

O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFPE; Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária e Correspondente Nacional Brasileiro no campo da prevenção do crime e do tratamento de delinqüentes (ONU)

I — A OMISSÃO E O FATO HUMANO

1 — O fato omissivo

O fato, no reino das ciências humanas, difere, essencialmente, do fato das ciências físicas, e a ciência jurídica é uma ciência humana. Como, porém, as ciências físicas e as ciências humanas manifestam uma forma universal que consiste em tratar de **fatos** e empregar **métodos** para tratá-los, existe, entre elas, uma **situação de analogia**. Nesta ordem de idéias, o fato é um aspecto da realidade colhido segundo uma idéia metódica. Sucede, porém, que, enquanto nas ciências físicas, as idéias metódicas mais importantes têm natureza formal, isto é, universal, nas ciências humanas, além das idéias

Trabalho apresentado e discutido no Colóquio de Direito Penal — Rio, preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal — Cairo, 1984 —, e promovido pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro — órgão do Conjunto Universitário Cândido Mendes — e Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal.

metódicas de natureza formal, existem as idéias metódicas de natureza material, ou seja, idéias cujo valor geral e necessário é sempre relativo (STEPHAN STRASSER).

Sem tomar em conta a **situação de analogia**, acima referida, uma primeira corrente de pensamento trata fatos do homem como fatos da natureza. Deste modo, ao deparar com a ação e a omissão, procura **universalizar** as duas formas da conduta humana no binômio vontade e manifestação física da vontade, explicando a ação como um movimento corporal, e a omissão como um **nihil facere**, ou um **aliud agere**. Diante da construção artificial do **nihil facere** e do **aliud agere**, e também sem levar em conta a **situação de analogia**, já referida, uma segunda corrente de pensamento, igualmente dominada pelo **fisicismo** monista, explica a omissão como um **juízo de relação**, uma **criação normativa**, uma **ação esperada**. Pela primeira corrente de pensamento, o fato é desnaturado, e, pela segunda, é simplesmente negado. Veja-se: colocando-se, indevidamente, na essência da ação, uma corporeidade, ou se procura, em vão, no fato omissivo, essa corporeidade, ou se nega, na omissão, pela inexistência dessa corporeidade, a sua própria natureza fatural. Primeira conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão é uma ação; logo, a omissão é corporal. Segunda conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão não é corporal; logo, a omissão não é uma ação.

As dificuldades insuperáveis, com que defronta a investigação da natureza do fato omissivo, têm origem na colocação equivocada da ação humana. Com efeito. Sendo a ação um fato do homem, a sua essência não pode ser explicada pelas ciências físicas, mas precisamente pelas ciências humanas. Deste modo, colocadas ambas, a ação e a omissão, no campo das ciências humanas, observa-se que ambas, em vez de fatos corporais ou físicos, são fatos psicológicos, manifestações da vontade humana, que tanto podem permanecer no mundo interno do homem — tenha-se em mente o **ato de pensar**, como podem objetivar-se no mundo externo da sociedade. No direito, portanto, que pertence ao mundo externo da sociedade, constituem, a ação e a omissão, uma manifestação externa da vontade. Na ação, um **facere**; na omissão um **non facere** (ALBERTO DALL'ORA). Um fazer alguma coisa; um não fazer alguma coisa.

A concepção do fato omissivo como **realização objetivada da vontade** foi apontada como uma variante da **ação esperada**, o que conduz, sem apelo, a uma variante da concepção normativa da omissão (MARIO SPASARI). A crítica, porém, não atinge o alvo, porque se deparam duas coisas distintas — uma primeira, que é o conhecer em que consiste uma ação, e uma segunda, que é o esperar que uma ação seja praticada (GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO). No ato de conhecer, um **juízo de fato**; no ato de esperar, um **juízo de valor**. Fato, **non facere**, valorizado **quod non debetur**.

Se alguém dispunha, por exemplo, de três caminhos para ir de um lugar a outro, e preferiu o percurso desse ou daquele entre os três caminhos

existentes, pode-se afirmar, com segurança, que o percurso dos dois caminhos restantes, conforme um juízo de fato, foi omitido, simplesmente omitido. No exemplo, além da omissão, observa-se outro fato do homem: uma ação que consistiu em percorrer o caminho escolhido. Deste modo, tanto a ação como a omissão foram praticadas conforme um processo seletivo, que implica uma valorização. Ora, se a ação, embora valorizada não se despoja de seu caráter fatural, por que negar-se à omissão, também valorizada, a existência empírica do fato? Seria porque, na omissão, o valor e o fato são incindíveis, inseparáveis? Rigorosamente **não**, porque a mesma incindibilidade, a mesma inseparabilidade, observa-se na ação. Embora inseparáveis, tanto na ação como na omissão, o fato e o valor são perfeitamente **distintos**. Com a **distinção**, portanto, o **juízo de fato** e o **juízo de valor**.

Uma terceira corrente de pensamento repudia a fisicidade do omitir, porque a omissão, sendo omissão de uma ação, conceito **limitativo** e não meramente **negativo**, não é, em si mesma, uma ação (WELZEL). Acontece que existe, também, para a ação, um conceito **limitativo**, porque cada ação praticada implica a omissão de uma ou várias ações quaisquer: assim, quem escala a ingremidade de um monte, não caminha pelas ruas da cidade. Além disso, quando se afirma que a omissão é omissão de uma ação, penetra-se a esfera normativa e não a faturalidade do omitir. Como fato, a omissão não se refere, rigorosamente, a essa ou àquela ação. E se o conceito de omissão não é meramente negativo, é porque nele existe uma negação que busca uma afirmação. Neste passo, deve-se lembrar que, logicamente, a toda negação corresponde uma posição: a mãe que deixa de alimentar o filho para vê-lo morrer pela inanição, põe uma causa para o resultado morte da vítima, causa que é, realmente, uma ação de matar.

Por último, como a ação e a omissão são, essencial e fundamentalmente, fatos do homem, não sendo a omissão outra coisa senão uma forma ou espécie de ação, o que é fundamental na ação é fundamental na omissão. Assim, ação e omissão, fatos do homem, existem no tempo, ao contrário dos objetos, cujo lugar de existência é o espaço (LOUIS LAVELLE).

2 — O nexó causal

Verifica-se, conforme a causalidade lógica, um processo paralelo de oposição entre a causalidade do agir e a causalidade do omitir, porque em ambas, pelo processo hipotético de eliminação, tanto é condição do resultado o **fazer** como o **não fazer alguma coisa** (MEZGER). Ainda do ponto de vista lógico, que tipo de relação existe entre o **não fazer alguma coisa** e o resultado? Uma simples relação de **não impedimento**? Bastaria, deste modo, à realidade, uma pura relação negativa, ou negativista? Pensamos que não, e, antes de tudo, porque a toda negação corresponde uma posição (JUAN ZARAGÜETA), pensamento este que representa o primeiro passo da causalidade lógica para a causalidade real.

Na ordem da argumentação exposta, **deixar de alimentar o próprio filho** tanto pode corresponder à posição **cuidar da saúde do próprio filho pela dieta**, como ao fato positivo **matar o próprio filho pela fome**. Expressiva corrente da moderna doutrina italiana não concebe o nexo causal, na omissão imprópria, a não ser como um simples **não impedir o resultado** (GRISPIGNI, NUVOLONE). Ainda dentro da doutrina italiana, coerente com a correta doutrina de que, na causalidade jurídica, não se exige uma relação de conexão física, afirma-se que não se deve contrapor, à causalidade física da omissão, o fato de não impedir o resultado (PAGLIARO). A observação está certa, mas incompleta, porque, mesmo pela interpretação do CP italiano, não se trata de encontrar, na causalidade da omissão, uma fisicidade, ou uma muscularidade, mas de descobrir, no fato negativo de **não fazer alguma coisa**, o lógico correspondente positivo **fazer alguma coisa**. Deste modo, no exemplo livresco da mãe que deixa de alimentar o próprio filho, com vontade homicida, além de existir o fato negativo, consistente na falta de evitação do resultado morte, existe, com lógica evidente, o fato de que a mãe matou o próprio filho. A causalidade lógica, agora, apela para a causalidade real: resultado, sim, mas resultado de quê?

Ainda no campo da causalidade lógica, acrescenta-se, fala-se, no que respeita à omissão, de uma **causalidade potencial**, de um **processo intelectual hipotético**, de um **juízo hipotético**, enfim. Por esse caminho de entendimento, além dos dois juízos de conteúdo positivo, consistentes no conhecimento causal do autor e na possibilidade de ação, deve-se ter em conta o juízo de conteúdo negativo, que consiste em que o resultado teria sido evitado se o autor tivesse praticado a ação hipotética (PAGLIARO), exigindo-se, no juízo negativo, uma probabilidade nos limites da certeza de que a execução da ação omitida teria evitado o resultado (MAURACH, HELLMUTH MAYER). Sucede que também existe, na causalidade da ação, um juízo hipotético. Com efeito. Se, na omissão, como vimos, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da ação, na ação, por sua vez, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da omissão: no agir, juízo hipotético de negação; no omitir, juízo hipotético de afirmação (GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO). A causalidade lógica, repita-se, também na omissão, apela para uma causalidade real.

Onde, porém, situar a causalidade real da omissão? Certamente que a relação causal, agora em estudo, não pode ser concebida como uma relação física ou mecanicista. Pouco importa, porém, que não o possa, porque, também não se exige, para a causalidade da ação uma conexão física, esse resíduo do velho mecanicismo filosófico e científico do século passado.

Mas, onde situar a causalidade real da omissão? Em primeiro lugar, e isto é fundamental, diga-se que o **físico não esgota o empírico**, a realidade **empírica**, o **real** enfim. São empíricos os fenômenos da experiência externa sensível ou imaginativa (cosmológicos), bem como os da experiência interna (psicológicos) e os da experiência externa e interna ou mistos (sociológicos).

Além disso e para além da realidade natural, existe a realidade artificial que é elaborada pelo espírito com elementos tomados da realidade natural. Deste modo, a formação de conceitos como arte, moral e direito, que se realiza como a dos objetos naturais, pertence à realidade artificial (JUAN ZARAGÜETA). Sobre tais fundamentos, pode-se afirmar que a categoria do **não impedir** é uma categoria empírica, embora não seja uma categoria física ou naturalista (SPASARI, MOURULLO). O que importa, fundamentalmente, é que seja uma **categoria do pensamento e do ser**.

Em segundo lugar, diga-se que o **não impedir** o resultado pressupõe, na cadeia causal, uma condição negativa (ANTOLISEI, MOURULLO). Assim, no fato de deixar a mãe de alimentar o próprio filho, para matá-lo, uma condição negativa foi posta para a causação do resultado morte. Condição tão necessária ao resultado como seriam, exemplificando, as condições positivas de atirar com arma de fogo ou de administrar veneno mortal.

Afirma-se, na doutrina italiana que, no exemplo invocado, causa da morte é o processo orgânico de desnutrição que conduz ao exaurimento das energias vitais, e não o fato da mãe que se conservou inerte (PETROCELLI). Ora, o processo orgânico, a que se refere a doutrina citada, ao invés de causa, é resultado, e precisamente o resultado **morte**, cujo desenvolvimento fisiológico dá lugar, segundo a tanatologia, à morte súbita ou agônica, não se devendo esquecer que, rigorosamente, “toda morte, ainda que repentina, não deixa de ser precedida por agonia, fugaz que seja” (FLAMINIO FAVERO). Afirmar, no exemplo em estudo, que a inércia da mãe não é causa da morte do filho, **sit venia verbo**, é como dizer que a causa da morte, por envenenamento, não é a administração do veneno, mas o processo fisiológico do envenenamento.

Pouco importa se objete não existirem, no campo das ciências naturais, as chamadas condições negativas. E não importa: primeiro, porque os fatos humanos não podem ser concebidos dentro dos precisos quadros da ciência natural; segundo, porque se depara uma questão de natureza também filosófica e, filosoficamente, defensável — **the conditions of phenomena include negative as well as positive circumstances** (BAIN); terceiro, porque, entre as ciências naturais de um lado, e a filosofia de outro, a ciência humana inclina-se, por essência, para a filosofia; e, quarto, porque, na dinâmica causal das condições, as condições negativas correspondem, necessariamente, a determinadas condições positivas.

Todavia, mesmo sem recorrer ao conceito filosófico da condição negativa, para introduzi-lo no campo da omissão, mesmo assim se descobre, à luz de uma apurada reflexão, que o nexa causal do fato omissivo situa-se na esfera da causalidade real, não podendo, conseqüentemente, ser negado sobre o fundamento de que a causalidade não pode ser colocada num **Irrealis Plusquamperfecti** (ARTHUR KAUFMANN). Com efeito vimos, acima, que os fenômenos sociais são fenômenos empíricos e mistos de experiência externa e interna. Sendo fato social, a omissão é um fenômeno empí-

rico, misto de experiência externa e interna. Empírico, reafirma-se, não como conceito estrito de força física (ANIBAL BRUNO), mas como conceito **material**. Com tais argumentos, a omissão não é um **nullum fatual**. Pelo contrário: a não atividade é **conditio sine qua non** do evitamento da ação do resultado abstida, e o evitamento, por sua vez, é a causa da produção do resultado (BAUMANN). No exemplo explorado, da mãe e do filho, a inércia condiciona a não alimentação e a não alimentação causa o resultado morte.

Agora, pergunte-se, por que negar posição ao fato omissivo, na chamada causalidade material? Por que, na omissão, substituir a causalidade pela não evitação do resultado, ou, o que dá no mesmo, por que reduzir essa causalidade a essa não evitação do resultado?

A negação da causalidade da omissão repercute, naturalmente, em toda a estrutura jurídica do crime. Efetivamente. Sem o nexu causal do fato omissivo, crimes de resultado são punidos sem a causação do resultado, surgindo, como conseqüência, a estranha categoria de crimes de simples não atividade (BAUMANN). **Pulchra (?)**, Nova, **Falsa categoria**.

II — A OMISSÃO E A NORMA JURÍDICA

1 — O fato normativo

A omissão, como fato humano real, como ação do homem na sociedade, ao penetrar o mundo dos valores, recebe uma disciplina normativa. E ao ser valorizada por uma ordem normativa, seja de decoro, de moral, de religião, ou de direito, torna-se uma realidade fatual normativa. Deste modo, todas as omissões, como também todas as ações, jurídico-penalmente relevantes, são fatos normativos, ou seja, são ações e omissões disciplinadas no direito penal. As vezes, acrescenta-se, o fato empiricamente único tanto pode ser considerado ação como omissão, tudo dependendo do giro de linguagem em que está normativamente disciplinado. Assim, enquanto nos artigos 150 e 614, respectivamente, do Código Penal brasileiro e do CP italiano, segunda parte do tipo penal da violação de domicílio, o **permanecer** e o **si trattiene** constituem ação em sentido estrito (VANNINI, ANTOLISEI), no § 123 do CP alemão, que corresponde ao mesmo tipo penal de violação de domicílio, segunda parte, o **sich nicht entfernt** constitui omissão (JESCHECK).

Tradicional a classificação da omissão em **própria** e **imprópria**. Como os imperativos jurídicos são negativos e positivos, os fatos praticados por ação violam normas proibitivas, e os fatos praticados por omissão violam normas preceptivas. Enquanto, na omissão própria, viola-se um dever jurídico de atuação, na omissão imprópria, viola-se o dever jurídico de atuação como fonte de um dever jurídico de proibição. Alguns autores (MAURACH) entendem que, na omissão imprópria, os dois deveres são violados, o proibitivo e o preceptivo. Outros autores (JESCHECK) entendem que, na omissão imprópria, assim como acontece na omissão própria, um só dever é violado

— o preceptivo —, pelo que melhor seria classificar a omissão em simples e qualificada. Como foi dito acima, na omissão imprópria, violenta-se a norma proibitiva de causação de um resultado, porque os tipos penais dos crimes de resultado são *construídos sobre os fundamentos do valor do resultado*, quer este seja de dano, quer seja de perigo.

A omissão própria está explicitada na lei, quer num tipo de omissão, quer num tipo misto de comissão e omissão. A omissão imprópria está implícita nos tipos de crimes de resultado, e, algumas vezes, encontra-se explícita num tipo a ela destinado.

Um destaque particular merece a omissão imprópria. É que nos crimes comissivos por omissão, além do *dominium*, o poder sobre o fato, existem deveres jurídicos especiais de não causar o resultado. Tais deveres emanam da posição de *garantidor* do bem jurídico protegido, fazendo com que a omissão imprópria seja um *crime próprio* de determinadas pessoas.

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

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

A técnica da indicação analítica das fontes do dever jurídico, nos crimes de omissão imprópria, tem a vantagem de oferecer, ao intérprete, meios de investigação. Expõe-se, contudo, ao perigo de alcançar fatos que não deveriam ser alcançados. Haja vista à legitimidade ou ilegitimidade do perigo antecedente e ao contrato nulo ou anulável. Além disso, pode prejudicar a dinâmica da jurisprudência e da doutrina.

A técnica de considerar a omissão, ao lado da ação, como causa do resultado, ou como obrigação de impedi-lo, não se compadece com a natureza do crime próprio. Sendo a omissão imprópria um crime próprio, é preciso, portanto, que a lei diga **próprio de quem**. Deixar o problema para a jurisprudência e a doutrina, excedendo o alcance de doutrina e jurisprudência, gera um perigo para a justiça e para os direitos individuais.

A técnica de indicação sintética do dever jurídico tem força limitativa, mas não é precisa na indicação da posição de garantia nos tipos penais. Nesta técnica, a presença de uma cláusula de equivalência ou correspondência é condenável, porque pode deixar ao juiz um poder discricionário exagerado (BAUMANN).

Procurando-se fazer uma comparação entre as quatro técnicas mencionadas, pode-se afirmar que a técnica analítica e a da construção dos tipos gerais de omissão, na Parte Especial, são preferíveis às duas últimas técnicas mencionadas. Como, porém, todas elas padecem de defeitos inegáveis, pode-se sugerir, para discussão, uma variante da primeira técnica de fixação, na lei, dos limites da omissão imprópria. Sem explanação discursiva, fundaria essa técnica um artigo e três parágrafos do modo que segue:

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

§ 1º — A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º — A omissão é relevante como causa quando o omitente tinha o dever legal de evitar o resultado.

§ 3º — A pena pode ser atenuada.

O dever legal emanaria da lei em amplo sentido, como na hipótese da mãe que mata o filho, privando-o de alimentação, e da própria lei penal que tipifica, **expressamente**, na **Parte Especial**, os crimes de omissão imprópria. A pena poderia ser atenuada, para a hipótese da lei em sentido amplo, porque a omissão é menos grave do que a ação em sentido estrito, quer como fato material, ao contrário do que pensam alguns autores (RODRIGUEZ DEVESA, IVO CARACCIOLI), quer como fato culposo, quer quanto à periculosidade do agente (KISSIN, GIUSEPPE GUARNIERI). Muito oportuna a observação de que os crimes de omissão se acham, freqüentemente, fora do âmbito da consciência ética geral (JESCHECK).

A presente tese, em essência de origem alemã (GRUNVALD, ARMIN KAUFMANN, BUSCH, SCHÖNE, BOCKELMANN), exige um complexo trabalho legislativo, mas é a que, sem sombra de dúvida, corresponde ao prin-

cípio da reserva legal e ao Estado de Direito (GIOVANNI GRASSO). Merece, portanto, debate e discussão.

Como fato, a omissão requer o **dominium**: quem está no Rio de Janeiro não pode evitar, no Recife, a queda de uma criança. O **dominium**, que abarca uma complexidade de fatos, condiciona, materialmente, a conduta omissiva. Como fato, ainda, implica uma existência no tempo, e, sob determinadas condições temporais, deve ser investigada no preciso momento em que foi praticada. Fato instantâneo? Fato permanente? — Ainda pelo decurso do tempo, por condições temporais, portanto, é que se pode investigar, por um lado, a consumação e a tentativa, e, por outro, a desistência e o arrependimento eficaz. No que se refere à tentativa, pode-se afirmar que não existe na omissão própria, e, se, porventura existisse, daria lugar, unicamente, à desistência voluntária e nunca ao arrependimento eficaz. Já na omissão imprópria, é concebível a tentativa. Como, na omissão imprópria, verifica-se a causação do resultado, diz-se que, nos crimes comissivos mediante omissão, a desistência consiste em um fazer, em um ato positivo. Assim, no exemplo da mãe que deixa de amamentar o filho para matá-lo, a desistência de prosseguir na execução do crime consiste, precisamente, no ato de amamentá-lo, de alimentá-lo. E, por outro lado, no exemplo do pai, que deixa o filho envenenar-se e depois o socorre com um antídoto, vê-se uma hipótese de arrependimento incapaz (VANNINI). No primeiro como no segundo exemplo, em que pese à lição da doutrina, o que ocorre, realmente, é o arrependimento eficaz. No primeiro exemplo, a mãe que resolve alimentar o filho impede, também, o resultado morte, ou lesão corporal da vítima. Tanto faz impedir o resultado danoso ao filho, que está a **morrer pela fome**, como ao filho que está a **morrer pelo veneno**. Na primeira como na segunda hipótese, no momento em que se inicia a **omissão executiva**, começa, também, a produção do resultado. Logo: arrependimento eficaz pelo impedimento do resultado em ambas as hipóteses. Por fim, deve-se manter, na omissão imprópria, o princípio francês do **commencement de l'action**, válido na tentativa por ação.

Sendo o fato omissivo uma manifestação da vontade, o elemento subjetivo da omissão é a própria vontade. Deste modo, temos: 1) a manifestação da vontade como elemento objetivo da omissão; e 2) a vontade manifestada como elemento subjetivo da omissão. O elemento subjetivo da ação e o elemento subjetivo da omissão, portanto, enraízam-se na vontade do homem. Tanto na ação, como na omissão, presente está a consciência e presente a vontade. Negar à omissão o caráter de **vontade**, reduzindo-a a um **omitir consciente** (ARMIN KAUFMANN, WELZEL), é um exagero da concepção finalista da ação, que concebe a vontade como **vontade de realização orientada a um omitir**. Ora, a vontade, como fenômeno psicológico, é vontade de alguma coisa, e não vontade para alguma coisa.

Por consequência, no dolo, na culpa, na culpabilidade e na consciência da antijuridicidade, os princípios fundamentais são os mesmos para a ação e para a omissão. Detalhes, apenas, que dizem respeito à natureza das duas

formas básicas da conduta humana, e nunca incompatibilidade ou diferença essencial entre o dolo ou a culpa, da ação, e o dolo ou a culpa, da omissão; entre a culpabilidade dolosa e a culpabilidade culposa. A não ser para a teoria finalista da ação, que afasta o dolo da culpabilidade, colocando nesta a consciência da antijuridicidade, comuns são os princípios em que se apóia o tratamento jurídico-penal dos elementos subjetivos da ação e da omissão.

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

2 — A responsabilidade penal

A legislação penal brasileira, desde o **Código Criminal de 1830**, vem consagrando, expressamente, um dispositivo para o crime de omissão. Assim preceitua o Código Criminal:

Art. 2º — Julgar-se-á crime ou delito:

§ 1º — Toda a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.

Sobre a omissão no Código Criminal, **TOBIAS BARRETO** escreveu, nos princípios da segunda metade do século XIX, uma monografia intitulada **Dos Delitos por Omissão**, que pode ser lida hoje como se hoje tivesse sido escrita.

O Código Penal de 1890, por sua vez, prescreve:

Art. 2º — A violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitui crime ou contravenção.

Estudando a **ação ou omissão**, no **Código Penal da Primeira República**, nos começos do segundo quartel do presente século, **ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA**, escreve estas palavras de admirável atualidade científica:

“A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corpóreo. Pode, porém, igualmente, se manifestar pela ausência ou falta de um movimento dessa natureza. Daí o dualismo entre a ação e a omissão. A distinção é simplesmente terminológica. A omissão não representa coisa diversa da ação: é apenas uma modalidade desta. A ciência e a prática estão de acordo nessa equiparação.”

O Código Penal de 1940, hoje vigente, dispõe sobre a omissão desta maneira:

Relação de causalidade. Art. 11 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu

causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de

causa independente. Parágrafo único — A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Os dois maiores estudiosos do Código Penal de 1940 são NÉLSON HUNGRIA e ANÍBAL BRUNO, ambos falecidos. Entre os juristas vivos, cite-se HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que introduziu, em obra geral sobre o Código Penal brasileiro vigente, a sistemática da moderna doutrina finalista, e a JOÃO BERNARDINO GONZAGA, que escreveu uma obra intitulada **O Crime de Omissão de Socorro**, cuja introdução está destinada ao estudo do fato material do crime.

A partir do ano de 1962, começa-se a fazer o estudo da reforma penal brasileira, cujo histórico não cabe no presente trabalho. Para a reforma penal, no Brasil, algumas considerações podem ser feitas, agora, no que concerne à responsabilidade penal por omissão. Considerações de Política Criminal.

Diante das transformações sociais e econômicas do mundo atual, a ordem normativa jurídico-penal não pode permanecer indiferente. Algo deve ser mudado na própria **estrutura** do direito penal. E medidas podem ser tomadas para atender aos reclamos da **conjuntura**. Deste modo, dinamiza-se o **estrutural** e reflete-se, criativamente, o **conjuntural**.

Em primeiro lugar, defensável é a tese de aumentar o número de hipóteses de fatos omissivos, quer próprios, quer impróprios. A tipificação dos crimes de omissão imprópria representa um hábil expediente para o atendimento do aumento em questão. Novas obrigações, com o aumento da tipificação de crimes omissivos, surgirão, quer sejam dirigidas a pessoas particularmente qualificadas, quer sejam dirigidas a todas as pessoas. Para a primeira hipótese, o mundo moderno, e o Brasil em particular, está a exigir maiores deveres dos homens públicos e de negócios, dos profissionais liberais e dos técnicos especializados. Para a segunda hipótese, lembre-se a necessidade de um tratamento mais acirrado, no campo da omissão, dos atos praticados na circulação de veículos.

Para a defesa dos interesses gerais e econômicos, não parece ser oportuna, pelo menos dentro da tradição jurídica brasileira, a responsabilidade penal das sociedades, das pessoas jurídicas. Penalmente, devem responder os seus sócios pela culpa porventura cometida. Para a sociedade, para a pessoa jurídica, as sanções jurídicas extrapenais parecem ser suficientes. Apenas deve-se fazer uma revisão, diante da nova ordem econômica, para o aprimoramento e a eficácia dessas sanções jurídicas extrapenais.

Em segundo lugar, com o alargamento da função do direito penal, devem-se ter em vista duas condições fundamentais: 1ª) conservação da dignidade do direito penal dentro da sociedade; e 2ª) atendimento das necessidades sociais presentes pelo direito penal. Pela primeira condição, o direito penal, tendo um valor categórico e não meramente hipotético, deve manter o seu alcance e a sua limitação no combate ao crime, não devendo, por isso mesmo, transformar-se em instrumento para a consecução de fins sócio-econômicos. Pela segunda condição, o direito penal não deve ser considerado apenas como um direito de proibições. Ao lado e para além dessa sua histórica função negativa e proibitiva, deve ele ser valorizado como protetor de bens do homem, assumindo uma função positiva e propulsiva dos valores sociais e humanos. A obrigação de agir, que emana dos tipos penais de omissão, desempenha uma função de primeira ordem na atividade propulsiva e protetora de bens jurídicos do direito penal.

Por último, para o Estado, como órgão do direito, devem ser estabelecidos limites precisos de modo a torná-lo um Estado liberal e social, ou seja, um Estado de Direito. Além de garantias constitucionais e processuais penais, principalmente no que respeita aos direitos humanos, quatro dogmas fundamentais, no direito penal, não podem ser violentados ou descuidados: o dogma da reserva legal, o dogma do bem jurídico, o dogma da ação e o dogma da culpabilidade. Pelo dogma da reserva legal, que impede a analogia, devem-se evitar, o quanto possível, os chamados tipos penais abertos. Pelo dogma do bem jurídico, que deve caracterizar-se pela precisão, devem-se combater os dogmas políticos, pretensamente fundamentados em exigências sociais e históricas, cujos caminhos sacrificam a certeza do direito e o valor da justiça nos altares do oportunismo e das circunstâncias adversas juridicamente vencíveis. Pelo dogma da ação, resguarda-se a intimidade e a liberdade da pessoa humana, evitando-se a persecução penal da opinião e do pensamento. O dogma da culpabilidade, limitando-se, subjetivamente, aos fatos penalmente insuportáveis, traça uma linha divisória entre a moral e o direito, deixando ao homem um largo campo de atividade, na ordem social, sem a preocupação e a ocupação com deveres ilegítimamente impostos pela ordem do Estado.

Como conclusão, diga-se que as novas necessidades sociais e humanas, os fatos que constituem a tessitura da sociedade de novos dias podem e devem ser protegidos ou combatidos, sob o aspecto penal, conforme os princípios de direito que recebemos do passado, conquistas perenes do espírito que devem ser fortalecidas pela vida, porque as raízes do verdadeiramente novo são as mesmas raízes destes princípios e destas conquistas(*).

(*) A conclusão, acima, é a mesma da aula inaugural do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito do Recife, que demos no ano de 1967, e que foi publicada sob o título "Tendências do Direito Penal Contemporâneo", na Revista Acadêmica, LXIV, Recife, 1968, 75 a 88.