica se baseia em um argumento dedutivo válido, conforme o modelo sugerido por HEMPEL, segundo o qual um resultado será provável, à medida que possa ser esperado a partir da ocorrência de fatos ou condições antecedentes. De acordo com essa forma de explicação, o resultado seria, assim, o estamento final, deduzido de um estamento inicial, conforme as premissas de uma lei geral. Uma vez, assim, assentadas essas premissas, poder-se-ia esperar que o resultado ocorresse. Segundo a interpretação de SALMON, poder-se-á dizer que, aqui, se estabelece uma relação de necessidade lógica entre as leis e as condições iniciais (*explanans*), de um lado, e o resultado (*explanandum*), de outro.⁴³ Como variação de uma abordagem epistêmica, pode-se também incluir a concepção de PUPPE, que trabalha com o critério de suficiência: causal será uma condição quando puder explicar suficientemente o resultado.⁴⁴ A afirmação dessa suficiência pode se dar de dois modos: ou segundo uma fórmula lógico-dedutiva, ou de acordo com graus de probabilidade. Em geral, a concepção epistêmica prescindiria de um elemento empírico demonstrável, bastando-lhe uma relação lógica entre antecedente, já comprovado, e o resultado, como esperado.

Se, porém, a relação entre as condições antecedentes (*explanans*) e o resultado (*explanandum*) constituir uma relação de necessidade nomológica e não apenas lógica, ter-se-á uma *concepção modal*. Dadas, assim, uma condição inicial e uma lei natural (não uma lei geral lógica), pode-se explicar quando ocorre o resultado. Segundo SALMON, apesar de essa concepção, defendida, entre outros, por WRIGHT⁴⁵ e MELLOR,⁴⁶ se fixar em uma relação supostamente natural entre antecedente e consequente e não em uma mera relação de necessidade lógica, a afirmação da ocorrência do resultado estará sempre na dependência do conhecimento acerca dos antecedentes,⁴⁷ o que poderá gerar, então, uma concepção não somente modal objetiva, mas subjetiva.

Por seu turno, a *concepção ôntica* se move em torno de modelos inteligíveis de explicação, como é o caso da concepção lógico-objetiva de conduta

⁴² SALMON, Wesley C. *Causality and Explanation*, 1998, p. 63.

⁴³ Idem, *ibidem*, 1998, p. 53.

⁴⁴ PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, 2000, p. 110.

⁴⁵ WRIGHT, Georg Henrik von. *Erklären und Verstehen*, 2000, p. 61 e ss.

⁴⁶ MELLOR, D. H. *Probability. A Philosophical Introduction*, 2005, p. 10.

⁴⁷ SALMON, Wesley C. *Causality and Explanation*, 1998, p. 54.

estruturada como os fatos naturais. Ao contrário da concepção ôntica de explicação *priori* de conhecimento, as concepções ônticas de explicação ou sobre argumentos *posteriori* se ocupam de explicar o fato que os disciplinam. Como os modelos de explicação se dizem que a conduta é uma proposição causal.

Todas essas concepções de deterministas e indeterministas a criação de graus de probabilidade conforme a concepção.

No sistema de explicação pura só seria possível se o consequente fosse uma exatidão, que, «se a condição está claro que se pode jogar na loteria, não é Como é pressuposto inicial, o resultado é uma relação lógica de necessidade. Essa relação com precisão matemática. Mas HEMPEL admite que nem sempre é necessária. Então, o grau de probabilidade. Baseado na relação entre antecedente por base uma indicação de o resultado ocorrerá ou não ocorrerá. Mas de probabilidade matemática de elementos lógico-dedutivos que, na explicação

⁴⁸ SALMON, Wesley C.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, 1998.

estruturada como conduta final, aos quais se devem ajustar as chamadas leis naturais. Ao contrário da concepção final de conduta, porém, uma concepção ôntica de explicação não está estruturada necessariamente em modelos *a priori* de conhecimento, nem em sistemas racionais de entendimento.⁴⁸ Há concepções ônticas que, efetivamente, se estruturam sobre dados apriorísticos ou sobre argumentos racionais, mas também há concepções ônticas que apenas se ocupam de explicar os fenômenos segundo o modo como as leis naturais, que os disciplinam, se incorporam em determinados modelos de entendimento. Como os modelos de entendimento estão sedimentados objetivamente, pode-se dizer que a concepção ôntica procede à identificação da regularidade de uma proposição consoante as categorias que a podem abarcar.

Todas essas concepções explicativas comportam também enfoques deterministas e indeterministas. Da análise desses enfoques, pode-se seguir para a criação de graus de probabilidade, cujos valores devem também divergir, conforme a concepção que se adote.

No sistema epistêmico proposto por HEMPEL, uma concepção dedutiva pura só seria possível caso se admitisse que a relação entre antecedente e consequente fosse absolutamente determinada. Se se pode determinar, com exatidão, que, «se *A* realizasse a ação devida de salvamento, *B* não morreria», está claro que se poderá trabalhar não com o critério de probabilidade, mas sim com um esquema lógico-dedutivo de certeza. Se, por exemplo, alguém não jogar na loteria, não poderá ganhar o prêmio e, nesse caso, outrem irá obtê-lo. Como é pressuposto, para se ganhar na loteria, que também se faça a aposta inicial, o resultado negativo é incontestável, porque se estará trabalhando com uma relação lógica necessária, que prescinde de qualquer juízo de probabilidade. Essa relação, como é uma relação lógico-dedutiva, pode ser determinada com precisão matemática, sem o apelo a dados empíricos a serem investigados. Mas HEMPEL admite que o mundo real não corresponde ao mundo pensado, que nem sempre as coisas se passam em termos de uma relação lógica necessária. Então, o esquema lógico-dedutivo não pode descartar um critério de probabilidade. Basta, assim, para fundar um argumento lógico-dedutivo, que a relação entre antecedente (*explanans*) e consequente (*explanandum*) tenha por base uma indução de *alta probabilidade*. Nesse caso, a expectativa de que o resultado ocorreria ou não ocorreria não deriva de uma condição de certeza, mas de que se pode explicar, com alto grau de probabilidade, que ele ocorreria ou não ocorreria.⁴⁹ Para ilustrar como se institui, nesse esquema, um alto grau de probabilidade, convém buscar em HEMPEL as indicações acerca dos argumentos lógico-dedutivos ali utilizados. Em primeiro lugar, HEMPEL esclarece que, na explicação acerca da relação entre antecedente e consequente, não se

⁴⁸ SALMON, Wesley C. *Causality and Explanation*, 1998, p. 54.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, 1998, p. 64.

inclui apenas uma condição empírica inicial e um resultado posterior, mas também uma lei natural que discipline essa relação. Assim, o termo *explanans* congrega todos os argumentos relativos às condições empíricas e às leis gerais. Por seu lado, o termo *explanandum* compreende todos os argumentos que descrevem o resultado, mas não o resultado mesmo. Portanto, para que uma explicação dessa ordem seja sólida, será preciso atender não apenas a condições lógicas, mas também a condições empíricas.⁵⁰ Em segundo lugar, considera que por *lei geral* se deva entender um enunciado «de forma condicional universal que pode ser confirmado ou retificado segundo descobertas empíricas adequadas», ou seja, o termo *lei* indicaria que o respectivo enunciado teria sido confirmado por elementos empíricos determinados.⁵¹ Assim, na explicação lógico-dedutiva, ao contrário do que se poderia, à primeira vista, pensar, intervêm tanto fatores empíricos gerais (a lei geral), quanto relações causais específicas (a relação entre condição e resultado). Fazendo-se uma aplicação desse esquema ao enunciado da teoria da condição adotada no Código Penal, ter-se-á a existência de uma condição antecedente, de um resultado consequente e ainda de uma lei geral de causalidade, pela qual se explica essa relação. A doutrina tem negligenciado acerca da existência de uma lei geral, satisfazendo-se com mera relação contrafática centrada no critério do *sine qua non*, ou da eliminação hipotética. Mas, no esquema epistêmico, há uma absoluta necessidade de uma lei geral que integre o *explanans*, sem a qual não se poderá instituir um raciocínio dedutivo. A lei geral de causalidade poderia ser, então, aquela proposta por HUME acerca da regularidade. O próprio HEMPEL a adota, quando afirma que uma lei geral, tomada como uma hipótese universal, «pressupõe a afirmação de regularidade do seguinte modo: em todos os casos em que o fato de uma categoria específica *C* (condição) ocorre, em certo lugar e em certo tempo, outro fato de uma categoria específica *E* (efeito) ocorrerá no lugar e no tempo de ocorrência do primeiro».⁵² Uma vez assentados, assim, os elementos dessa relação, poder-se-á compreender que a afirmação de que «sem a condição *A* o resultado *B* não teria ocorrido» está também associada a um juízo de probabilidade. HEMPEL, nesse ponto, é incisivo: «só se pode dizer que um conjunto de fatos tenha provocado o evento que se deve explicar, quando se possam indicar as leis gerais que vinculam as causas e o efeito da forma antes mencionada»,⁵³ ou seja, conforme um juízo de regularidade. Se é uma relação de regularidade que fundamenta a lei geral, tomada, inclusive, como uma hipótese geral, é indispensável estabelecer, também, elementos que possam sustentar a afirmação de que, dadas as condições determinadas, o resultado provavelmente ocorrerá ou não ocorrerá, conforme se queira tomar como fator condicionante, respectivamente, uma

50. HEMPEL, Carl G. *La explicación científica*, 1996, p. 249.

51. Idem, *ibidem*, 1996, p. 233.

52. Idem, *ibidem*, 1996, p. 233.

53. Idem, *ibidem*, 1996, p. 235.

ação ou
dade co
element
a critéri
assinala
ocorrido
que não
condição
uma exp
premissa
probabil

Ap
proceder
CARNAP,
extrair a
o pressu
situação
deduzir a
pode se a
resultado
epistêmic
caso, a re
um juízo
ções entr
real, mas
resultado
probabilís
é simples
bilidade a
nem mes
mundos p
a probabi
se també
à validad
os mundo
estatística
confiança

54. HEMPEL,

55. Idem, *ibidem*,

56. STEGMÜLLER,

57. Idem, *ibidem*,

ação ou uma omissão. Apesar de haver invocado uma lei geral de regularidade como um dos fundamentos essenciais da explicação, HEMPEL não fornece elementos acerca de como determinar os graus de probabilidade. Ora refere-se a critérios indutivo-estatísticos, ora os rejeita em função de sua ambiguidade, assinalando que será sempre possível concluir que um evento poderia ter ocorrido com alta probabilidade em face das condições dadas, como também que não poderia ter ocorrido. Nesse sentido, diz que: «Nunca estamos em condições de afirmar: tenha sucedido ou não este fato particular podemos dar uma explicação aceitável de seu resultado; e uma explicação, ademais, cujas premissas sejam enunciados cientificamente aceitos que confirmam uma alta probabilidade lógica ao mesmo resultado».⁵⁴

Apesar disso, o sistema de HEMPEL não vê outra alternativa, senão proceder a uma análise de todos os fatores, em sua visão global, como propõe CARNAP, que possam influir no processo de produção do evento, para daí extrair a conclusão de que sua ocorrência era altamente provável, mas isso sob o pressuposto de que esses fatores estejam relacionados a uma determinada situação cognoscitiva que fundamente os enunciados e dos quais se possa deduzir a lei geral.⁵⁵ Vê-se, então, que o critério da alta probabilidade não pode se afastar de um certo grau de confiança nos enunciados. Analisando o resultado esperado, que pode ser enunciado a partir tanto de uma concepção epistêmica quanto de qualquer outra, assinala STEGMÜLLER que, em qualquer caso, a relação entre as condições iniciais e o evento não pode prescindir de um juízo de probabilidade. Ademais, como o conhecimento acerca das relações entre antecedente e conseqüente não está situado apenas em um mundo real, mas também em um mundo possível – se o mundo pensado fosse real e o resultado certo, não haveria motivo para juízos de prognósticos –, a conclusão probabilística acerca da relação entre as condições iniciais e o resultado não é simplesmente objetiva, mas, sim, uma relação assentada em uma probabilidade acreditada, de ordem subjetiva.⁵⁶ Não descarta essa subjetividade nem mesmo a ideia de uma probabilidade estatística objetiva. Como todos os mundos possíveis (e, assim, as condições que neles se inserem) correspondem a probabilidades estatísticas, porque resultam de dados de frequência, pode-se também substituir – diz STEGMÜLLER – a probabilidade subjetiva quanto à validade de um determinado mundo pela probabilidade subjetiva de que os mundos possíveis são idênticos ao mundo real.⁵⁷ Assim, a probabilidade estatística pode ser convertida, igualmente, em uma forma de afirmação de confiança de que, dadas certas condições possíveis, o resultado ocorrerá.

⁵⁴ HEMPEL, Carl G. *La explicación científica*, 1996, p. 395.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, 1996, p. 395.

⁵⁶ STEGMÜLLER, Wolfgang. *Erklärung, Begründung, Kausalität*, 1983, p. 966.

⁵⁷ Idem, *ibidem*, 1983, p. 966.

Por seu turno, na *concepção modal*, que pode ser interpretada como um enfoque específico da concepção epistêmica, já que se vale de argumentos finais dedutivos, a presença de uma indeterminação conduz à sua derrocada como forma de explicação. Isso significa que a concepção modal só pode trabalhar com processos deterministas. Uma vez que não se possa estabelecer um fator antecedente, que congregue elementos físicos, como é o caso da omissão, cairá por terra também a invocação de uma lei natural. Como diz SALMON, a medida que tenha de substituir a necessidade física de uma relação determinista por critérios probabilísticos, a concepção modal se transformará em uma concepção epistêmica ou ôntica.⁵⁸

A *concepção ôntica* pretende explicar os fenômenos por meio do enquadramento a determinados conjuntos.⁵⁹ Assim, tanto pode estar referenciada a uma base determinista, caso se entenda que esses modelos são categorias preexistentes, ou a uma base estatística, se se compreender que a explicação se orienta por um modelo de frequência. O sistema de categorias, que já fora levado a efeito por KANT, encontrou também eco na teoria final de ação, mas, como se traduz em propriedades *a priori* dos objetos, se depara com a dificuldade insuperável de submeter-se a um processo de demonstração. Já no que toca à explicação estatística, é bastante comum seu emprego no mundo científico, mas só poderá ser considerada como um bom modelo para explicar o resultado, principalmente no direito penal, se o processo de sua produção puder ser observado com regularidade e se exprimir na forma de uma alta probabilidade. Vale dizer, a validade da explicação estatística esta condicionada a que os dados que possa fornecer devam conduzir à conclusão de que o evento se realizará com alto grau de probabilidade, se subsistirem as condições iniciais de sua produção. Esta clara que será possível uma explicação estatística sem referência a altos graus de probabilidade, mas, sem uma graduação que se limite com a certeza, não se poderá traçar um quadro aproximado do mundo real; a explicação dos fenômenos fica na dependência exclusiva do reconhecimento de cálculos matemáticos, o que se torna extremamente problemático na omissão, na qual, por não apresentar elementos empiricamente apreensíveis, não será possível repetir-se o modelo de sua frequência e sua relação com o resultado. O problema está em determinar o que se deva compreender por *alta probabilidade* e como será possível proceder-se à sua graduação. Esse é o grande problema da afirmação da suposta causalidade da omissão.

Na busca de uma solução para esse problema, assevera STEGMÜLLER que só será possível afirmar que um resultado é altamente provável se, igualmente, se tiver em conta a improbabilidade de sua ocorrência. Repete-se, aqui, a

58. SALMON, Wesley C. *Causality and Explanation*, 1998, p. 64.

59. GOLDBERG, Samuel. *Probability. An Introduction*, 1987, p. 1.

60. STEGMÜLLER
61. SALMON
62. Idem.
63. GOLDBERG

Ad medida, rantes s de BAYE prior e só pode fator qu um dos fórmula não po probabi dado qu sempre

mesma altamente intenso a uma f por um m mexistê a produ titua um do que constitu evento, mais ou ou com conside gênetic apresent percenta matéria sentido causa e No âmbito se procedu A indet se torna

mesma fórmula de BERNOULLI. Então, um resultado só pode ser admitido como altamente provável quando se possa contar com sua ocorrência de modo mais intenso do que com sua não ocorrência. É possível também admitir-se validade a uma probabilidade do resultado, à medida que não possa ser neutralizado por um relevante elemento probabilístico negativo. Nesse caso, em face da inexistência de outro elemento em sentido contrário, poder-se-ia contar com a produção do resultado.⁶⁰ Segundo essa formulação, a definição do que constitui uma alta probabilidade estará sempre na dependência da identificação do que se possa chamar de baixa probabilidade. Embora esse critério possa constituir o ponto de partida para uma explicação do processo de produção do evento, ainda não soluciona a questão proposta, que é a de indicar os índices, mais ou menos aproximados, do que se possa retratar como alta probabilidade ou como probabilidade nos limites da certeza. Nesse ponto, variam muito as considerações. Quando MENDEL formulou as conclusões de seus experimentos genéticos, considerava de alta probabilidade o fato de que $\frac{3}{4}$ das ervilhas apresentassem florais vermelhos, enquanto as demais, florais brancos.⁶¹ Esse percentual, contudo, só será acessível quando se tratar de um processo causal material, daí a afirmação de SALMON de que uma relação estatística só terá sentido se conjugada com sua relevância causal ou, vice-versa, uma relação de causa e efeito deve sempre envolver uma probabilidade estatística relevante.⁶² No âmbito, assim, das relações causais materiais, pode-se compreender como se processa uma avaliação quantitativa relevante, de modo a afirmar que uma conduta poderia produzir o evento, conforme um alto grau de probabilidade. A indefinição persiste, todavia, quando se tratar de processos causais que só se tornam relevantes quando apreciados normativamente.

Ao trabalhar com hipóteses controversas, a ciência procurou, em certa medida, proceder a uma avaliação das condições negativas e positivas interferentes sobre o resultado. Uma dessas propostas é representada pelo Teorema de BAYES, que quer inferir a medida das probabilidades a partir de fatores *a priori* e *a posteriori*. De acordo com esse teorema, os fatores de probabilidade só poderão ser levados em conta se estiverem também conjugados com outro fator que assinale, com base em comprovação empírica, que sua asserção a um dos fatores anteriores o torna mais provável do que o outro.⁶³ Apesar de a fórmula de BAYES ter sido acolhida com entusiasmo por uma parte da ciência, não poderá esclarecer, de modo mais preciso, como se medem os graus de probabilidade, porque faz depender todo seu enunciado da afirmação de um dado que só poderá ser colhido mediante uma observação empírica e que nem sempre será suficiente para explicar como o resultado seria mais ou menos

⁶⁰ STEGMÜLLER, Wolfgang. *Erklärung, Begründung, Kausalität*, 1983, p. 983.

⁶¹ SALMON, Wesley C. *Causality and Explanation*, 1998, p. 67.

⁶² Idem. *Probabilistic Causality*, 2007, p. 152.

⁶³ GODFREY-SMITH, Peter. *Theory and Reality*, 2003, p. 203.

provável. Daí a crítica que se lhe faz GODFREY-SMITH, de que sua fórmula não é propriamente um recurso explicativo da produção de eventos, mas, sim, um critério de avaliação de provas.⁶⁴ A inexistência de uma ação devida, que caracteriza a omissão, não constitui, por outro lado, um reforço dos fatores causais que conduza à afirmação de que, com ela, o resultado não teria ocorrido. Na falta desse elemento empírico-causal, a fórmula de BAYES se torna inservível.

Em substituição ao teorema bayesiano, entram em cena dois outros enunciados: um, relacionado a uma probabilidade psicológica e outro, a uma probabilidade procedimental.

A concepção psicológica de probabilidade, também chamada de probabilidade personalista, faz depender do comportamento do intérprete o enunciado acerca da probabilidade de um evento. Atendendo a que a avaliação do que seja mais ou menos provável depende do próprio observador, pensa-se ser possível instituir graus de probabilidade, conforme os índices de confiabilidade. A esse desfecho chegam alguns adeptos da teoria de BAYES, em sua vertente subjetiva, que entendem que a crença, a confiança ou a opinião acerca da relação entre antecedente e consequente não implica uma conclusão em torno de «sim» ou «não», mas uma avaliação gradual, de tal sorte que seja possível sua compreensão numérica.⁶⁵ A compreensão numérica em relação à probabilidade de um evento, que também se faz na teoria estatística, tem, aqui, outra conotação: a inserção de um dado empírico *a posteriori*, conjugado com um dado empírico *a priori*, confere ao observador os elementos adequados a elaborar uma tabela de possibilidades acerca do que se poderia esperar da relação entre antecedente e consequente.⁶⁶ Esse sistema poderá até funcionar quando se tratar de uma forma física de relação, mas é, como se pode ver, inadequado para a omissão. Afinal, como se pode medir numericamente a relação entre uma inatividade e um evento? Tudo ficará na dependência de uma avaliação arbitrária do observador. O mesmo se pode dizer do famoso Teorema de Finetti, que quer condicionar a graduação da probabilidade a determinados coeficientes, os quais só terão validade quando se tenha, efetivamente, uma demonstração dos índices numéricos da relação.⁶⁷ Como pondera LAUX, a probabilidade subjetiva não fornece um resultado que seja alheio à decisão extraída de uma intuição subjetiva, o que leva a tratar a questão da proporcionalidade segundo o que o observador ou o intérprete constatou

⁶⁴ GODFREY-SMITH, Peter. *Theory and Reality*, 2003, p. 205.

⁶⁵ ROUGHLEY, Neil; LÜBBE, Weyma. «Wahrscheinlichkeit», *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, 2004, p. 609.

⁶⁶ PERCIVAL, Philip. *Probability*, 2001, p. 362.

⁶⁷ ROUGHLEY, Neil; LÜBBE, Weyma. «Wahrscheinlichkeit», *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, 2004, p. 609.

ou percebeu.⁶⁸ Uma vez que a conclusão final não pode estar divorciada do que o intérprete constatou ou percebeu, sem subordinação a uma lei geral, a concepção psicológica ou personalista de probabilidade constitui apenas um método de avaliação de prova e não uma verdadeira explicação dos fatos, e deixa margem a uma discricionariedade, que afeta a clareza da relação entre antecedente e consequente. Por seu abstracionismo, por um lado, e sua fusão com os métodos de prova, de outro, tem sido rigorosamente criticada pela filosofia da ciência, sob a acusação de confusa e até mesmo de anticientífica.⁶⁹ No âmbito do direito penal, em face da ausência de um coeficiente numérico, que possa orientar o processo de identificação do que seja provável ou improvável, as conclusões normativas devem se basear em critérios objetivos que possam esclarecer, dentro de graus cada mais aproximados de certeza, a relação entre o atuar e o resultado. Condicionar a explicação científica e a definição dos graus de probabilidade à percepção do intérprete, ainda que exercida sobre fatos, mas sem sua submissão a uma lei geral ou a critérios objetivos, torna instável a decisão jurídica.

Justamente pela instabilidade dos critérios subjetivos, os quais podem gerar um puro decisionismo, e em contraposição à teoria psicológica, tem-se firmado na ciência contemporânea uma outra espécie de concepção explicativa, que se convencionou chamar de *explicação procedimental*.

Inicialmente, deve-se dizer que só se poderá superar o puro decisionismo de uma explicação ou probabilidade subjetiva, se se trabalhar com um método que admita a interferência de vários fatores positivos e negativos sobre a consecução do evento. Atendendo a esses fatores, poder-se-á graduar seu grau de influência. Neste ponto, parece, assim, correta a primitiva ideia de BERNOULLI, de traçar uma igualdade nos antecedentes, tal como sucede com a teoria da condição. Se as condições favoráveis e desfavoráveis forem iguais, ter-se-á uma simples probabilidade. Ocorre, no entanto, que, no mundo real, as condições raramente são compensáveis, na mesma e exata proporção. Isso pode se dar no jogo de dados, mas não nas relações humanas. Pelas próprias características de cada pessoa, a partir de sua individualidade, capacidade, inteligência e outros fatores, e, ademais, pelas variações do processo de comunicação, as ações ou omissões se exprimem, no mundo da vida, de modo bastante variado. O procedimento de produção dos eventos nem sempre é explícito e claro; muitas vezes é informal e até mesmo obscuro, tudo dependendo de como e onde se situem seus elementos.⁷⁰ A interferência de fatores positivos e negativos só adquire relevância dentro de um certo contexto, ou seja, conforme procedimentos específicos relacionados à conduta. A avaliação

⁶⁸ LAUX, Helmut. *Entscheidungstheorie*, 2005, p. 127.

⁶⁹ BURDZY, Krzysztof. *The Search for the Certainty: on the Clash of Science and Philosophy of Probability*, 2009, p. 131.

⁷⁰ GODFREY-SMITH, Peter. *Theory and Reality*, 2003, p. 214.

de uma conduta deve ser feita, assim, com base nos elementos que constituem o processo concreto de produção do evento. Convém observar, além disso, que, na definição de um juízo de probabilidade, devem ser levadas em conta todas as condições que fundamentam o juízo de imputação, inclusive aqueles fatores que já teriam sido superados pela causalidade superveniente. A interrupção do nexos causal, assim, não impõe a irrelevância da causalidade anterior, quando se discuta o grau de probabilidade do evento. O objetivo da fórmula da causalidade superveniente prevista no Código Penal (art. 13, § 1.º) é delimitar o regresso infinito, mas não excluir da argumentação o que, de fato, ocorreu. Invocando uma velha hipótese: alguém, ferido por outrem, é transportado ao hospital e ali recebe tratamento médico; o tratamento é feito à base de antibióticos, os quais produzem na vítima um choque anafilático que a levam à morte; constata-se também que se o médico tivesse ministrado à vítima, no tempo oportuno, um antialérgico, ela sobreviveria. Aqui, há duas sequências: a primeira, relativa ao acidente e ao ferimento; a segunda, ao tratamento. Aparentemente, a vítima morreu do tratamento, não da ferida. Mas para avaliar a relação entre o tratamento e a morte, é indispensável também observar a gravidade da ferida e as condições do paciente. Não será possível dizer que a vítima não morreria se o antibiótico não fosse ministrado ou se o médico lhe aplicasse um antialérgico. Diante da gravidade da ferida, a primeira tarefa do médico seria evitar a infecção, daí a necessidade do antibiótico. Por outro lado, a aplicação concomitante do antialérgico poderia inibir os efeitos do antibiótico. Portanto, a conclusão de que a omissão do médico fora determinante para a morte da vítima deve ser sopesada não apenas por ela própria, mas também pelos antecedentes. Com base nesses fatores é que se deve verificar se a ação devida (aplicar o antialérgico) impediria o resultado com probabilidade nos limites da certeza. Neste caso, não se está tratando apenas da omissão do médico, mas também de todo o procedimento causal, desde o aparecimento da condição inicial até o resultado final. A relação entre antibiótico, de um lado, e antialérgico, de outro, irá proporcionar a criação de estágios de probabilidade, conforme a interação de todos os demais fatores. Para se determinarem os graus de probabilidade, é preciso ver até que ponto a interferência do antialérgico poderia afetar os efeitos do antibiótico. À medida que essa interferência constitua uma condição negativa do antibiótico, o resultado não estará situado com probabilidade nos limites da certeza. Na explicação procedimental, portanto, o que vale não é a relação direta entre um antecedente e um consequente, mas todo o processo de produção do evento.

Definidos os parâmetros de uma explicação procedimental, pode-se tentar elucidar os índices ou graus de probabilidade, principalmente, da probabilidade nos limites da certeza. Como regra geral, partindo da explicação procedimental, pode-se aduzir que haverá uma relação próxima da certeza

quando, em caso de inibição ou exclusão lógico só interfere no seu efeito a teria contra si q talmente, a real com probabilidade processo de elim pela filosofia da rentes pode sed assinala Godf nados por mera menos uma. Ma eliminação de de um procedi devem ser acre ricos, que poss remanescentes.

Numerica medir os graus cidas variações se, no entanto, afirmações em são definitivas podem ser com devem ser com processo de pr

Argument de modelo de de probabilidade convencionais. 1, como certeza que preencher relação entre penal, e à tem seguinte: «Qu sempre (quase

71. GODFREY-SMITH

72. Idem, *ibidem*.

73. BURDZY, Krzysztof, *Probability*, 2000.

74. BOSCH, Karl

quando, em contraposição à ação devida, não subsista qualquer fator que a iniba ou exclua.⁷¹ Naquela hipótese do médico, caso a aplicação do antialérgico só interferisse eficazmente nos efeitos secundários do antibiótico e não no seu efeito anti-infeccioso, a ação devida de ministrá-lo ao paciente não teria contra si qualquer fator excludente. Daí se poder dizer que, proceduralmente, a realização da ação devida do médico teria impedido o resultado com probabilidade nos limites da certeza. Essa conclusão é obtida graças ao processo de eliminação das condições interferentes, que vem sendo seguido pela filosofia da ciência contemporânea. A eliminação das condições interferentes pode sedimentar tanto uma forma dedutiva quanto não dedutiva. Como assinala GODFREY-SMITH, os casos mais simples são, normalmente, solucionados por mera dedução, quando puderem ser eliminadas todas as condições menos uma. Mas para casos complexos, nos quais impere a impossibilidade de eliminação de algumas condições interferentes, a conclusão deve ser inferida de um procedimento não dedutivo. Para complementar esse procedimento, devem ser acrescentados, aos argumentos lógicos, também elementos empíricos, que possam esclarecer quanto à proporção de cada uma das condições remanescentes.⁷²

Numericamente, a ciência estabelece uma escala de 0 (zero) a 1 (um) para medir os graus de probabilidade. Nos limites dessa escala são, assim, estabelecidas variações, desde a afirmação de impossibilidade até a de certeza.⁷³ Note-se, no entanto, que, como os índices de probabilidade são contingentes, as afirmações em torno da ocorrência ou não ocorrência do resultado nem sempre são definitivas. Mas, de maneira geral, como os índices são convencionais, podem ser confiáveis, como forma de avaliação numérica. De qualquer modo, devem ser confrontados com as condições empíricas intervenientes sobre o processo de produção do evento.

Argumentando em torno dos procedimentos estatísticos, que servem de modelo de raciocínio de proporcionalidade, estabelece BOSCH uma escala de probabilidades para a ocorrência do evento, consoante aqueles índices convencionais: 0 (zero), como impossibilidade; $\frac{1}{2}$, como probabilidade; 1, como certeza. Entre essas escalas definidas, institui outras sub-escalas, que preenchem todo o espectro da convenção.⁷⁴ Atendendo, ademais, à relação entre índices objetivos, que praticamente vem interessar ao direito penal, e à terminologia empregada em sua caracterização, assinala BOSCH o seguinte: «Quando uma probabilidade seja quase igual a 1, o evento quase sempre (quase certamente) ocorrerá. Em relação a isso, emprega-se, então, a

⁷¹ GODFREY-SMITH, Peter. *Theory and Reality*, 2003, p. 212.

⁷² Idem, *ibidem*, 2003, p. 213.

⁷³ BURDZY, Krzysztof. *The Search for the Certainty: on the Clash of Science and Philosophy of Probability*, 2009, p. 35.

⁷⁴ BOSCH, Karl. *Statisk. Wahrheit und Lüge*, 2002, p. 69.

expressão *probabilidade nos limites da certeza*».⁷⁵ A probabilidade nos limites da certeza, portanto, é aquela que apresenta um índice entre 98% a 99% de chances de que o evento ocorrerá.⁷⁶ Essa é a medida da probabilidade que se deve trabalhar na omissão. Há que ponderar, no entanto, que o julgamento final de que a ação devida impediria o resultado com probabilidade nos limites da certeza está também submetido a um processo normativo de avaliação. Essa ponderação é relevante e imprescindível para evitar que a decisão estatística se transforme em fundamento único e bastante para a conclusão acerca da relação entre antecedente e consequente. A simples constatação estatística, traduzida em termos numéricos ou proporcionais, só vale como orientação inicial. Para que se alcance uma decisão correta será preciso confrontar os critérios de proporcionalidade com os elementos que compõem o procedimento de produção, assim, com as condições positivas e negativas concretas que intervêm, segundo uma lei geral, para que o evento ocorra. Se a exigência de uma avaliação normativa corresponde a uma finalidade de delimitação da imputação, consoante os atributos de um Estado de direito, que assegure ao cidadão a possibilidade de se opor ao processo de argumentação empírica, a inserção dos critérios de probabilidade no âmbito da decisão normativa, por sua vez, tem o escopo de impedir que a explicação causal se funde, exclusivamente, em uma formulação dedutiva, pela qual a conclusão seja consequência necessária de suas premissas.

Quando se confrontam as condições positivas e negativas de produção do evento, surgem três questões práticas, que a ciência procura resolver para delimitar o juízo de probabilidade. A primeira dessas questões diz respeito à impossibilidade de o julgador tomar conhecimento e apreciar todas as condições que intervêm no processo produtivo. A segunda, à fragmentariedade dessas condições e sua descontinuidade. A terceira, a de como proceder para chegar à conclusão final de que a ação devida teria impedido o resultado com probabilidade nos limites da certeza. Em face da variedade das condições e, assim, da impossibilidade de sua apreensão, sustenta-se que, na avaliação dos graus de probabilidade, será inevitável uma subjetividade ou, até mesmo, uma arbitrariedade. Claro, em toda avaliação subsiste certa dose de subjetividade; afinal, a avaliação não é feita mecanicamente. Mas a abundância das condições que interferem na produção do resultado e a impossibilidade real de seu conhecimento não impedem que o julgador delimite o âmbito de apreciação, consoante os dados objetivos que lhe estão ao alcance. Nesse caso, a avaliação será efetuada sobre esses dados. O que se deve alertar, porém, é que, se os dados forem insuficientes para esclarecer até que ponto o resultado dependeria de uma ação salvadora, não se poderá fundar sua imputação ao sujeito. Para

⁷⁵ BOSCH, Karl. *Statisk. Wahrheit und Lüge*, 2002, p. 71.

⁷⁶ DUBBEN, Hans-Hermann; BECK-BORNEHOLDT, Hans-Peter. *Mit an Wahrscheinlichkeit grenzender Sicherheit*, 2006, p. 67.

que a avaliação de tal qualidade e probabilidade. NAGEL im geográficos, que que querem retrar úteis quando com que devem ser c indicadas, a com enunciada. Pode deficiência ou ca é possível tomar chegar a definir a O mesmo racioc de indicações pre caso não chegar paralelos com ou da ação devida e basear numa sim indicações de ab bilidade nos limi fragmentariedad base, primeirame as circunstâncias anterior; depois, o raciocínio, em a fragmentariedad bilidade, mas em para determinar devida, com pro trata-se de um p que constitua es resultado e com o evento final. uma primeira et de condições ne Em uma segunda que não há condi tivas, procedera afeta um hipotes condições negat deve-se excluar

⁷⁷ NAGEL, Ernest. A

abilidade nos limites entre 98% a 99% de probabilidade que se o, que o julgamentoabilidade nos limites nativo de avaliação. r que a decisão esta- a a conclusão acerca instatação estatística, ale como orientação preciso confrontar os ompõem o procedi- negativas concretas corra. Se a exigência de de delimitação da ito, que assegure ao mentação empírica, a isão normativa, por se funde, exclusiva- io seja consequência

gativas de produção procura resolver para estões diz respeito à ecizar todas as condi- à fragmentariedade como proceder para lido o resultado com de das condições e, ue, na avaliação dos ou, até mesmo, uma se de subjetividade; andância das condi- babilidade real de seu mbito de apreciação, esse caso, a avaliação porém, é que, se os resultado dependeria ção ao sujeito. Para

que a avaliação seja correta, será necessário que os dados disponíveis sejam de tal qualidade e quantidade, que possam sedimentar um juízo de probabilidade. NAGEL invoca, nesse ponto, uma analogia com a validade dos mapas geográficos, que não precisam conter todas as particularidades da região que querem retratar, o que seria, praticamente, impossível, mas podem ser úteis quando contenham as informações relevantes.⁷⁷ Mas, se as informações que devem ser coletadas, ainda que o mapa seja bem abrangente, não estão indicadas, a conclusão acerca de sua existência ou localização não pode ser enunciada. Pode acontecer, porém, que o mapa indique os acidentes, mas com deficiência ou com falta de clareza. Neste caso, pode o observador verificar se é possível tomar em conta acidentes ou pontos próximos e, por comparação, chegar a definir a localização provável daqueles que estavam mal delineados. O mesmo raciocínio deve valer para o discurso penal. Diante da inexistência de indicações precisas, o julgador deve ou eliminar o processo de imputação, caso não chegue a definir os contornos essenciais das condições, ou a buscar paralelos com outras condições existentes, de modo a concluir que a presença da ação devida evitaria o resultado. O desfecho final, contudo, não pode se basear numa simples probabilidade, nem em probabilidade média, mas em indicações de altíssima probabilidade, que se convencionou chamar de probabilidade nos limites da certeza. Em relação à segunda dificuldade, acerca da fragmentariedade e descontinuidade das condições, a avaliação deverá ter por base, primeiramente, os elementos ligados imediatamente ao evento, como as circunstâncias que possam explicá-lo sem a participação da causalidade anterior; depois, em face da insuficiência dessa primeira análise, desenvolver o raciocínio, englobando as circunstâncias anteriores. A descontinuidade e a fragmentariedade das condições não impedem, assim, um juízo de probabilidade, mas excluem, no entanto, a imputação, quando sejam insuficientes para determinar se o resultado era provável e se poderia ser evitado pela ação devida, com probabilidade nos limites da certeza. Quanto à terceira questão, trata-se de um procedimento concreto acerca da definição ou identificação do que constitua essencial e do que seja accidental no processo de produção do resultado e como avaliar as condições em termos de probabilidade para com o evento final. Nesse ponto, o julgador deve dividir sua tarefa em etapas. Em uma primeira etapa, faz uma verificação acerca da existência ou inexistência de condições negativas, que possam excluir a intervenção da ação devida. Em uma segunda etapa, separa, para a devida análise, os casos em que há dos que não há condições negativas. Caso constate a presença de condições negativas, procederá à sua avaliação para definir até que ponto sua interferência afeta um hipotético efeito da ação devida no resultado. Se a interferência das condições negativas afetar substancialmente a eficácia de uma ação devida, deve-se excluir a imputação. Se a interferência não afetar substancialmente

⁷⁷ NAGEL, Ernest. *La estructura de la ciencia*, 1991, p. 519.

a ação devida, proceder-se-á à sua análise proporcional. Da análise proporcional é possível concluir que a ação devida poderia evitar o resultado dentro de padrões médios, que são dados, normalmente, pelo chamado senso comum; neste caso, estará excluída a imputação, porque se tratará de uma relação de simples probabilidade e, assim, insuficiente para fundamentá-la nos delitos omissivos. É também possível que se conclua que, na conjugação entre as condições negativas e a ação devida, esta poderia ter evitado o resultado com *alta probabilidade*, então, ter-se-á de proceder a uma avaliação mais acurada dessa relação. A alta probabilidade é relevante, mas não é suficiente, em si mesma, para fundar a imputação na omissão; só será suficiente se se situar nos limites da certeza. Para definir esse grau de probabilidade, o julgador não pode se valer do senso comum, nem de sua própria experiência, mas, sim, de dados objetivos confrontados com as exigências contidas no tipo legal. Quando se chega a esse ponto da avaliação, a análise da probabilidade só pode ser concluída em função da forma como o tipo legal define a conduta devida e como se poderia dizer que a omissão equivale ao seu cometimento por ação. Aí reside o conteúdo final do processo de avaliação. Ao ter que adequar a análise dos dados objetivos ao conteúdo do tipo legal, o julgador terá, então, de proceder, também, à sua interpretação em face da lesão do bem jurídico, demonstrando, normativamente, a relevância e idoneidade da ação devida. O mesmo processo deve ser observado, agora, com mais facilidade, caso não haja condições negativas que possam interferir na relação entre a ação devida e o resultado.

I. O DOLO

Diferença
à realização e
decisão acerca
evitar o resul
dade nos limi
o dolo, a mer
conhecimento
WELZEL.¹ Ma
na sua decisã
exigência, in
Penal, que nã
deve ser toma

Além d
compõem a
ainda dados
dizer que, n
do omitente
a impedir o
resultado em

¹ WELZEL, Hans
² Assim tambem
1982, e FRAGOSO
1982; SANTOS, J.

CAPÍTULO 6

A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS CRIMES OMISSIVOS

I. O DOLO E SEU OBJETO

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois, necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza. É insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria WELZEL.¹ Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.² Essa é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do art. 18, I, do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo, o qual deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

Além disso, deve conhecer o omitente todas as circunstâncias que compõem a chamada *situação típica* e, nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor. Isso quer dizer que, nos delitos omissivos impróprios, deve integrar a representação do omitente a ocorrência do resultado, a modalidade de conduta necessária a impedir o resultado, a possibilidade de sua atuação, a evitabilidade do resultado em virtude de sua atividade, a subsistência de uma relação, legal

¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, 1970, p. 282.

² Assim também, MUNHOZ NETTO, Alcides. «Os crimes omissivos no Brasil», *RDP*, 33, p. 27, 1982, e FRAGOSO, Heleno Cláudio. «Crimes omissivos no direito brasileiro», *RDP*, 33, p. 47, 1982; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, PG, 4.ª ed., 2010, p. 206.

ou contratualmente prevista, ou faticamente assumida, de proteção do bem jurídico ou ainda a prática de uma conduta antecedente arriscada.³

Relativamente à ocorrência do resultado, o omitente deve saber, diante das circunstâncias objetivas que são apresentadas, que o resultado típico (morte, lesão, privação de liberdade etc.) irá acontecer. Ademais, para que lhe seja exigida a atuação, deve conhecer qual conduta deva realizar dentro das atividades possíveis (por exemplo, lançar o salva-vidas, atirar-se na água, pedir socorro à autoridade, usar o extintor de incêndio etc.) e representar que, com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, *com probabilidade nos limites da certeza*. Portanto, o momento intelectual do dolo é composto pela consciência quanto à possibilidade do agir, à necessidade da ação e à projeção de que, caso não atue, o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza. Como não se adota, no tocante à causalidade da omissão, a teoria do risco, não basta para caracterizar o dolo que o sujeito agregue à sua representação o fato de que, sem sua atuação, estarão diminuídas as chances de que o resultado seja evitado ou impedido. Convém ressaltar que o dolo deve estar vinculado ao resultado de perigo ou de dano ao bem jurídico e não, simplesmente, a circunstâncias de perigo que fundamentam a situação típica. Essa consideração é importante para poder caracterizar a imputação subjetiva nos delitos omissivos próprios, que aparentemente prescindem de um resultado de dano, mas não de um resultado de perigo ao bem jurídico. Em se tratando de omissão, em que o processo causal não se desenvolve mecanicamente, toda a argumentação em torno do dolo e de seus elementos deve ter por base o juízo normativo incidente sobre a ação devida e seus elementos típicos. Por outra parte, como o dolo deve ter por objeto a relação entre a ação devida necessária e o resultado provável nos limites da certeza, torna-se inviável admitir-se, aqui, um dolo eventual.⁴

Nos delitos comissivos, é suficiente para caracterizar o dolo que o agente assuma o risco da produção do resultado, ou seja, que conheça as circunstâncias arriscadas e se conforme com elas com vistas ao resultado. Não se exige, assim, na comissão, que o agente tenha a consciência de que, com sua ação, o resultado se produzirá, daí poder deixar sua ocorrência ao acaso. Nos delitos omissivos, ao contrário, o sujeito deverá também incluir, em sua representação, a probabilidade do resultado nos limites da certeza e a necessidade de sua atuação, o que só pode ocorrer com dolo direto.

³ Wolfgang NAUCKE, além desses elementos, ainda inclui no momento intelectual do dolo a exigibilidade da ação de salvamento, que para ele faz parte do tipo de injusto (*Strafrecht, Eine Einführung*, 1991, p. 308).

⁴ Admitindo dolo eventual, ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 685; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, PG, 4.ª ed., 2010, p. 207; ZAFFARONI-BATISTA, *Direito penal brasileiro*, II, 2010, p. 374.

Há dolo e jurídico como quência necess em um momen circunstâncias final ou como do dolo direto compõem seu há um déficit de resultado já não necessária, mas cias paralelas, o dolo direto, o a consciência que na relação entre mas não o vinc toca aos delitos com ela, o resul Para compor o a a verificação de no sentido de a decisão do se imputação subje sujeito, no senti a conduta nesse o resultado ao a

O problem ferente a ocorr delitos omissivo essa indiferença que ter a vontade necessidade e pr

No dolo ev provável, mas a integrar o dolo e o resultado ocor deve deixar de tado como prov ou indiferença p comissivos por sujeito. Se o suj considera-se que

Há dolo direto, em geral, quando o sujeito incorpore a lesão de bem jurídico como seu objetivo final (dolo direto de primeiro grau) ou como consequência necessária de sua conduta (dolo direto de segundo grau). Para tanto, em um momento prévio, deve incluir em sua representação do fato todas as circunstâncias que conduzam à produção do resultado, como seu objetivo final ou como consequência necessária de seu agir. A característica básica do dolo direto reside justamente na relação de congruência entre objetos que compõem seu momento intelectual e seu momento volitivo. No dolo eventual, há um déficit de congruência desses momentos, de tal sorte que a produção do resultado já não aparece nem como seu objetivo, nem como sua consequência necessária, mas, sim, como consequência ocasional relacionada a circunstâncias paralelas, concomitantes ou consequentes à conduta realizada. Em todo dolo direto, o agente identifica, com nitidez, seus objetos, tanto no plano da consciência quanto no âmbito volitivo. No dolo eventual, falta-lhe essa nitidez na relação entre os dois planos, ou seja, ele tem consciência do resultado, mas não o vincula diretamente à sua vontade. No plano intelectual, no que toca aos delitos omissivos, o sujeito sabe que sua conduta é necessária e que, com ela, o resultado será evitado com probabilidade nos limites da certeza. Para compor o dolo, é preciso que a relação entre a necessidade da atuação e a verificação do resultado se veja alcançada também pela decisão do sujeito no sentido de não agir. Ocorre que, em qualquer caso, não haverá dolo se a decisão do sujeito não corresponder ao que fora por ele representado. A imputação subjetiva na omissão depende, pois, de uma decisão precisa do sujeito, no sentido de que sua vontade se congregue em torno de não realizar a conduta nessas condições, o que descarta a possibilidade de o sujeito deixar o resultado ao acaso.

O problema em relação ao dolo eventual, quando ao sujeito seja indiferente a ocorrência do resultado ou quando ele o deixe ao acaso, tem nos delitos omissivos uma outra particularidade. A questão é como compatibilizar essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter a vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado.

No dolo eventual dos delitos comissivos, o agente tem o resultado como provável, mas atua, porque sua ocorrência lhe é indiferente. Não precisa integrar o dolo eventual, neste caso, a consciência acerca da certeza de que o resultado ocorrerá, nem acerca da necessidade de que, de qualquer modo, deve deixar de atuar para que não ocorra. Basta que o autor tenha o resultado como provável e se conforme com sua ocorrência. Essa conformidade ou indiferença para com o resultado fundamenta o dolo eventual nos delitos comissivos porque o desenrolar causal do evento está sob o controle do sujeito. Se o sujeito controla o processo causal e deixa o resultado ao acaso, considera-se que, por isso, o integra ao seu momento volitivo. Claro, há uma

ampla discussão para instituir uma distinção significativa entre dolo eventual e culpa consciente, mas, basicamente, a teoria da indiferença tenta explicar, com algum esclarecimento, o que ocorre na relação entre os planos intelectual e volitivo do sujeito em face do resultado, a partir do domínio do processo causal de sua produção.

Nos delitos omissivos, não há controle sobre o evento, há apenas um juízo de que o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza se o sujeito necessariamente não atuar. Para que atue com dolo, deve incorporar a circunstância da verificação do evento e ainda a necessidade de sua atuação. Deixar o resultado ao acaso, não basta. Bastaria se fosse adotada a teoria que o sedimenta apenas na representação acerca da diminuição das chances de sua produção, caso a conduta não fosse realizada. Mas esta teoria esbarra em uma dificuldade, que é a de ajustar seu enunciado ao comando do art. 13 do Código Penal, que não se concentra na diminuição das chances de produção do resultado, mas, sim, na sua produção concreta, como forma de orientação de conduta para o sujeito. Embora o art. 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva de conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo tipo de delito, sua fórmula da causalidade interfere também na orientação subjetiva e, pois, na imputação subjetiva. Se o sujeito não realiza a conduta, porque deixa o resultado ao acaso, a orientação subjetiva, centrada na vontade, não se efetiva em face da probabilidade nos limites da certeza de sua ocorrência, nem em face da necessidade de sua atuação. Se o sujeito orienta sua conduta por esses parâmetros e decide, assim, não agir, opera com dolo; se não o fizer, mesmo que tenha consciência acerca da probabilidade da ocorrência do evento, só poderá atuar com culpa. Para um suposto dolo eventual, seria indispensável que o sujeito incorporasse essas circunstâncias em sua vontade e decidisse não atuar, mas daí não deixaria o resultado ao acaso e agiria com dolo direto. Por exemplo, se o sujeito, diante de alguém gravemente ferido, decide não lhe prestar socorro e nem pedir à autoridade que o faça, porque verifica que está diante de um conhecido assaltante, e que, portanto, o resultado lhe é indiferente, não se conduz com dolo eventual, mas, sim, com dolo direto. Desde que decida não agir, incorpora em seu momento volitivo as consequências da inação. Se tiver dúvida acerca do salvamento, atuará com culpa e não mais com dolo. O mesmo vale para os delitos omissivos impróprios: se o sujeito, na condição de garantidor, não impede o resultado, porque pouco se importa com sua ocorrência, isso não é suficiente para caracterizar o dolo. É preciso que o sujeito tenha decidido não agir, conhecendo que sua atuação era devida e necessária e que, em face de sua inação, o resultado ocorreria com probabilidade nos limites da certeza. Se o sujeito tem que relacionar o resultado, quase como certo, não o deixa ao acaso, porque sabe que ele está muito próximo de se realizar. Deixar o resultado ao acaso significa pouco se importar se ocorrerá ou não; jamais, porém, que esse resultado ocorrerá. Mesmo nos delitos comissivos, se o sujeito tem certeza de

que o resultado
sabendo que o
em probabilidade
ninguém tem ab
inalcançável; a
um processo de
probabilidade e
nos limites da c
quer o resultado
certo, ou seja, c
possível ou oca
dolo direto, nos
procedimento s
dois planos, com
segundo grau, e
sária da conduta
porque os dois p
pode orientar su
tação. Por seu ta
que de modo im
ação devida e d
probabilidade n
rência do resulta
eventual, porque
deixado o resulta
haverá lugar à c
o sujeito tem co
e de que sua atu
sua vontade, por
tado. Deixando
porque deveria t

No que
garantidor, há q
conhecer a nom
proteção, basta
parentesco, rela
tenha comprom
de que a assum
rência do resulta
dever e, portan
sentação do agen
sua configuração
conduta precede

que o resultado ocorrerá atuará com dolo direto. Quem atira contra alguém, sabendo que o matará, atua com dolo direto. Quando se fala em certeza ou em probabilidade nos limites da certeza, ademais, convém ponderar que ninguém tem absoluta certeza de nada. A certeza absoluta é um ente abstrato inalcançável; a certeza, como entidade causal, está sempre condicionada a um processo de regularidade, que a projeta, então, sob a perspectiva de uma probabilidade extrema. Assim, na própria expressão de uma probabilidade nos limites da certeza está contida uma parcela de dolo direto. Se o sujeito quer o resultado e atua para obtê-lo, sempre o representa, previamente, como certo, ou seja, como provável nos limites da certeza; se ele o representar como possível ou ocasional, não atua com dolo direto. É necessário, para agir com dolo direto, nos delitos omissivos, que o sujeito desenvolva coerentemente seu procedimento subjetivo nos planos intelectualivo e volitivo. A congruência nos dois planos, como já se disse, é fundamental no dolo direto. No dolo direto de segundo grau, em que o resultado é representado como consequência necessária da conduta, essa representação é coerente com a vontade de realizá-lo, porque os dois planos estão sob mútua dependência, de tal sorte que o sujeito pode orientar sua conduta de conformidade com os elementos da representação. Por seu turno, o sujeito não incorpora em sua vontade o resultado, ainda que de modo indireto, se não tiver plena consciência acerca das condições da ação devida e de sua necessidade. Considerando, ademais, que a relação de probabilidade nos limites da certeza implica um índice de 98% a 99% de ocorrência do resultado, pode-se ver, então, que na omissão não tem lugar o dolo eventual, porque, consoante esse índice, não se poder dizer que o sujeito tenha deixado o resultado ao acaso. Então, se o sujeito deixa o resultado ao acaso, só haverá lugar à culpa consciente e não ao dolo. A culpa está assim configurada: o sujeito tem consciência de que o resultado é provável nos limites da certeza e de que sua atuação é necessária; mas não incorpora essas circunstâncias em sua vontade, porque não pode se orientar por ela ao deixar ao acaso o resultado. Deixando o resultado ao acaso, o sujeito viola uma norma de cuidado, porque deveria tê-la em conta como elemento de orientação de sua conduta.

No que toca à representação acerca dos pressupostos da posição de garantidor, há que se estabelecer o seguinte: a) não é necessário ao omitente conhecer a norma legal ou contratual que lhe imponha o especial dever de proteção, basta que conheça a relação fática que lhe dá substrato (relação de parentesco, relação profissional, relação especial de proteção etc.); b) caso se tenha comprometido faticamente a exercer a proteção, deve ter conhecimento de que a assumiu; c) se produziu com sua atuação anterior o risco da ocorrência do resultado, deve igualmente saber que sua atuação era contrária ao dever e, portanto, arriscada. Se não estiverem presentes esses dados na representação do agente, inexistirá delito omissivo doloso, restando lugar apenas à sua configuração culposa, se prevista em lei. Em relação à ingerência, como a conduta precedente deve ser, necessariamente, contrária ao risco autorizado,

o sujeito deve conhecer essa circunstância, o que poderia ensejar a discussão se não se estaria, aqui, tratando de matéria da antijuridicidade e, consequentemente, do conhecimento do injusto e não do dolo. Tendo em vista, porém, que a ingerência deve integrar, quando presente, o tipo objetivo dos delitos omissivos impróprios, seus elementos devem ser abarcados pelo dolo, inclusive, a característica referente à contrariedade ao dever de cuidado da ação precedente. A qualidade de ser a ação precedente contrária ao risco autorizado (ou ao dever de cuidado), como ocorre nos delitos culposos, é matéria do tipo de injusto e não da antijuridicidade.

No tocante à afirmação da *equivalência valorativa entre a omissão e a ação*, a representação do agente guarda uma particularidade. Como a *equivalência* constitui propriamente um elemento não escrito do tipo de injusto dos delitos omissivos impróprios, com vistas a delimitar restritivamente o âmbito de sua punibilidade em face do princípio da legalidade, quando a conduta omissiva não estiver expressamente prevista, o dolo deve abarcar as condições fáticas que a fundamentem. Assim, deve o agente representar a relação direta de necessidade entre a ação devida e o resultado, tendo como parâmetro a sua ocorrência, com probabilidade nos limites da certeza, caso não atue.

II. O ERRO DE TIPO

Da mesma forma como ocorre com os delitos comissivos dolosos, o erro quanto a qualquer desses pressupostos de fato e inclusive sobre a posição de garantidor é *erro de tipo*, que exclui o dolo. O erro, aqui, deve, entretanto, referir-se aos elementos do tipo de delito omissivo, escritos e não escritos. No exemplo de NAUCKE, do policial que assiste, sem nada fazer, ao espancamento de alguém, porque acredita ser incapaz de conter a agressão, a qual poderia voltar-se contra si mesmo,⁵ seu comportamento deverá ser analisado sob o aspecto das atividades realmente possíveis de impedir o resultado, que lhe eram impostas. Assemelha-se essa hipótese àquela do guarda-vidas, que se recusa a lançar-se ao mar para proceder a um salvamento, porque acredita que não poderá fazê-lo em face da ressaca ou da violência das ondas. Se, em ambos os casos, os sujeitos efetivamente acreditam que sua atuação é impossível, porque fisicamente não lhe será viável, por qualquer meio, impedir, respectivamente, o espancamento da vítima (na primeira hipótese) ou o afogamento (na segunda hipótese), sendo o erro inevitável, não lhes será imputada uma conduta omissiva dolosa. Se o erro é evitável, restará a punição por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, por omissão. Claro, poder-se-ia pensar também que a representação do agente se referisse à relação direta entre a ação

5. Wolfgang NAUCKE exclui aqui não propriamente o dolo, mas o fundamento da equivalência, porque a omissão do policial não se podia equiparar à ação (*Strafrecht, Eine Einführung*, 1991, p. 306).

devida e sua
nos limites
omissão à
tipo exclui
omissivos p

devida e sua omissão, diante da ocorrência do resultado, com probabilidade nos limites da certeza, o que indicaria a discussão em torno da equivalência da omissão à ação. Nesse caso, porém, os efeitos seriam os mesmos. O erro de tipo exclui o dolo tanto nos delitos omissivos impróprios quanto nos delitos omissivos próprios.

consejar a discussão
ade e, consequen-
em vista, porém,
objetivo dos delitos
s pelo dolo, inclu-
e cuidado da ação
o risco autorizado
é matéria do tipo

entre a omissão e a
Como a equiva-
po de injusto dos
ramente o âmbito
quando a conduta
rcar as condições
r a relação direta
o parâmetro a sua
ão atue.

os dolosos, o erro
bre a posição de
deve, entretanto,
não escritos. No
o espancamento
a, a qual poderia
analisado sob o
resultado, que lhe
la-vidas, que se
que acredita que
s. Se, em ambos
o é impossível,
mpedir, respecti-
u o afogamento
i imputada uma
nição por lesão
der-se-ia pensar
reta entre a ação

to da equivalência,
Einführung, 1991,

Outra que do dever de agir de elementos (por exemplo, econômica, de na esfera do lei para fundamen ramente, se o ções complexa é inválido argu dá quanto à de tribunais têm Ora, oscilam e pressuposto de Consumidor.* I tipo deve ser para com o sis com os delitos nos delitos om de delito posi de culpabili subjativa. Ma elementos nor de tal modo q conhecer o sig opera-se uma unidade da tip erro *sui gener* efeito excluir termos dogm como erro sob da tipicidade

II. A INEXIG

Uma ve mesmos fund

3. ROXIN, Claus.
4. Ver nota 30.
5. TAVARES, Juarez Cirino dos.
6. Com pensam que, com isso, b normative Teoria

CAPÍTULO 7

A CULPABILIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS

I. O ERRO DE MANDAMENTO

Por outra parte, o erro sobre o dever de garantidor, como tal, é *erro de mandamento*, que exclui a culpabilidade, se inevitável, subordinando-se aos ditames contidos no art. 21. O que pouco importa é a terminologia, se *erro de mandamento* (ou de mandato) ou *erro de proibição*, senão sua incidência sobre a antijuridicidade da conduta. Em alguns casos, não será fácil distinguir entre erro de tipo e erro de mandato, principalmente quando, como se verifica no chamado direito penal econômico, o sujeito não pode conhecer a ação que lhe é imposta e que, portanto, deve praticar, sem conhecer previamente o dever de realizá-la. Neste particular, a jurisprudência alemã, por exemplo, vem acentuando tratar-se de erro de tipo, excludente do dolo, o desconhecimento dos deveres de prestar declaração ou informação ao fisco, ou de registrar estoque, ou da obrigatoriedade de informar ao censo etc.¹ Esse tema não é novo no Brasil, onde a partir de 1990 começaram a brotar desordenadamente tipos penais omissivos em matéria tributária e previdenciária, nos quais a omissão está vinculada necessariamente ao conhecimento prévio do dever de agir, por ser este mesmo constitutivo da própria incriminação. Nesses casos, o desconhecimento do dever de prestar informações ao fisco, ou de recolher contribuições, por exemplo, não será erro de mandato, mas erro de tipo, que exclui o dolo. Justamente em face dessa dificuldade de identificar o dever de agir em alguns tipos penais, Juarez Cirino dos SANTOS pondera, com propriedade, que, aqui, o juízo de inevitabilidade tem que ser menos rigoroso para determinar ou não a exclusão da culpabilidade pelo erro de mandato.²

¹ SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed., 1991, p. 246.

² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, PG, 4.ª ed., 2010, p. 209.

Outra questão relevante é aquela relativa ao critério de reconhecimento do dever de agir. A doutrina penal costuma invocar,³ quando se trate da análise de elementos normativos do tipo, como é o caso em muitos delitos omissivos (por exemplo, aqueles relacionados à sonegação fiscal ou à infração à ordem econômica, de vender mercadoria imprópria para consumo), um conhecimento na esfera do leigo. Esse critério, todavia, constitui apenas um recurso retórico para fundamentar a punibilidade e não um meio adequado a aferir, verdadeiramente, se o agente conhecia ou podia reconhecer o dever de agir. Nas infrações complexas, em que se exige um conhecimento especializado do sujeito, é inválido arguir-se um conhecimento leigo. Veja-se que, nesse caso, como se dá quanto à definição de mercadoria imprópria para consumo, até mesmo os tribunais têm dificuldades em definir o que constitua o objeto da ação devida. Ora, oscilam entre subordinar esse conceito à exigência de uma perícia, ora ao pressuposto de nocividade, mesmo em face da definição contida no Código do Consumidor.⁴ Daí se dizer que o conhecimento de um elemento normativo do tipo deve ser aferido de conformidade com o sujeito individual e sua relação para com o sistema de valores da ordem jurídica. Isso porque, tal como ocorre com os delitos culposos, o conhecimento dos elementos normativos do tipo nos delitos omissivos envolve preceitos da ordem jurídica e não apenas do tipo de delito posto em questão.⁵ Poder-se-ia pensar, então, que isso seria matéria de culpabilidade e, portanto, da consciência do injusto e não da imputação subjetiva. Mas parece que o problema é mais complexo, porque, quando os elementos normativos do tipo se integram na avaliação do conteúdo de injusto, de tal modo que o sujeito não possa conhecer o dever de agir, sem também conhecer o significado do objeto da conduta que deve praticar, e vice-versa, opera-se uma verdadeira unificação entre tipicidade e antijuridicidade. Essa unidade da tipicidade e da antijuridicidade conduz ao reconhecimento de um erro *sui generis*, que poderia ser chamado de *erro de injusto*, o qual teria como efeito excluir a relação subjetiva entre o agente e a norma mandamental. Em termos dogmáticos, esse erro, que poderia ser tratado, em moldes analógicos, como erro sobre discriminantes fáticas, implicaria a exclusão do injusto e não da tipicidade ou da culpabilidade.⁶

II. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Uma vez que nos delitos omissivos vigoram as mesmas regras e os mesmos fundamentos para o juízo de culpabilidade dos crimes comissivos, a

³ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, 2006, p. 486 e ss.

⁴ Ver nota 38 do cap. 5, à p. 378.

⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*, 3.^a ed., 2009, p. 445.

⁶ Com pensamento semelhante em relação ao erro de proibição, mas com a conclusão de que, com isso, fica excluída a culpabilidade e não o injusto, HEINRICH, Bernd. *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, *Festschrift für Claus Roxin*, 2011, p. 450 e ss.

MISSIVOS

no tal, é erro de
ordinando-se aos
logia, se erro de
incidência sobre
distinguir entre
o se verifica no
er a ação que lhe
mente o dever de
mplo, vem acen-
conhecimento dos
registrar estoque,
a não é novo no
madamente tipos
quais a omissão
ever de agir, por
casos, o desco-
recolher contri-
tipo, que exclui
dever de agir em
propriedade, que,
a determinar ou

doutrina tem-se manifestado contraditoriamente no tocante à possibilidade de se adotar, quanto àqueles, uma causa suprallegal de exculpação.

Após a perda da importância do fundamento da culpabilidade com base no *poder agir de outro modo*, a decisão acerca da inexigibilidade de conduta conforme a norma deve passar necessariamente por outra avaliação. Na verdade, o fundamento do juízo de culpabilidade deve residir na capacidade de motivação do agente conforme as exigências da ordem jurídica e não no seu, *a priori* indemonstrável, *poder agir de outro modo*. Para isso, torna-se indispensável que na emissão desse juízo se tenha em consideração o *papel social* do sujeito, seu comprometimento para com a defesa e proteção do bem jurídico e sua capacidade pessoal de internalizar os mandamentos normativos. Somente depois da análise e demonstração desses pressupostos, é que será possível o exame de uma causa geral de exculpação, com base na chamada inexigibilidade de conduta diversa.

Ao tornar concreta essa análise, pode-se dizer que a questão da inexigibilidade de conduta diversa nos delitos omissivos está essencialmente vinculada à natureza da norma mandamental que constitui seu substrato. Esta íntima relação entre dever e exigibilidade de conduta diversa é de tal modo significativa que autores de renome como NAUCKE a inserem no próprio tipo de injusto. Na realidade, o juízo de exigibilidade deve ser feito em duas etapas: no tipo de injusto, tem-se em vista a real possibilidade de realizar a ação mandada, e, na culpabilidade, a capacidade de motivação do sujeito. Nos delitos omissivos impróprios, em que esta matéria se mostra de importância, a questão da inexigibilidade está vinculada praticamente à determinação do dever de garantidor, que condiciona, como elemento do injusto, a própria culpabilidade. Mas convém salientar que aqui não são levados em conta os pressupostos materiais ou formais da posição de garantidor, que constituem elementos próprios da tipicidade, senão o domínio do sujeito acerca do acontecimento, com vistas à sua capacidade concreta de atender à imposição normativa de proteção do bem jurídico posto em perigo. O que fundamenta, portanto, a culpabilidade é o juízo sobre se o sujeito, nas circunstâncias em que se encontrava, dominava o processo de produção do resultado e poderia, então, motivar seu comportamento de acordo com o mandamento normativo. Ao mesmo tempo em que se justifica a inserção dos elementos de fundamentação da posição de garantidor com base no fato de que, naquelas hipóteses, a vítima como portadora do bem jurídico se encontrava incapacitada de exercer sua função protetiva, ao inverso, ao sujeito será atribuída, como culpabilidade, a omissão da ação legal ou juridicamente ordenada quando, apesar de exercer o domínio do fato, se insira no âmbito de proteção do bem jurídico e esteja capacitado de motivar-se e, pois, de atender a essa determinação.

Sob esses fundamentos, não há como se negar a possibilidade da adoção de uma cláusula geral de exculpação nos delitos omissivos. Basta que não se

demonstre no c
e a capacidade
face do bem ju
ao sujeito outro
hipóteses em qu
interesses, de
próprio ou de
impedir a ação
no exemplo dos
não se submeter
qual está presta
resses ou dever
mandamental e
da norma, não m

7. RUDOLPHE, *Fundam*
ao § 13; com *reserva*

demonstre no caso concreto a necessária vinculação entre o domínio do fato e a capacidade pessoal de atender às imposições destinadas a exercê-lo em face do bem jurídico, para que se exclua a culpabilidade, por ser inexigível ao sujeito outro comportamento. Assim, não haverá culpabilidade naquelas hipóteses em que o sujeito, diante de uma situação de colisão de deveres ou de interesses, deixa de realizar a ação mandada para evitar a lesão a bem jurídico próprio ou de terceiro próximo,⁷ como no exemplo dos pais que deixam de impedir a ação de tráfico de drogas de sua filha para não expô-la à prisão; ou no exemplo do sujeito que deixa de declarar a verdade, como testemunha, para não se submeter, ele mesmo, a um procedimento criminal pelo fato acerca do qual está prestando depoimento. É que nestes casos, diante da colisão de interesses ou deveres, o sujeito não se situa no âmbito de comunicação da norma mandamental e, portanto, não se pode motivar de acordo com a determinação da norma, não merecendo, por isso, o juízo de censura da culpabilidade.

⁷ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Strafgesetzbuch, Systematischer Kommentar*, 1977, pré-anotação ao § 13; com reservas, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Derecho Penal*, PG, vol. II, 1995, p. 272.

CAPÍTULO 8

CONCURSO DE PESSOAS E TENTATIVA

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

I. CONCURSO DE PESSOAS

A doutrina é bastante contraditória em relação ao concurso de pessoas nos delitos omissivos. Na Alemanha, ROXIN, entre outros, não admite coautoria, mas entende possível a participação.¹ WESSELS-BEULKE fazem uma distinção entre participação ativa e passiva; a participação ativa em omissão alheia é caracterizada como coautoria, autoria mediata, instigação ou cumplicidade; a participação passiva só configura um concurso de pessoas quando o participante por omissão for garantidor; se não for garantidor, ficará excluído do processo de autoria e participação.² STRATENWERTH-KUHLEN rejeitam a autoria mediata; quanto à coautoria, procedem a uma diferenciação: se os autores forem garantidores e se omitirem ao mesmo tempo diante da evitação do resultado, é possível a coautoria por omissão, mas ela é irrelevante porque cada um responde como autor; se, porém, o resultado só pode ser evitado pela ação devida conjunta, haverá coautoria; no que toca à participação, admitem-na, mas ponderam que tal só ocorre excepcionalmente, quando não estejam presentes condições próprias da autoria do delito omissivo.³ Na doutrina brasileira, Luiz Regis PRADO rejeita qualquer forma de concurso de agentes.⁴ Heitor

¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 667 e 681.

² WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 40.ª ed., 2010, p. 288.

³ STRATENWERTH-KUHLEN. *Strafrecht*, AT, 6.ª ed., 2011, p. 302 e ss.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 10.ª ed., vol. 1, 2011, p. 470.

COSTA JÚNIOR entende que a participação em crimes omissivos próprios quanto à função da forma de execução, seja omissivo, ou fato de omissão, ou Juarez Cirino dos Santos entende que o concurso de pessoas em crimes omissivos com atribuição de uma participação no resultado, cuja segunda hipótese é a possibilidade tanto de esta última, de que se trata hipóteses de instigação e tentativa, e a luta irrelevância, que

Como os crimes omissivos, a proposta por ROXIN, se encontrem com omissão, obrigados a atuar em omissão, sentem uma especial

Embora a omissão de socorro é qualquer pessoa que pode ser sujeita a omissão, se encontrem após o perigo, tenham a fonte produtora de omissão especial de impedimento

Consoante o concurso de pessoas e sempre atualização

⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. *Curso de direito penal brasileiro*, 1979, p. 88, 136, 140.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de direito penal brasileiro*, 1998, p. 100.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Curso de direito penal brasileiro*, 1990, p. 100.

⁸ BATISTA, Nilo. *Curso de direito penal brasileiro*, 1998, p. 100.

⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 667 e 681.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1968, p. 100.

COSTA JÚNIOR entende incabíveis a coautoria e a autoria mediata; em relação à participação, acolhe a possibilidade de cumplicidade tanto nos delitos omissivos próprios quanto impróprios; no que toca à instigação, faz distinções em função da forma de participação: uma instigação ativa conduzirá a um delito comissivo, ou fará do instigador um garantidor de um omissão imprópria.⁵ Juarez Cirino dos SANTOS admite a coautoria nas hipóteses de dirigentes de empresas com atribuições estatutárias comuns. Também vê a possibilidade de uma participação no caso de um vigia que não impede o furto em estabelecimento, cuja segurança estava a seu encargo.⁶ Cezar BITENCOURT postula pela possibilidade tanto de coautoria quanto de participação, com a condição, para esta última, de que os omitentes não possam ser tidos como autores individuais.⁷ Nilo BATISTA, que realizou profícuo estudo sobre o tema, assinala, em primeiro lugar, ser incabível trabalhar-se o concurso de pessoas nos delitos omissivos sob o critério do domínio do fato, porque a responsabilidade, aqui, só afeta aquele que está comprometido com um dever de atuar. Nesse sentido, rechaça, em segundo lugar, a coautoria e a participação, indicando que, nas hipóteses de instigação por ação, ou se trata de delito comissivo, ou de absoluta irrelevância, quando o sujeito não detenha as qualidades da autoria.⁸

Como os crimes omissivos são *delitos de dever*, para usar a terminologia proposta por ROXIN,⁹ há uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo e, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.

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

Consoante esse dado, pode-se afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há coautoria nem participação. Essa é a velha e sempre atual lição de WELZEL.¹⁰

⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. *A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto*, 1979, p. 88, 136, 140.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, PG, 4.^a ed., 2010, p. 357.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 15.^a ed., vol. 1, 2010, p. 496.

⁸ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, 4.^a ed., 2008, p. 84 e ss.

⁹ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.^a ed., 1994, p. 459 e ss.

¹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1970, p. 284.

TATIVA

tuem questões polê-
relativos ao concurso
do caminhos absolu-
as especiais, direcio-

curso de pessoas nos
io admite coautoria,
fazem uma distinção
m omissão alheia é
o ou cumplicidade;
as quando o parti-
t, ficará excluído do
n rejeitam a autoria
ação: se os autores
nte da evitação do
irrelevante porque
ode ser evitado pela
participação, admitem-
quando não estejam
Na doutrina brasi-
de agentes.⁴ Heitor

RAMÍREZ,¹² que efetivamente será impossível qualquer forma de coautoria ou participação na omissão. É que qualquer forma de concurso de pessoas no fato punível, quer se trate de coautoria ou de participação em geral, pressupõe uma divisão na execução ou concretização do *domínio do fato* (coautoria), ou a contribuição material (cumplicidade) ou psíquica (instigação) ao autor para executar a ação proibida. Como na omissão inexistente o *domínio do fato*, pois não se pode imaginar uma execução material daquilo que se planejou realizar, a participação deixa de ser real para tornar-se potencial, isto é, um observador objetivamente neutro jamais poderá estabelecer *ex ante* quem seria autor ou partícipe, com base nos dados que lhes sejam disponíveis, porque todo o fato só poderá ser avaliado após se constatar a infração ao dever de atuar. Admitir-se a participação nesse caso implicaria retirá-la de sua base no fato típico, que é o sustentáculo da garantia individual, para submetê-la a um puro critério de política criminal voltado exclusivamente à questão de sua punibilidade.

Por outro lado, ao associar-se o critério do *domínio do fato* ao critério *final-subjetivo-objetivo*, mais nítida ainda se torna a impropriedade da tese contrária. Nos delitos comissivos, quem auxilia o autor ou quem o convence a atuar pode delimitar precisamente o âmbito de sua participação, porque a sua execução lhe permite decidir se igualmente quer dividir com aquele as tarefas reais da consecução do que é proibido, tomando o fato como próprio e assim tornando-se seu coautor, ou se simplesmente quer tomar o fato como alheio e nele participar como cúmplice ou instigador. Nos delitos omissivos, ao contrário, inexistindo o *domínio do fato* por parte do autor, ao qual se responsabiliza não pela sua proeminência na execução, senão porque a ordem jurídica lhe impõe um dever de atuar, quem queira dele participar ficará desde logo impossibilitado de decidir se quer dividir funcionalmente as tarefas com o autor ou se simplesmente quer atuar em fato alheio.

Resta examinar a posição de terceiro, que através de conduta comissiva, contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado. Da mesma forma que inexistente participação ou coautoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de ROXIN, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação,¹³ o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma. Cada qual – agente e omitente – serão igualmente autores do fato, o primeiro, de crime comissivo e o outro, de crime omissivo. Se, por qualquer motivo, for impossível a incriminação do instigador por delito comissivo, por

¹² RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1989, p. 296.

¹³ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, p. 470.

não preencher alguma condição do tipo legal, como se dá, por exemplo, com o particular que instiga um funcionário a não realizar um ato de ofício que lhe incumbia (prevaricação – art. 319), tal fato só pode ser solucionado por via legislativa através de uma previsão típica expressa acerca dessa forma de atividade. Esta solução, algumas vezes, pode parecer injusta, mas é a única admissível dentro de um direito penal de garantia. Diversa é a hipótese do exemplo n. 1, quando estranho convence o pai a não socorrer o filho que se está afogando. Neste caso, o pai responde, como garantidor, por homicídio por omissão, e o vizinho por omissão de socorro, como já dito. Solução contrária, proposta por ARZT no sentido de uma participação ativa no delito do pai,¹⁴ é inaceitável em face da diversidade de deveres incidentes sobre os sujeitos.

EXEMPLO N. 2. (Rodríguez MOURULLO; Heitor COSTA JÚNIOR). Vários irmãos se dirigem com um carro para a casa de seus pais. Durante o percurso causam um acidente, com ferimentos em uma pessoa, mas a abandonam no local e seguem viagem. O pai, que não havia visto a vítima e nem participado do acidente, ainda que soubesse do ocorrido por informação de sua mulher, exorta aos filhos a saírem com ele para uma taverna, sem dar a devida atenção à pessoa ferida. Rodríguez MOURULLO e Heitor COSTA JÚNIOR concebem uma instigação ao delito de omissão de socorro por parte do pai.¹⁵ Mas, atendendo à argumentação em torno dos efeitos do conceito de delitos de dever, como é o caso da omissão de socorro, só restam duas alternativas: ou o pai não poderia prestar socorro e nem poderia chamar a autoridade para que o fizesse e, assim, não cometeria qualquer crime, ou poderia fazê-lo e seria autor da omissão de socorro, tal como seus filhos.

Diferente é, entretanto, a hipótese de uma autoria mediata dolosa comissiva em relação a um omitente.¹⁶ Por exemplo, quando alguém, mediante a ameaça de um revólver, impede que o controlador de voo do aeroporto transmita as orientações de pouso às aeronaves, vindo a causar um grave acidente. Nesse caso, o fato não deve ser tratado como delito omissivo, senão como delito comissivo, já que a consecução do objetivo proposto pelo autor mediato resultou de sua interferência direta na sequência dos acontecimentos, da qual o omitente era apenas um instrumental.

II. TENTATIVA

No tocante à tentativa, as coisas são um pouco mais complexas. Pode-se afirmar, se bem que teoricamente se pudesse pensar o contrário, que nos

¹⁴ ARZT, Gunther. «Zur Garatenstellung beim unechten Unterlassungsdelikte» (1. Teil), *JA*, 1980, p. 557.

¹⁵ COSTA JÚNIOR, Heitor. *A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto*, 1979, p. 87.

¹⁶ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1989, p. 296.

crimes omissivos
omissão esteja
consuma; se o s
omissivos imp
alterando as sua

1. Atos prepar

No campo
delito, a doutrina
nosso país, a te
que, iniciada a
do delito por c
adveio do direit
e restritiva dos
início da execu
no art. 14, II, d
da América Lat
e Uruguai (art. 1

A questão
constitua esse
da teoria causal
aquilo que, obje
no contexto da
só teria lugar n
começasse a d
veneno etc.

Essa teoria
palmente no se
conduta proibid
casos controvers
de sua conduta

Como a
ação típica, est
aos crimes om

Como con
desenvolvido e
teoria subjetiva

¹⁷ Entre nós, Juan
crimes omissivos e
da legalidade (*Dis*

crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza o que lhe foi mandado. Nos *crimes omissivos impróprios*, entretanto, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais.¹⁷

1. Atos preparatórios e executivos

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

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

Essa teoria, entretanto, embora tenha seus méritos incontestáveis, principalmente no sentido de buscar uma precisa delimitação da zona que separa a conduta proibida da permitida, não é suficientemente apta a, diante de alguns casos controvertidos, estabelecer ao destinatário da norma a orientação básica de sua conduta em face do bem jurídico.

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

Como complemento a esta teoria puramente formal, a doutrina tem desenvolvido outros critérios, como os da *teoria material-objetiva* ou da *teoria subjetivo-objetiva*, agregando-se-lhes ainda o critério do *perigo para*

¹⁷ Entre nós, Juarez Cirino dos SANTOS rejeita inteiramente a possibilidade de tentativa nos crimes omissivos e considera que sua punição seria inconstitucional por violação ao princípio da legalidade (*Direito penal*, PG, 4.ª ed., 2010, p. 210).

o bem jurídico. Mas todas essas orientações são igualmente defeituosas, não havendo até agora uma solução definitiva e escorreita na determinação precisa do que se deva entender por *início da execução*.

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

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

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

Independentemente da teoria que se adote, se um determinado ato vier referido na lei como elemento de qualificação, ou forma agravada, o que deve valer é a relação direta entre esse ato e a imediata realização da ação típica. Aqui, praticamente, o próprio legislador descreve o ato, que poderá ou não ser ato de execução, dependendo de sua relação para com a realização da ação típica. Se o ato, previsto como forma qualificada, for praticado dentro do plano de imediatamente após ser realizada a ação típica, tal ato já constitui início de execução do delito. Esta é a posição majoritária da doutrina,¹⁸ quando se trata de crimes comissivos.

¹⁸ JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 524; ROXIN, Claus. «Tatentschluss und Anfang der Ausführung», *Juristische Schulung*, 1979, p. 1; WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 40.ª ed., 2010, p. 227.

2. Nos crimes omissivos

Nos crimes omissivos, a execução do delito consiste na omissão de impedir a ocorrência de um resultado. Uma vez que se trata de omissão, o início da execução ocorre quando o agente deixa de agir para evitar o resultado, equívoco será afirmar que ocorrerá se o sujeito deixar de agir, porque, com isso, não se evita o resultado, e, assim, põe em perigo o bem jurídico. A solução passa a se verificar se a situação concreta indique que o agente quis evitar, com a sua conduta, a ocorrência do resultado.

Atendendo a estes sentidos: a) de *início da execução* de salvamento, b) de *início da execução* de salvamento, c) de *início da execução* de salvamento, d) de *início da execução* de salvamento, e) de *início da execução* de salvamento, f) de *início da execução* de salvamento, g) de *início da execução* de salvamento, h) de *início da execução* de salvamento, i) de *início da execução* de salvamento, j) de *início da execução* de salvamento, k) de *início da execução* de salvamento, l) de *início da execução* de salvamento, m) de *início da execução* de salvamento, n) de *início da execução* de salvamento, o) de *início da execução* de salvamento, p) de *início da execução* de salvamento, q) de *início da execução* de salvamento, r) de *início da execução* de salvamento, s) de *início da execução* de salvamento, t) de *início da execução* de salvamento, u) de *início da execução* de salvamento, v) de *início da execução* de salvamento, w) de *início da execução* de salvamento, x) de *início da execução* de salvamento, y) de *início da execução* de salvamento, z) de *início da execução* de salvamento.

A doutrina que se adota é a de WESSELS-BEULKE,¹⁹ que entende que o início da execução de salvamento, materialmente, é a situação equivalente ao bem jurídico. Assim, ali dentro de uma situação de salvamento, ainda um início da execução de salvamento, aproximando do bem jurídico, se agregue a essa situação, nos limites da certeza do sujeito. Se, no exemplo

¹⁹ HERZBERG, Rolf. *Deutsches Strafrecht*, *Schrift für Deutsches Strafrecht*, 1979, p. 1.

²⁰ KAUFMANN, Arthur. *Deutsches Strafrecht*, *Derecho penal alemán*, 1979, p. 1.

²¹ JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 524.

²² WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 40.ª ed., 2010, p. 227.

2. Nos crimes omissivos impróprios

Nos crimes omissivos impróprios, pressuposto fundamental é de que a omissão de impedir o resultado tenha equivalência à sua produção por ação. Uma vez que se admita esse pressuposto – e nem poderia ser de outro modo, porque sem isso não se poderá configurar um delito omissivo impróprio –, o início da execução se dá sobre a mesma base dos delitos comissivos. Isso ocorre quando o sujeito se tenha omitido de uma ação devida de impedir o resultado, equivalente à ação típica de produzi-lo. Mas dessa omissão se deverá afirmar, com probabilidade nos limites da certeza, de que o resultado ocorrerá se o sujeito não realizar imediatamente a ação. A simples violação do dever de impedir o resultado não é suficiente para caracterizar a tentativa, porque, com isso, ainda não se poderá dizer que a omissão corresponde à ação e, assim, põe em perigo o bem jurídico. A equivalência da omissão à ação só passa a se verificar, em termos de afetação do bem jurídico, quando a situação concreta indique que ação devida deva ser realizada naquele momento, se se quiser evitar, com probabilidade nos limites da certeza, que o resultado se produza.

Atendendo a essas características, a doutrina tem-se orientado em três sentidos: a) de tomar como decisiva a não utilização da primeira possibilidade de salvamento;¹⁹ b) ou da última chance de fazê-lo,²⁰ ou c) ainda do perigo concreto para o bem jurídico, produzido pelo atraso na prática da ação apta a impedir a lesão.²¹

A doutrina dominante parece seguir uma vertente objetiva da proposta adotada WESSELS:²² se o perigo para o bem jurídico só ocorrerá mais tarde, o início da execução não pode se dar com a não utilização da primeira chance de salvamento, mas, sim, com a não utilização da última, quando o perigo entrar em sua fase aguda. Somente nesse momento é que se configuraria uma situação equivalente a uma produção do evento por ação e se poria em perigo o bem jurídico. Assim, se o filho cai nos trilhos, mas o trem só passará por ali dentro de uma hora, a omissão do salvamento imediato não configuraria ainda um início de execução. Este só se verificará quando o trem já estiver se aproximando do local do acidente. De qualquer modo, é indispensável que se agregue a essa circunstância um juízo acerca da probabilidade do evento, nos limites da certeza de sua ocorrência, caso a ação não seja realizada pelo sujeito. Se, no exemplo dado, houver concretamente a possibilidade de que o

¹⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. «Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt», *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1971, p. 881.

²⁰ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 210; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 1970, p. 305.

²¹ JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, p. 638.

²² WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 292; com mesma conclusão, COSTA JÚNIOR, Heitor. *A teoria da omissão no pensamento jurídico-penal de Tobias Barreto*, 1979, p. 131.

maquinista acione eficientemente os freios, ou de que um controle eletrônico o faça automaticamente, quando alguém se encontra nos trilhos, não haverá tentativa.

Há, porém, em toda essa argumentação outro grave problema, que é o de compatibilizar o juízo empírico de probabilidade nos limites da certeza com o sentido imposto pela norma mandamental.

Como aos delitos omissivos não se pode, pura e simplesmente, transportar os dados da causalidade dos delitos comissivos, ainda que sob o enfoque da teoria da condição, senão pondo-os em contraste com a norma mandamental, tem-se que a questão da tentativa deve ser vista de forma negativa, tal como se propôs, mais atrás, com a introdução de uma *causalidade funcional* (capítulo 6, n. 5). Assim, importante não será a afirmação da tentativa, mas sua negação. Pode-se dizer, portanto, que não haverá tentativa se a ausência da ação devida não estiver associada ao sentido imprimido pelo dever imposto pela norma. E não haverá essa associação e, assim, tentativa, quando a produção do resultado com probabilidade nos limites da certeza não constitua um efetivo ponto de referência para a conduta do sujeito. Desse modo, conjugam-se, aqui, elementos objetivos e subjetivos que disciplinam a conduta a ser realizada. No exemplo citado quando da discussão em torno da causalidade na omissão, do pai que se encontrava em um edifício em chamas e não se havia decidido se jogava seus filhos pela janela para que fossem apanhados pelos vizinhos ou os conservava no prédio à espera dos bombeiros, não há tentativa porque a imposição do dever, em face da realidade, não pode servir de orientação segura de sua conduta. Do mesmo modo, no caso da criança que brinca nos trilhos, não haverá tentativa quando o trem estiver distante e, mesmo quando estiver próximo, se ao pai se configurar a certeza de que o controle automático de velocidade o fará parar no tempo oportuno. Por essa forma de argumentar, não se trabalha sob a perspectiva de um perigo produzido diretamente ao bem jurídico, mas, sim, pela expectativa de conduta de quem era obrigado a atuar, conforme a orientação que recebe da norma mandamental. Está claro que será importante invocar, então, o critério empírico da probabilidade nos limites da certeza, mas esse critério tem que ser delimitado pela modalidade de dever que é imposto ao sujeito.

3. Tentativa acabada e inacabada

Por outro lado, pelas características próprias da omissão, torna-se problemática a distinção entre *tentativa acabada* e *tentativa inacabada*. Admitindo-se sua existência, só nesta última é que será possível trabalhar com o critério da última chance, pois o desdobramento posterior do fato depende da omissão do próprio sujeito. Na *tentativa acabada*, na qual a sequência do fato está à própria sorte dos acontecimentos, a execução teria início a partir do momento

em que o sujeito
dade seguisse norm

Se mãe não a
rerá quando a fato
modo que deva m
Antes disso, não
do resultado
mãe e criança ma
influenciado dire
inacabada.

Ao invés, se
própria sorte, com
causal já se inicia
sobre o acontec
resultado. Aqui, e
doloso ou lesões
exposição ou ab
ficado pela morte
chimento, além
é a finalidade de
justamente essa fi
como delito autô
que esse ato por
lesões corporais
de exposição ou
doloso ou pela le

4. Desistência e

No tocante
diversas daquela
quando o agente
não prossegue
acabada, deve
consumação não
Nos delitos omiss
dá com a última
desistência sob

²³ KÜPER, George. «Excluída ficará a
visão do autor não

em que o sujeito não se valesse da primeira chance, deixando que a causalidade seguisse normalmente seu curso.

Se mãe não alimenta seu filho recém-nascido, o início da execução ocorrerá quando a falta de alimentação já tenha provocado danos à sua saúde, de modo que deva imediatamente realimentá-lo, mas deixe passar essa chance. Antes disso, não haveria início da execução, porque o perigo da realização do resultado ainda não se havia manifestado. A relação próxima entre a mãe e criança indica que o desdobramento causal posterior ainda pode ser influenciado diretamente pela ação devida, o que caracteriza uma tentativa inacabada.

Ao invés, se a mãe abandona na rua o recém-nascido, deixando-o à sua própria sorte, com este ato de abandono e a perda de contacto com o processo causal já se inicia a execução, pois, a partir daí, passa a não ter qualquer domínio sobre o acontecimento, estando desde logo presente o perigo da ocorrência do resultado. Aqui, estão sendo analisados os aspectos da execução de homicídio doloso ou lesões corporais dolosas, praticados por omissão e não o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134, CP), com resultado qualificado pela morte ou pelas lesões graves, que só se configura com o preenchimento, além do dolo de perigo, de um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de *ocultar desonra própria*. Neste último caso, tendo em vista justamente essa finalidade especial, o legislador considerou o ato de abandono como delito autônomo de perigo, isto, entretanto, sem descartar a hipótese de que esse ato por si mesmo já constitua início de execução do homicídio ou das lesões corporais, dependendo do dolo do sujeito. De qualquer modo, o crime de exposição ou abandono de recém-nascido será absorvido pelo homicídio doloso ou pela lesão corporal grave dolosa.

4. Desistência e arrependimento

No tocante à *desistência* e ao *arrependimento*, as regras devem ser diversas daquelas atinentes aos delitos comissivos. Nestes, haverá desistência quando o agente ainda detenha em suas mãos a causalidade e, voluntariamente, não prossegue na execução, o que se dá na tentativa inacabada; na tentativa acabada, deve o agente intervir para que a casualidade desvie seu curso e a consumação não ocorra, caracterizando-se, então, um arrependimento eficaz. Nos delitos omissivos, a partir da concepção de que o início da execução se dá com a última chance desperdiçada de atuar, a doutrina tem admitido a desistência sob os mesmos argumentos dos delitos comissos,²³ mas parece

²³ KUPER, George. «Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts», *NSzZ*, 1997, p. 485: «Excluída ficará a desistência, quando se tratar de uma tentativa falha, portanto, quando na visão do autor não lhe seja mais possível dirigir a produção do resultado (...) a desistência

que, nesses casos, só haverá lugar para o arrependimento ativo. Não basta que o autor desista, é preciso que atue para evitar a consumação.

Por outro lado, sob o argumento de uma causalidade funcional, se houver lugar para a desistência ainda não se pode dizer que houve início de execução. Uma vez que o sujeito realize a ação, antes disso, cumpriu simplesmente o dever. Ademais, o autor não pode desistir de sua omissão, que implica um não fazer. Ao contrário, o que se lhe exige é um fazer eficaz. Na hipótese da desistência, discutida por KÜPPER, se tratava de intervir para evitar a morte da vítima, que se encontrava presa em uma sauna a altas temperaturas e para a qual fora conduzida pelo autor. Então, o sujeito precisava agir para evitar o resultado, impedindo, assim, que a causalidade tomasse seu curso final, o que caracteriza nitidamente um arrependimento ativo. A impossibilidade de uma desistência nos crimes omissivos sugere também a inutilidade de uma diferenciação entre tentativa inacabada e acabada. Mas essa diferenciação será importante para fundamentar a teoria do último ato. Caso contrário, o início da execução já se daria na omissão do primeiro ato capaz de evitar o resultado.

ANEXO 3: O CONCURSO DE CRIMES OMISSIVOS

A questão fundamental relativa ao concurso de crimes omissivos diz respeito à determinação da chamada *unidade* ou *pluralidade* de omissões. Esse tema corresponde àquele dos delitos comissivos, relativo à determinação da unidade ou pluralidade de ações. Como a matéria está mais desenvolvida nos delitos comissivos, convém recordar as concepções doutrinárias que lhe são destinadas.

A doutrina tem trabalhado, normalmente, com dois conceitos para proceder à diferenciação entre unidade e pluralidade de ações: ação naturalística (ou ação em sentido natural), de um lado, e unidade naturalística de ação, de outro. A ação naturalística (ou em sentido natural) seria aquela na qual uma resolução para o agir se realizaria em uma *manifestação de vontade*. Este critério nasceu praticamente com o finalismo, mas se estendeu aos demais penalistas em geral.²⁴ Assim, o que caracterizaria a unidade de ação seria a unidade de manifestação de vontade. Caso se verificasse apenas uma manifestação de vontade, haveria unidade de ação, ainda que esta implicasse a produção de vários resultados típicos, mesmo que se tratasse de eventos lesivos a bens jurídicos altamente personalíssimos.²⁵ Mas, se ocorressem

só será possível quando (o autor) acredite que, com sua intervenção, possa evitar a morte (da vítima).»

²⁴ WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 298 e ss.

²⁵ Assim, KÜHL, Kristian. *Strafrecht*, AT, 5.ª ed., 2005, p. 695; WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 302, todos com base na jurisprudência do Supremo Tribunal alemão (BGHSt 1, 20; 2, 246; 6, 81).

várias manifestações de vontade, alguém desferiu um tiro fatal e, com isso, ocorreu a morte culposa (art. 130, § 1.º). Haveria unidade de ação, pois se trata de uma única manifestação de vontade sobre diversas pessoas. No caso de concurso de agentes, cada um para o fato por si só, em relação aos demais, não há unidade. Por exemplo, em um concurso de agentes, enquanto os demais não agiram, para este vigilante não houve a única manifestação de vontade.

Já o critério de unidade de ação alemã para o concurso de crimes omissivos em que várias pessoas agem com uma só vontade de não agir, tal forma de unidade de ação não constituísse uma unidade de ação, pois percorreu algum caminho para trazer em consideração a realização de uma ação, assim se apresenta a unidade de ação.²⁶ Em decisão do Supremo Tribunal alemão, os elementos de uma manifestação de vontade.²⁷ Essa doutrina é seguida por muitos penalistas, mas, de qualquer modo, não é suficiente para a diferenciação entre unidade e pluralidade de ações.

Apesar de ser criticado pelo contexto, em alguns casos, parece que o critério de unidade de ação ficará circunscrito ao modo da teoria da manifestação de vontade.

²⁶ WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 298 e ss.

²⁷ Assim, de acordo com o Supremo Tribunal alemão (BGHSt 43, 381 e BGHSt 90, 20).

²⁸ BGHSt 4, 219, 220.

²⁹ BGHSt 10, 230.

³⁰ SCHMIDT-BADENBURG. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 302, mesmo no direito de manifestação de vontade, portanto, não há unidade de ação.

várias manifestações de vontade, haveria, então, várias ações. Exemplo: alguém desfere um tiro e lesa diversas pessoas (art. 129), ou coloca um explosivo e, com isso, produz dano patrimonial (art. 163), morte dolosa (art. 121), morte culposa (art. 121, § 3.º) e explosão (art. 251). Em todos estes casos, haveria unidade de ação. Em contrapartida, se alguém desfere vários tiros sobre diversas pessoas, haverá pluralidade de ações. Aplicado este critério ao concurso de agentes, se o coautor houvesse dado sua contribuição material para o fato por meio de uma só ação, ter-se-ia igualmente unidade de ação em relação aos demais, embora estes tivessem realizado vários tipos.²⁶ Por exemplo, em um furto a residências, alguém se encarrega de ficar de vigia, enquanto os demais realizam várias subtrações em diversos apartamentos. Para este vigilante houve unidade de ação, já que sua conduta correspondeu a única manifestação de vontade.

Já o critério da unidade naturalística de ação foi criado pela jurisprudência alemã para disciplinar como «unidade jurídica de ação» aqueles casos em que várias condutas essencialmente da mesma espécie correspondiam a uma só vontade e, atendendo ao contexto espaço-temporal, estivessem de tal forma unidas que, para um observador neutro, transparecessem como se constituíssem unidade de atuação.²⁷ Na verdade, o Supremo Tribunal alemão percorreu algum caminho para chegar a esta fórmula final. Inicialmente, trouxe em consideração que a unidade decorreria de um sentido natural, dado pela realização objetiva das condutas em função do fato em sua totalidade, que assim se apresentaria no contexto a um terceiro como se se tratasse de única ação.²⁸ Em decisões posteriores, o Tribunal acrescentou àquelas condições os elementos espaço-temporais que dariam, então, unidade à manifestação de vontade.²⁹ Estas decisões obtiveram adesões e críticas de eminentes penalistas, mas, de qualquer forma, ainda permanecem como uma solução prática na diferenciação entre unidade e pluralidade de ações.

Apesar de a solução prática da jurisprudência alemã orientar-se mais pelo contexto, o que pode conduzir a conclusões adequadas em muitos casos, parece que a questão da unidade ou pluralidade de ações não pode ficar circunscrita à manifestação de vontade, cujos contornos advêm de certo modo da teoria geral dos contratos no direito civil³⁰ e que, muitas vezes, em

²⁶ WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 298, com base ainda na jurisprudência do Supremo Tribunal alemão (BGHSt 49, 177).

²⁷ Assim, de conformidade com isso, WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 2010, p. 301; BGHSt 43, 381 e BGHSt 98, 70.

²⁸ BGHSt 4, 219, 220.

²⁹ BGHSt 10, 231.

³⁰ SCHMIDT-BRÜGGEMEIER (*Zivilrechtlicher Grundkurs*, 1998, p. 79) informam, todavia, que mesmo no direito civil a manifestação de vontade deve possuir um destinatário. Sem este destinatário, será impossível concretar-se um negócio jurídico. Uma simples e pura manifestação de vontade, portanto, sedimentada apenas em escritos, símbolos ou acenos, conduziria a uma

face das dificuldades empíricas de sua identificação, fica na dependência do desdobramento causal, como, por exemplo, do número de tiros desfechados contra a vítima. Esta visão mista subjetivo-causal, que é adotada, via de regra, nas decisões dos tribunais, conduz a perplexidades principalmente quando se trata de diferenciar entre concurso formal próprio e impróprio, em que a doutrina se deixa iludir pela ideia de que a expressão «desígnios» é indicativa de dolo.³¹ Essa ilusão decorre justamente de uma falsa compreensão: a de que o dolo constitui uma relação psicocausal para com o resultado, a qual era produto da concepção naturalista dominante no século XIX, quer dizer, à medida que a ação se concentra na manifestação de vontade e a vontade passa a ser vista como fator causal de um resultado, haverá tantas ações quantos resultados correspondam àquela manifestação volitiva. Esse argumento, contudo, não é adequado, porque deixa de lado todo o complexo da atividade humana, que se caracteriza, como já anunciado anteriormente, como uma ação comunicativa, na qual se torna imprescindível a subsistência de um parâmetro (objeto) de referência que lhe assinale o sentido e ao qual esteja subordinada sua execução. Partindo dessa consideração, pode-se dizer que a unidade ou pluralidade de ações só poderá ser afirmada em face da direção da atividade frente a este parâmetro de referência, ou seja, de conformidade com seu sentido funcional. O parâmetro de referência é que assinala o sentido da atividade. Os parâmetros (também chamados de objetos) de referência, no entanto, não se confundem com os objetos materiais do delito, como a coisa subtraída, ou a pessoa ferida. Objetos de referência são todo o complexo de condições normativas e empíricas, dentro de uma prática social, que orientam a execução de uma atividade. Por isso, é irrelevante a existência de várias pessoas feridas ou de vários objetos subtraídos para determinar a pluralidade de ações. Haverá, então, uma ação quando a conduta se orientar no mesmo sentido conforme os objetos de referência que a determinam, ou seja, quando os objetos de referência orientem a execução da conduta de tal modo que o agente não precise renovar essa execução para poder impô-la como válida. A conclusão acerca da unidade ou da pluralidade não estará na dependência apenas do processo causal. O processo causal pode ser único e isso indicar que a conduta se orientou sempre num mesmo sentido, conduzindo à sua unidade. Pode o processo causal ser múltiplo e a conduta ser única, uma vez que todos

extrema subjetivação que não estaria acolhida no âmbito de autonomia do negócio jurídico, que pressupõe, via de regra, uma aceitação daquela manifestação de vontade por parte do destinatário.

³¹ VIDAL, Hêlvio Simões. *Convergência de normas e concurso de penas*, 2007, p. 137; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*, 2.ª ed., 1996, p. 224; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. II, 2003, p. 111. Limitando a expressão «desígnios autônomos» ao dolo direto, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, PG, 1985, p. 367. Corretamente, entendendo que a expressão «desígnios autônomos» indica diversidade de fins e não de dolo, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, parte geral, 4.ª ed., 2010, p. 403; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 10.ª ed., vol. 1, 2010, p. 485.

os objetos tenham congregado em uma única ação. A importância de a ação estar dirigida a um determinado objeto faz com que essa atividade esteja em conformidade com o bem jurídico. Assim, a reação terá também seu sentido próprio parâmetro de referência. A pretensão de impor sobre ele o bem jurídico. Este é o perigo de lesão à determinação da

Nos delitos cometidos em função desses delitos, a ação devida por proibitiva e não causal que possui será mesmo aquil. Haverá, então, independentemente forem despendidos. O fato, porém, de que haverá a ação de que foram atribuídas determinar a avaliação quanto à unidade de omissão. Caso os resultados sejam orientando-se por argumentação em o conceito de continuidade de omissão paciente, resultam

³² ROXIN, Claus. *Teoria do delito*, 299.

³³ WESSELS-BERGER, 1999.

os objetos tenham implicado sua realização, quer dizer, o processo causal se congrega em um mesmo sentido. Por outro lado, não pode a unidade de ação ficar na dependência do dolo. O dolo não desempenha aqui qualquer papel. O importante é a orientação da atividade dentro do processo de comunicação. A adscrição de um sentido à atividade pelos parâmetros, ou objetos de referência, faz com que essa atividade seja realizada em função desses parâmetros. Se a atividade está em função do parâmetro, sua realização deve levar em conta, também, a reação que irá ter que enfrentar, de modo que uma atividade só terá também sentido se for tomada pelo agente com pretensão de validade. A pretensão de validade tem como desiderato atender às determinações do próprio parâmetro de referência, ou até mesmo vencer-lhe a resistência para impor sobre ele a execução da atividade e, assim, lesar ou pôr em perigo um bem jurídico. Esse complexo de relações entre a atividade causal e a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico é que deve ser tomado como base para a determinação da unidade ou pluralidade de ações.

Nos *delitos omissivos impróprios*, a doutrina, em geral, se tem orientado em função dos resultados ocorridos.³² Isto tem sua relevância porque, nesses delitos, o resultado é atribuído ao sujeito por não haver este realizado a ação devida para impedi-lo, violando, portanto, por omissão uma norma proibitiva e não apenas uma norma mandamental. Como não há um processo causal que possa servir de orientação da conduta, o critério mais evidente será mesmo aquele que se baseia na unidade ou pluralidade de resultados. Haverá, então, unidade de omissão, quando se verificar apenas um resultado, independentemente do número de vezes em que as chances de salvamento forem desperdiçadas, ou seja, em que fora infringido o dever de impedi-lo. O fato, porém, de terem ocorrido vários resultados não induz à conclusão de que haverá pluralidade de omissões. Se o sujeito se omitiu e, por isso, lhe foram atribuídos vários resultados, ponderam WESSELS-BEULKE que, para determinar a unidade ou pluralidade de omissões, deverá se proceder a uma avaliação quanto à relação entre os resultados e a ação devida para evitá-los. Caso os resultados pudessem ter sido evitados apenas com uma ação, haverá unidade de omissão; se, porém, os resultados só pudessem ter sido impedidos com a execução de várias ações, haverá pluralidade de omissões.³³ Mesmo orientando-se pelo número de resultados, a doutrina continua a sediar sua argumentação em torno do número de ações devidas, o que vem mostrar que o conceito de ação em sentido natural, ainda que hipoteticamente configurada, continua a vigor, como critério preponderante, para a determinação da pluralidade de omissões. Assim, se o médico se omite de evitar várias lesões ao paciente, resultantes do esquecimento de uma pinça em seu abdômen, as quais

³² ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 815; WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 299.

³³ WESSELS-BEULKE. *Strafrecht*, AT, 2010, p. 299.

poderiam ter sido evitadas com apenas um melhor controle da instrumentação no momento do ato cirúrgico, haverá apenas uma omissão; se, ao contrário, as lesões fossem de tal ordem, que tivessem de ser contidas por vários procedimentos, não executados por ele, por exemplo, uma lesão no peritônio e outra no coração, resultantes do esquecimento de uma pinça e do deficiente controle da anestesia, de modo que cada um implicasse a infração de um dever específico, haverá pluralidade de omissões.

Já no que toca aos *delitos omissivos próprios*, que não se estruturam em função do resultado, mas, basicamente, pelo dever de agir, a determinação da unidade ou da pluralidade de omissões irá depender do número de vezes em que se infringiu a norma mandamental: se houver vários deveres descumpridos, haverá pluralidade de omissões; se apenas um dever não foi atendido, haverá unidade de omissão. Essa será a regra geral. Em todos esses casos, contudo, é fundamental que se proceda a uma análise da ação omitida e de sua relação com a situação típica de perigo, da qual se extrai a infração à norma mandamental. Não importa, aqui, o número de resultados ou de vítimas, mas unicamente o modo e a forma com que a omissão se manifesta no tipo. Em todos os tipos omissivos próprios, a matéria mandamental não se esgota na simples inatividade, mas depende de todos aqueles elementos que imprimem sentido à ação mandada. Se, por exemplo, as vítimas, por se encontrarem em um mesmo contexto de perigo, pudessem ter sido socorridas mediante uma só ação, haverá unidade de omissão; se, pela forma com que o acidente se dera, cada vítima só pudesse ser socorrida mediante um atendimento especial e o sujeito se omitir em relação a todos esses procedimentos, haverá pluralidade de omissões.

A solução pelo número de resultados, associado ao critério da ação em sentido natural, pode ser atraente, porque estende, analogicamente, à omissão os mesmos fundamentos dos delitos comissivos no tocante ao concurso de crimes e procura uma solução prática para a determinação de sua unidade ou pluralidade. Parece, todavia, que será possível desenvolver uma definição melhor da unidade e pluralidade de omissões, partindo do conceito perlocucionário de omissão e não de uma ação em sentido natural. Nos delitos omissivos, será relevante para a questão do concurso de crimes, além da infração aos deveres de agir ou de impedir o resultado, o modo como a norma mandamental exerce sua função de orientação de conduta. Nos *delitos omissivos impróprios*, a norma mandamental está associada à norma proibitiva e só terá significado se a omissão guardar uma equivalência com a ação. Para que isso ocorra será preciso que o impedimento do resultado nos limites da certeza se situe em uma relação imediata com a ação devida, de tal sorte que sua não execução levará à concretização do resultado, sem que o afetado possa intervir para a sua não produção. O bem jurídico do afetado está, aqui, sob a disposição do omitente. O papel do sujeito, nesse contexto, é essencial para

evitar a lesão de bem
tamente ao processo
atuação. Se o pai, no
incêndio e se omitir
de omissões depende
Essa orientação pode
Caso os filhos possam
se fixa na unidade de
os socorrer, por meio
formal. De outra forma
pai tivesse que cumprir
mandamental se sustentam
deveres; o pai comete
material. Normas
formuladas pela lei
conduta pode implicar
pode conduzir à pro
omite de fazê-lo, não
não dependerá pro
ou dos resultados.
Se a omissão se dá
cada ação devida, se
que a nutrição se dá
omissão. Em sentido
porque o conteúdo de
filhos, além de não
uma atualização de
cada filho; haverá

Descortinações
sões, será possível
do concurso de crimes
delitos omissivos.
Igualmente lhes dá
delito: especialização
de delito e, portanto,
o tipo legal descreve
contexto, se tem
exemplo, se o filho
lo, responderá apenas

evitar a lesão de bem jurídico. A atuação do sujeito, então, está vinculada diretamente ao preceito proibitivo, que traça os parâmetros de referência para essa atuação. Se o pai, por exemplo, tem, diante de si, dois filhos para salvar de um incêndio e se omite de fazê-lo, a definição acerca da unidade ou pluralidade de omissões dependerá de como a norma mandamental orienta sua conduta. Essa orientação pode ou não estar associada ao desdobramento causal do fato. Caso os filhos possam ser socorridos de uma só vez, a orientação mandamental se fixa na unidade de deveres e, portanto, na unidade de omissão. Se o pai não os socorrer, poderá cometer, portanto, um delito de homicídio em concurso formal. De outra forma, se os filhos se situassem distantes, um do outro, e o pai tivesse que empreender duas ações salvadoras diversas, a norma mandamental se sustentaria na diversidade de atuação e, pois, na diversidade de deveres; o pai cometeria dois delitos de homicídio por omissão, em concurso material. Normalmente, as soluções para esses casos são idênticas às aquelas formuladas pela doutrina. Algumas vezes, porém, o critério da orientação da conduta pode implicar unidade de omissão, enquanto o critério dos resultados pode conduzir à pluralidade. Se a mãe tem dois filhos para amamentar e se omite de fazê-lo, levando-os à morte, a unidade ou pluralidade de omissões não dependerá propriamente do número de ações necessárias à sua nutrição ou dos resultados, mas da relação entre sua atuação necessária e o salvamento. Se a omissão se der no mesmo contexto, sem que a mãe necessite, diante de cada ação devida, atualizar sua relação para com a norma mandamental, ainda que a nutrição se tenha que fazer mediante várias ações, haverá unidade de omissão. Em sentido contrário, se a mãe tiver que proceder diversamente, porque o contexto já não congrega os mesmos objetos de orientação (um dos filhos, além de necessitar da nutrição, precisa ser medicado), isso implicará uma atualização de sua relação para com a norma mandamental em face de cada filho; haverá, então, uma pluralidade de omissões.

Descortinadas as questões relativas à unidade ou pluralidade de omissões, será possível estender aos delitos omissivos todos os preceitos acerca do concurso de crimes previstos no Código Penal. Comportam, portanto, os delitos omissivos concurso material, concurso formal e crime continuado. Igualmente lhes são aplicáveis os critérios que disciplinam a unidade de delito: especialidade, consunção e subsidiariedade. Também haverá unidade de delito e, portanto, apenas uma omissão punível naquelas hipóteses em que o tipo legal descreva várias modalidades de omissão, e o sujeito, no mesmo contexto, se tenha omitido várias vezes, simultânea ou sequencialmente. Por exemplo, se o funcionário retarda ato de ofício e, depois, se omite de praticá-lo, responderá apenas por um delito de prevaricação.

CAPÍTULO 9

OS DELITOS OMISSIVOS CULPOSOS

I. A NORMA NA OMISSÃO CULPOSA

A cada vez mais profusa utilização de normas mandamentais na legislação penal, que correspondem ao papel desempenhado pelo Estado fiscalizador, exige um exame mais rigoroso dos pressupostos dos delitos daí derivados. Este exame é uma medida adequada a impedir que o exercício do poder de punir se transforme em uma execução forçada de relações contratuais. Quando o Estado se desfaz de sua função social, o incremento de disposições contratuais no direito penal aumenta ainda mais a irracionalidade do sistema, porque passa a tratar a pessoa humana como situada no mesmo plano de poder, quer dizer, na relação entre Estado e pessoa, confere-se a esta a obrigação de se submeter às regras daquele, sob a presunção de que atua com a mais ampla liberdade de atender ao comando normativo, ainda que para isso não fosse capaz. Isso provoca uma profunda distorção no sistema, só passível de correção por meio de medidas que restrinjam o alcance das normas mandamentais. Essas medidas podem ser alinhadas em três séries: a) na identificação do conteúdo das respectivas normas, relativamente à omissão própria e à omissão imprópria culposas; b) na limitação do conteúdo de injusto do fato omissivo culposos; c) na aferição dos pressupostos da imputação pessoal de responsabilidade.

1. Os delitos omissivos próprios culposos

Os delitos omissivos próprios culposos, que decorrem de uma previsão legal expressa,¹ são constituídos, no respectivo tipo de injusto, de dois

¹ Por exemplo, arts. 228, parágrafo único; 229, parágrafo único; 231; 234 e 235 da Lei 8.069/1990 (ECA); art. 63, § 2.º, da Lei 8.078/1990 (Código do Consumidor); art. 68, parágrafo único, da Lei 9.605/1998 (Lei Ambiental).

comandos: um...
A característica...
comissivos, res...
mental. Ainda...
de profissão, ar...
experiência gen...
está sempre em...
perfeita identifi...
comando legal...
a omissão culpo...
recipientes ou p...
sinais ostensivos...
a não inserção...
imputação de res...
só tem eficácia...

Essa caract...
por conseguinte...
subordinado não...
norma mandame...
elemento de eti...
especificar, em...
o mandamento...
cuidado faz dos...
que não se ressu...

Uma vez a...
disciplinar as...
também, englob...
o que se possib...
implicar a omis...

No exem...
omissão não...
acerca da pena...
ostensivos des...
cros, embalagem...
ao fabricante...
periculosidade...
depois, uma vez...
seus invólucros...
que poderá resu...

² Assim, também...

comandos: uma *determinação de cuidado* e uma *determinação de conduta*. A característica básica desses delitos, em contraste com os delitos culposos comissivos, reside na subordinação da norma de cuidado à norma mandamental. Ainda que a norma de cuidado se assente em normas regulamentares de profissão, arte ou ofício, ou em regras gerais de precaução, conforme a experiência geral da vida, que assinalam a delimitação do risco autorizado, está sempre em função da determinação de conduta, porquanto só com a perfeita identificação do que é imposto ao sujeito é que se pode legitimar o comando legal. Assim, por exemplo, no art. 63 do Código do Consumidor, a omissão culposa diz respeito à não inserção nas embalagens, invólucros, recipientes ou publicidade de produtos destinados ao consumo, de dizeres ou sinais ostensivos sobre a periculosidade desses produtos. A condição de que a não inserção (omissão) desses dizeres ou sinais dá lugar a um processo de imputação de responsabilidade do sujeito demonstra que a norma de cuidado só tem eficácia quando acoplada à norma mandamental contida no tipo.²

Essa característica da estrutura dos delitos omissivos próprios gera, por conseguinte, a necessidade de que todo o processo de imputação se veja subordinado não apenas à demonstração de que o sujeito tenha infringido uma norma mandamental, mas de que essa norma mandamental se vincule a um elemento de eficácia instituído pela norma de cuidado, que serve de base para especificar, em face da situação típica, de que forma ou modo se deve cumprir o mandamento legal. Esta relação entre norma mandamental e norma de cuidado faz dos delitos omissivos próprios culposos uma categoria complexa, que não se resume a uma simples conjugação de omissão e negligência.

Uma vez que a norma extrapenal de cuidado é editada justamente para disciplinar as atividades consideradas arriscadas, a *situação típica* deve, também, englobar todas as referências acerca do risco não permitido, com o que se possibilitará identificar como o não atendimento do cuidado pode implicar a omissão ao comando legal.

No exemplo do art. 63 do Código do Consumidor se pode ver que a omissão não tem como objeto de referência a simples falta de comunicação acerca da periculosidade de um produto, mas em relação a dizeres ou sinais ostensivos dessa periculosidade que devem constar nos respectivos invólucros, embalagens, recipientes ou publicidade. A norma de cuidado impõe ao fabricante ou produtor, primeiramente, que verifique a inocuidade ou a periculosidade de um produto, antes que o coloque para comercialização; depois, uma vez havendo constatado a sua periculosidade, que indique, nos seus invólucros, embalagens, recipientes e publicidade, a espécie de efeitos que poderá resultar do seu uso ou emprego. Ao buscar uma tipificação para

² Assim, também, STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, 6.^a ed., 2011, p. 325.

essa omissão, o legislador cumpriu, nesse caso, de certo modo, as exigências decorrentes da estrutura normativa desse delito.

Ao contrário, no art. 68 da Lei Ambiental,³ o legislador fez *tabula rasa* dessa estrutura, deixando de disciplinar, com precisão, a situação típica. Em primeiro lugar, não especifica o objeto da omissão, apenas reza que esta omissão diz respeito ao não cumprimento de «obrigação de relevante interesse ambiental», o que significa que, em vez de descrever o conteúdo do dever imposto ao sujeito, remete esse conteúdo a um outro dever. Em segundo lugar, ao prever a modalidade culposa (art. 68, parágrafo único), tornou-a estéril, porquanto deixou de consignar um objeto de referência, também, para a norma de cuidado, pois ali não se constata qualquer indicação de que forma e de que modo se poderia caracterizar a infração a essa norma, nem como seria, em contrapartida, a conduta realizada no âmbito do risco permitido. Quando a descrição típica não reflete, como neste último caso, as exigências da estrutura normativa da omissão própria culposa, deve ser declarada inválida por ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

2. Os delitos omissivos impróprios culposos

Já nos delitos omissivos impróprios culposos, a norma que os disciplina não possui uma autonomia originária. Aqui, além da norma de cuidado e da norma determinativa, subsiste como preponderante a norma proibitiva da conduta. Como essa norma proibitiva constitui o cerne da incriminação, a omissão só é relevante quando possa ser equiparada à ação. Nesse contexto, não assume qualquer função a chamada *situação típica*, porque a ação esperada deve referir-se ao não impedimento do resultado típico que, normalmente, é produzido por ação e cuja ocorrência é prevista como elemento do respectivo tipo comissivo. Destarte, a omissão não está associada, nestes delitos, a elementos típicos especiais, que existem especificamente para servirem de seu objeto referencial. O objeto referencial é dado para a ação e não para a omissão. A omissão se introduz no contexto quando subsista sobre o agente, primeiramente, um dever de impedir o resultado por decorrência de sua posição de garantidor e, depois, um dever de atender ao cuidado relativo quanto à forma e ao modo de conduzir sua atividade em face do perigo da produção do resultado.

Apesar de a norma incriminadora ser, nesse caso, predominantemente proibitiva, a norma de cuidado só tem relevância quando associada a uma norma mandamental extratípica resultante da posição de garantidor. Tendo

³ Art. 68 da Lei 9.805/1998: «Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da multa.»

em vista es
de atender
se insere c
expressam
art. 13, § 2
que se dev
portanto, n
e fundamen
Os elemen
mitam, obr
mente, sua

II. O TIPO

Em t
forma de c
o que se in
do injusto
quer seja d
resulte da
imprópria
a omissão
cuidado, e
gerais da e

Aten
na configu
deve estar
a ação ma
alicerçado
capacidade
cial inform

Inac
de delimita
e à imputa
causalidade
comissivo
lógico, que
A causalida

⁴ Por exem
Claus. Straff
279 e ss.

⁵ STRAUSS

em vista esta particularidade, torna-se indispensável nesses delitos, para efeito de atender ao princípio da legalidade, que as condições pelas quais um sujeito se insere como garantidor de um determinado bem jurídico se vejam descritas expressamente na lei. Como, por seu turno, essas condições vêm descritas no art. 13, § 2.º, do Código Penal, é a partir delas, e não de outras circunstâncias, que se deve proceder à delimitação da omissão imprópria culposa. Não cabe, portanto, no direito brasileiro, a invocação de condições materiais de criação e fundamentação da posição de garantidor, tal como se faz na doutrina alemã.⁴ Os elementos contidos no art. 13, § 2.º, do Código Penal condicionam e delimitam, obrigatoriamente, o conteúdo da norma mandamental e, consequentemente, sua relação com a norma de cuidado.

II. O TIPO OMISSIVO CULPOSO

Em todos os delitos omissivos culposos há elementos comuns. Como a forma de conduta está, aqui, condicionada à natureza da norma, de modo que o que se incrimina é a não realização da ação mandada, o primeiro elemento do injusto desses fatos é constituído da omissão de uma ação determinada, quer seja descrita como tal no respectivo tipo de delito (omissão própria), quer resulte da violação de um dever imposto a um sujeito garantidor (omissão imprópria). Em decorrência das particularidades da estrutura normativa, a omissão deve vir associada, nesses delitos, à violação de uma norma de cuidado, cujo conteúdo é preenchido por disposições regulamentares ou regras gerais da experiência destinadas a delimitar o alcance do risco permitido.

Atendendo, ademais, ao comando normativo, outro elemento essencial na configuração do tipo de injusto diz respeito à *capacidade de agir*. O sujeito deve estar em condições, conforme o exija a respectiva norma, de realizar a ação mandada. Uma vez que, nos delitos omissivos, o tipo de injusto está alicerçado na ação devida individual, e não em uma ação qualquer, a medida da capacidade é aferida segundo as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente.⁵

Integram ainda o tipo de injusto culposo omissivo todos os elementos de delimitação do processo de imputação, ou seja, os atinentes à causalidade e à imputação normativa. Convém registrar, no entanto, que o enunciado da causalidade não pode seguir, quanto a isso, a mesma estrutura dos delitos comissivos, porquanto, na omissão, não existe um objeto de referência nomológico, quer dizer, não existe uma causalidade que se oriente por leis naturais. A causalidade na omissão só pode ser retratada funcionalmente, de modo a

⁴ Por exemplo, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., 1996, p. 620 e ss.; ROXIN, Claus, *Strafrecht*, AT, II, 2003, p. 714 e ss.; WESSELS-BEULKE, *Strafrecht*, AT, 40.ª ed., 2010, p. 279 e ss.

⁵ STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht*, AT, 6.ª ed., 2011, p. 325.

ajustar o critério da eliminação hipotética à sua estrutura. Aplicando-se este raciocínio ao art. 13 do Código Penal, teríamos, então, que a omissão será causa de um resultado, quando suprimida a ação devida for o resultado, também, suprimido. Mas como este juízo de eliminação não é certo, é apenas provável, ou até mesmo incerto, a afirmação da causalidade não pode se satisfazer com um mero raciocínio lógico e contrafático. Ao contrário, deve estar respaldada em elementos empíricos que demonstrem que o resultado não ocorreria, com um grau de probabilidade nos limites da certeza, se a ação devida fosse efetivamente realizada, tal como o contexto assim o determinava. Se não se puder demonstrar empiricamente essa relação, é de se negar a causalidade, não só por aplicação do princípio *in dubio pro reo*, mas porque a norma, em sua manifestação concreta, não estava em condições de servir de objeto de referência para a conduta do sujeito.

Por outro lado, tendo em vista às características da negligência, deve o sujeito poder prever a realização do tipo e reconhecer poder evitá-la. Integra o tipo dos delitos culposos, em geral, a previsibilidade e a evitabilidade do evento. Aqui, também, aplicam-se as mesmas exigências dos delitos culposos.

Especificamente quanto aos delitos omissivos impróprios culposos, ainda se agrega ao respectivo tipo de delito a subsistência de uma posição de garantidor do sujeito, consoante as disposições contidas no art. 13, § 2.º, do Código Penal, respectivamente: a) a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) a quem, com seu comportamento anterior ilícito, criou o risco da ocorrência do resultado (ingerência). Neste particular, valem as mesmas limitações impostas para os delitos omissivos dolosos.

Ainda que na aferição do conteúdo de injusto se devam tomar por base, exclusivamente, essas situações legalmente estabelecidas quanto à posição de garantidor, sua análise deve estar subordinada à estrutura dogmática da conduta e às limitações impostas à norma em função do substrato material que lhe deu origem. Partindo-se da lição de SCHÜNEMANN, pode-se dizer que todas as condições que fundamentam a posição de garantidor, uma vez que têm a função de possibilitar o acoplamento da omissão a um tipo de delito comissivo, devem guardar analogia com os fundamentos da autoria por ação.

Assim, nas relações de proteção e vigilância impostas por lei, ou na assunção de responsabilidade, ou na ingerência, deve vigorar, por parte do omitente, um poder de controle sobre o resultado e sobre as fontes produtoras do perigo.⁶ Esse poder de controle deve estar adaptado à estrutura da norma mandamental, quer dizer, sua caracterização como tal não corresponde inteiramente ao domínio do fato dos delitos dolosos. Nesse caso, o

⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1971, p. 281 e ss.

poder de controle sobre o que o torna dependente do dever. Desde que, no contexto, não era exigido o conteúdo de injusto por lei se atribua a ser responsabilizado a prática da respectiva, embora a lei não esteja de garantidor, a intenção da imputação normal. É que neste caso, não a obrigação de prevenir o que lhe retira a culpa no contexto é prévia, não pode exigir a atenção em risco a própria culpa.

Na questão dos delitos omissivos dolosos, a ação precedente é o tipo, o que significa realizada dentro do controle sobre o resultado.

A inserção no decorrente da posição do agente em favor da imputação do resultado modo contrário ao resultado sobre o resultado, a produtora de perigo do dever de cuidado de controle. Portanto, não sejam de culpa, não lhe presta sua culpa, nem se culpa (culpa inconsciente).

Há que se fazer a aferição da culpa base na relação do resultado é preciso a possibilidade de perigo. Se o pai se

poder de controle tem que ser visto dentro do dever de impedir o resultado, o que o torna dependente da extensão da respectiva norma que imponha esse dever. Desde que seja impossível demonstrar que ao omitente, em face do contexto, não era exigível inteiramente esse poder de controle, não se realizará o conteúdo de injusto dos delitos omissivos impróprios. Portanto, ainda que por lei se atribua ao pai o dever de proteção aos filhos menores, não poderá ser responsabilizado pela omissão culposa de salvar-lhe a vida quando a prática da respectiva ação implicar o seu próprio perecimento. Nesse caso, embora a lei não esclareça quanto a essa modalidade de extinção da posição de garantidor, a interpretação no sentido dessa exclusão segue, aqui, as regras da imputação normativa quanto à falta do poder de controle sobre o resultado. É que neste caso, não opera um poder de controle exigível ao omitente, porque a obrigação de proteção não pode implicar a eliminação do próprio obrigado, o que lhe retira a qualidade de garantidor. A análise dessas condições e do contexto é prévia, portanto, àquela relacionada à norma de cuidado. Não se pode exigir a atenção a um cuidado, quando o sujeito, caso o atenda, ponha em risco a própria existência.

Na questão da ingerência, vigoram as mesmas exigências dos delitos omissivos dolosos. Só se deverá caracterizar a posição de garantidor, quando a ação precedente perigosa tiver sido realizada fora do âmbito do risco permitido, o que significa que se a ação precedente criadora do perigo tiver sido realizada dentro do risco permitido, não é de se exigir do sujeito o poder de controle sobre o resultado dessa ação.

A inserção no tipo dos delitos culposos do dever de impedir o resultado, decorrente da posição de garantidor, induz à consideração acerca da postura do agente em face dessa posição, o que influi decisivamente no processo de imputação do resultado. Na *culpa consciente*, o sujeito confia ou espera, de modo contrário ao dever de cuidado, que não está inserido no poder de controle sobre o resultado, decorrente de sua relação para com vítima ou com a fonte produtora de perigo. Já na *culpa inconsciente*, o sujeito, também com violação do dever de cuidado, sequer há cogitado de que estaria inserido naquele poder de controle. Por exemplo, o pai acredita que os gritos de socorro vindos do mar não sejam de seu filho, mas de alguém fazendo uma brincadeira, e, assim, não lhe presta socorro (*culpa consciente*), ou, interessado na leitura de um jornal, nem se dá conta da situação de perigo em que aquele se encontrava (*culpa inconsciente*).

Há que se fazer, no entanto, duas limitações. Em primeiro lugar, a aferição da culpa deve ser efetuada conforme o contexto e não apenas com base na relação direta entre agente e perigo. Para que se possa imputar ao pai o resultado é preciso que, efetivamente, as condições do contexto lhe confirmem a possibilidade de saber que seu filho se encontrava próximo da fonte de perigo. Se o pai sabe que seu filho se fora com a mãe até um quiosque e que,

a. Aplicando-se este
a omissão será causa
resultado, também,
é apenas provável,
de se satisfazer com
deve estar respaldada
tudo não ocorreria,
a ação devida fosse
terminava. Se não se
legar a causalidade,
porque a norma, em
servir de objeto de

negligência, deve o
er evitá-la. Integra o
abilidade do evento.
os culposos.

próprios culposos,
de uma posição de
no art. 13, § 2.º, do
rigação de cuidado,
a responsabilidade
nto anterior ilícito,
te particular, valem
dolosos.

am tomar por base,
s quanto à posição
tura dogmática da
substrato material
pode-se dizer que
fidor, uma vez que
um tipo de delito
a autoria por ação.

estas por lei, ou na
porar, por parte do
e as fontes produ-
ado à estrutura da
no tal não corres-
os. Nesse caso, o

gsdelikte. Zugleich ein

assim, não estaria próximo do mar, no momento em que escuta os gritos de socorro, não terá a possibilidade de alcançar a compreensão de que esteja situado na posição de garantidor em face do perigo.⁷ Em segundo lugar, como na culpa inconsciente o sujeito não percebe que se encontra na posição de garantidor, ou seja, que se insere no poder de controle sobre o resultado, a imputação só será possível, quando o contexto indicar, com absoluta clareza, que a fonte de perigo está próxima e que, portanto, a circunstância do poder de controle sobre o resultado é previsível ao sujeito, sob qualquer condição. Caso a situação de fato não seja clara, deve-se excluir a imputação da culpa inconsciente.

Finalmente, integra o tipo de injusto dos delitos omissivos impróprios culposos um elemento não escrito: a *cláusula da equivalência*. Assim o conteúdo de injusto do fato só se aperfeiçoa quando a realização do resultado decorrente da omissão do sujeito equiparar-se à sua produção por ação culposa. Esta cláusula, embora não conste expressamente no Código Penal, como elemento essencial aos delitos omissivos impróprios, é corolário do princípio da legalidade. Isto porque sem essa cláusula, que constitui também uma extensão das condições delimitativas da posição de garantidor, não se torna possível legitimar uma incriminação por omissão culposa, por falta de uma referência típica.

Contudo, a cláusula da equivalência não deve ser analisada sob a perspectiva exclusiva de sua utilidade dogmática, mas como um instrumento de delimitação do poder punitivo. De conformidade com esta última perspectiva, a cláusula da equivalência deve ser entendida no sentido de só legitimar a omissão imprópria, quando a produção do resultado e a conseqüente lesão do bem jurídico, que é atribuída à não realização da ação devida, não puder ser evitada a não ser pelo imediato exercício do poder de controle e de execução dessa ação por parte do sujeito omitente. Isso significa que a cláusula da equivalência circunscreve os delitos omissivos impróprios culposos somente aos atentados a bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade corporal e saúde, a liberdade individual e a liberdade sexual. Fora desses casos, como a não realização da ação mandada não está vinculada diretamente a uma lesão imediata do respectivo bem jurídico, falece legitimidade à omissão imprópria. Quando a mãe, culposamente, deixa de prover a subsistência do filho e este entre em coma por desnutrição, o impedimento do resultado morte ou lesão corporal está na dependência direta e imediata da ação devida, daí por que sua produção por omissão se equipara à sua produção por ação.⁸

⁷ Assim, STRATENWERTH-KUHLEN. *Strafrecht*, AT, 6.^a ed., 2011, p. 325 e ss.

⁸ Assim, TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 1996, p. 81. Acolhendo essa posição, também, SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, 4.^a ed., 2005, p. 129.

Em se trata
mais grave seja
de garantidor, de
imputação, de m
haver criado
mais grave. Por
embora tivesse
atender seu filho
a situação se ter
salvá-lo, vindo
acometia. Nesse
mãe, não se po
resultado mais
culposo por om

III. A CULPA

Atendidos
delitos omissiv
ticas de que au
dade pelo fato
capacidade de
resultantes de
determinação
cial na sua es
da culpabilidade

A imputa
entender e de
e do dever im
de entender
e do não aten
bem como de

Integra a
dicidade, repre
de cuidado, e
acerca do dever
diretamente p
garantidor. A
ciência tanto

⁹ Com essa
Untelassen und
Archiv, 12, p. 50.

Em se tratando de delitos qualificados pelo resultado, no qual o evento mais grave seja levado a efeito por omissão daquele que se situava na posição de garantidor, deve-se exigir ainda maior rigor na determinação do processo de imputação, de modo que, já na realização do tipo fundamental, deva o sujeito haver criado, com sua própria conduta, o risco da ocorrência do resultado mais grave. Por exemplo, a mãe X, porque estava dedicada a outros afazeres, embora tivesse reconhecido a gravidade do fato (culpa consciente), deixa de atender seu filho menor, que padecia de grave enfermidade. Mais tarde, quando a situação se torna ainda mais grave, leva-o ao hospital, mas já não mais pode salvá-lo, vindo a criança a morrer em consequência da enfermidade que a acometia. Neste caso, como a enfermidade da criança não fora provocada pela mãe, não se pode dizer que tenha ela criado, conscientemente, o risco de um resultado mais grave. Em razão do fato, deve responder a mãe por homicídio culposo por omissão e não por lesão corporal seguida de morte.⁹

III. A CULPABILIDADE NOS DELITOS OMISSIVOS CULPOSOS

Atendendo ao conteúdo das normas mandamentais, a culpabilidade nos delitos omissivos culposos deve corresponder, respectivamente, às características de que aqui não se trata apenas de se atribuir a alguém a responsabilidade pelo fato, com base na violação à norma de cuidado, mas de se aferir a capacidade de motivação em face de deveres impostos diretamente na lei ou resultantes da posição de garantidor. A inserção desses novos elementos na determinação da culpabilidade não implica, todavia, uma modificação essencial na sua estrutura. O que se deve fazer é ajustar os elementos tradicionais da culpabilidade a essa nova realidade normativa.

A imputabilidade, neste caso, deverá ser apreciada como a capacidade de entender e de se autodeterminar em função da violação da norma de cuidado e do dever imposto ao sujeito. Imputabilidade significará, então, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato resultante da violação da norma de cuidado e do não atendimento do dever legal ou decorrente da posição de garantidor, bem como de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.

Integra, também, a culpabilidade a consciência potencial da antijuridicidade, representada pelo conhecimento acerca das exigências objetivas de cuidado, como verdadeiro *dever jurídico*, bem como o conhecimento acerca do *dever de agir* ou *de impedir o resultado*, respectivamente, imposto diretamente pela norma mandamental ou como consequência da posição de garantidor. Assim como se dá com os demais delitos culposos, essa consciência tanto pode ser atual, quanto potencial. Na culpa consciente, vigora

⁹ Com essa conclusão, INGELFINGER, Ralph. «Die Körperverletzung mit Todesfolge durch Untelassen und die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB», *Goldhammers Archiv*, 12, p. 582, 1997.

normalmente o conhecimento atual desses deveres. Na culpa inconsciente, porém, basta que o agente tenha podido reconhecê-los como *deveres legais ou jurídicos*. Nos delitos omissivos impróprios, é de se exigir ainda que o agente tenha podido saber que o resultado era reprovado pela ordem jurídica e, assim, se lhe incumbia o dever de impedi-lo.¹⁰ O desconhecimento desses deveres implica, pois, um erro de mandato, que se resolve pelas regras do erro de proibição. Convém observar, entretanto, que o desconhecimento acerca das condições fáticas que sustentam a posição de garantidor não constitui um erro de mandato, mas sim uma questão que deve ser apreciada no âmbito do tipo de injusto, na caracterização da culpa consciente ou inconsciente. Como nos delitos culposos não se reconhece um tipo subjetivo,¹¹ não há que se cogitar, então, de um erro de tipo, à semelhança dos delitos omissivos dolosos.

Uma vez que nos delitos omissivos culposos o reconhecimento do cuidado objetivo e a evitabilidade da realização do tipo, bem como a previsibilidade do resultado e a sua evitabilidade, estão indissolúvelmente vinculados à norma mandamental, seu exame já é efetuado no âmbito da própria tipicidade, seguindo, neste passo, a proposta de STRATENWERTH.¹² Da mesma forma, não admitem os crimes omissivos culposos coautoria, autoria mediata ou participação.

¹⁰ JESCHECK-WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., 1996, p. 593.

¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*, 3.ª ed., 2009, p. 296.

¹² STRATENWERTH-KUHLEN. *Strafrecht*, AT, 6.ª ed., 2011, p. 307 e 325.

- ABEL, Günter. *...*
 ABRAHAM, Mar...
logie, 2.ª ed...
 ADORNO, Thoma...
 Paulo: Un...
 — 2003: *Neue...*
 ALBERT, Hans...
 ALBRECHT, Peter...
sche Viertel...
 — 2002: *Krimi...*
 ALDOSSER, Carl...
begangenen...
 ANGEHORN, Er...
 APEL, Karl-O...
 Frage ein...
 Main: Sch...
 AQUINO, Thom...
 — ARISTÓTELES...
 ed. Brasil...
 — 1995: *Me...*
 Schriften...
 — 1995: *Nä...*
 phische S...
 — 1995: *Phy...*
 Felix Nic...
 ARZT, Günter...