BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DELITOS OMISSIVOS

Artur de Brito Guerreiros Souza*

1. Introdução: O dever geral de agir; 2. Da causalidade na omissão; 3. Crimes omissivos próprios; 4. Crimes omissivos impróprios; 5. A figura do garantidor; 6. Notas; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução: o dever geral de agir

Como todos sabem, o comportamento humano não se esgota num exercício ativo final, compreendendo, também, um lado passivo, constituído pela omissão. Este aspecto passivo da conduta humana será penalmente relevante quando confrontado com uma norma que lhe exige a realização de determinada atividade. Conforme as lapidares palavras de Mezger: Sem a "ação pensada (*esperada*) não é possível falar de omissão em sentido jurídico. E através dela obtém a teoria do delito de omissão sua firme base."¹

Desse modo, a conduta regulada pelo Direito Penal pode ser tanto um fazer como um não fazer. No primeiro caso, a norma impõe uma abstenção e a sua violação, por parte do agente, dá margem ao crime comissivo; no segundo, a norma estabelece o dever de agir, e a não realização de tal comportamento faz surgir o crime omissivo. Nesse sentido, pode-se afirmar que o "Direito Penal não contém só *normas proibitivas*, mas, igualmente, ainda que em menor medida, *normas imperativas* que ordenam ações cuja omissão pode produzir efeitos socialmente nocivos. A infração destas normas imperativas é o que constitui a essência dos delitos de omissão."²

Saliente-se, por oportuno, que, embora a doutrina do Direito Penal tenha procurado, ao longo da História, elaborar um conceito de conduta suficientemente amplo de ação que pudesse também abrangar a omissão, é certo que, desde os ensinamentos de Radbruch (1904), firmou-se o entendimento de que

ação e omissão não são categorias homogêneas ("A" e "B"), mas, na verdade, heterogêneas ("A" e "não-A"), sendo, a primeira, *ontológica* e, a segunda, *axiológica* (valorativa), impossíveis de serem reduzidos ao mesmo denominador, o que exigiria um detalhamento da estrutura do tipo omissivo.³

Para o Direito Penal, duas são as espécies de omissão: condutas *omissivas próprias* e *impróprias*. A primeira é realizada por intermédio da simples abstenção de uma ordem contida num tipo incriminador, não se lhe atribuindo nenhum resultado. Trata-se de modalidade de *delito de mera atividade*.

Exemplo: *Deixar um médico de noticiar à autoridade pública sanitária o fato de que um paciente seu é portador da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS. Tal fato tipifica o delito de omissão de notificação de doença (art. 269, do CP).*

A segunda espécie é a dos *delitos comissivos por omissão*, que são aqueles em que a omissão consiste na violação de um específico dever jurídico de agir para evitar determinado resultado.

Exemplo: *Omitir-se no tocante à alimentação do próprio filho de tenra idade, objetivando, desta sorte, sua morte por inanção.*

Numa palavra, em ambas (omissão própria e omissão imprópria) há um *dever de agir* imposto pelo Direito. A distinção está em que, na omissão pura, esse dever é geral, ou seja, imposto indistintamente a todos que se encontrem diante do caso concreto (o chamado *dever legal de assistência*). E, na omissão imprópria, o dever de atuar decorre de uma situação especial tal que obriga o sujeito a afastar o resultado (o chamado *dever de impedir o resultado*).⁴

Deste modo, se "A" e "B" assistem o terceiro "C" esvair-se em grande quantidade de sangue, na ciclovía, em virtude de um profundo corte na cabeça decorrente de uma queda acidental de bicicleta, sendo "C" filho de "B", abstrando-se, ambos, de qualquer providência pertinente, "A" praticará delito de omissão de socorro (art. 135, CP) enquanto "B" o delito de homicídio ou lesão corporis grave (arts. 121 ou 129, CP), conforme o caso.

Através dessa noção, percebe-se que a *omissão penalmente relevante é aquela que desatende o comando normativo que espera o atuar para proteger determinado bem jurídico*. O mero não fazer desvinculado da norma jurídica, ainda que afrontoso de preceitos morais, éticos ou religiosos, é penalmente irrelevante. Disso decorre a necessidade de se partir da norma jurídica para conhecer o dever jurídico de agir desatendido pelo comportamento omissivo. Conforme expresso por Heleno Fragoso: "O conceito de omissão é essencialmente normativo. No plano ontológico existem apenas ações. A omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida; refere-se à ação ordenada e se situa em plano distinto ao desta."⁵

2. Da causalidade na omissão

Como visto, tratando-se de um conceito normativo, não se considera apropriado falar na existência de uma *relação de causalidade física* (material) entre a omissão e o resultado, visto que, como é de conhecimento geral, "do nada, nada surge" (*ex nihilo nihil fit*). Como dito por Néelson Hungria, querer demonstrar que a omissão é *mechanicamente causal* equivale a querer provar a "quadratura do círculo".⁶

Por sua vez, após discorrer sobre as teorias que, no passado, tentaram justificar um nexo causal na omissão, Jescheck conclui que "hoje se rechaça majoritariamente uma causalidade na omissão no sentido de uma produção real do resultado. A causalidade requer, como categoria do ser, uma verdadeira fonte de energia que seja capaz de iniciar o desencadeamento de forças, e isto falta precisamente na omissão."⁷

Em razão dessa constatação, não teria obrado bem o legislador brasileiro ao dispor no artigo 13, *caput*, segunda parte, do CP que se consideraria causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Ora, ao equiparar a omissão à ação como condição do resultado, aquele dispositivo legal aproximou-se justamente de um conceito natural ou mecanicista da omissão. Tal proceder, como visto, é rechaçado pela doutrina mais atualizada.

De forma diametralmente oposta, o § 2º, do mesmo artigo 13, elige um *conceito normativo* sobre a omissão, consistente na violação do dever de evitar o resultado. Ao analisar a citada contradição, Damásio de Jesus afirma que "ou a omissão é causa, como condição negativa do resultado, ou só é relevante como causa nas hipóteses em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado."⁸

Diante dessa questão, fez-se a citada opção por um critério normativo de responsabilidade do omitente, considerando, portanto, como fator decisivo para a imputação, não uma relação causal física, mas, sim, uma relação jurídica de *não-impedimento do resultado*. Conforme lecionado por Cesar Bicencourt, "na omissão não há o nexo de causalidade, há o nexo de *não-impedimento*". A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não-impedimento e não pela sua causação. E esse *não-impedimento* é erigido pelo Direito à condição de *causa*, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato."⁹

Saliente-se, contudo, que a relação de não-impedimento só é decisiva para a tipificação do crime comissivo por omissão, uma vez que, no omissivo puro não há que se falar em relação entre determinada conduta e o resultado, pois o último é despicendo, já que o fato se amolda direta-

mente no tipo definidor da conduta omissiva. Trata-se, pois, de um puro exercício de tipicidade.

Acidentalmente, vale dizer, quando o crime omissivo próprio contiver formas qualificadas em razão de um evento desvalioso, poderá, ai sim, surgir a necessidade de verificação da relação de não-ocorrência entre a abstenção anterior e o resultado superveniente. Na forma exposta por Birencourt, "como essa majorante representa um resultado material, é indispensável comprovar a relação de causalidade (de não-impedimento) entre a omissão e o resultado ocorrido."¹⁰

Exemplo: ao não socorrer uma pessoa prestes a despenhar de um barranco e, tampouco, pedir socorro às autoridades públicas, o sujeito incorre no crime de omissão de socorro (art. 135). Entretanto, se a vítima, de fato, cai e fica gravemente ferida ou mesmo vem a falecer, o sujeito responderá pela forma qualificada do parágrafo único do artigo 135, comprovando-se que, caso tivesse atuado, não se verificariam as lesões ou não ocorreria o resultado morte.

Ressalte-se, por fim, que do ponto de vista *probatorio* a relação de não-impedimento exige o enfrentamento da seguinte indagação: a conduta omitida teria evitado o resultado? Tratando-se de um juízo hipotético, a resposta positiva somente irá surgir caso se funde em *certeza* ou em *alta probabilidade*, próxima da certeza.¹¹

3. Crimes omissivos próprios

Conceitua-se crime omissivo próprio (ou puro) como sendo aquele que se perfaz com a simples abstenção que viola o dever legal de agir previsto na norma penal incriminadora. Conforme adiantado, cuida-se de delito de mera conduta, sem resultado naturalístico, onde o legislador se contenta com a desobediência à norma mandamental, sendo desnecessária, pois, a verificação material de qualquer evento.

Em regra, os delitos omissivos puros são *crimes de perigo* e podem ser identificados pelos tipos penais que têm como núcleo a expressão "deixar de". Além das hipóteses da omissão de socorro (art. 135) e omissão de notificação de doença (art. 269), já relatadas, o Código Penal contém outras incriminações omissivas puras: apropriação indébita previdenciária (art. 168-A); abandono material (art. 244); abandono intelectual (art. 246); condescendência criminosa (art. 320); e não-cancelamento de restos a pagar (art. 359-F).¹²

Existem, por outro lado, normas penais cujas dinâmicas possibilitam ser vulneradas através de comportamentos omissivos ou comissivos, como, por exemplo, o crime de desobediência (art. 330, CP), que "pode ser perpetrado

mediante omissão, quando a ordem desobedecida impõe uma ação, e também por ação, quando a ordem emanada dita uma abstenção de agir."¹³

Sob um outro enfoque, a doutrina também reconhece a figura omissiva própria aparecendo ao lado de modalidades comissivas do mesmo fato delituoso, na forma de crimes misto alternativos. Assim, *in* g.º, o crime de prevaricação (art. 319, CP), cujo objeto material "ato de ofício" pode ser violado tanto com o "retardar" (conduta comissiva) como com o "deixar de praticar" (comportamento omissivo).¹⁴

O aspecto *objetivo* do tipo omissivo próprio pressupõe a atividade cumpridora do dever, transgredida com a inação ou a realização de ação diversa da exigida, e a constatação da possibilidade concreta de ação. Sob o ângulo *subjetivo*, o dolo exige do sujeito o conhecimento tanto da situação típica como da possibilidade real de intervenção, a qual ele desatende de maneira voluntária, direta ou eventualmente.

A culpa *stricto sensu* geralmente não é prevista nos crimes omissivos próprios.

Nesse sentido, nosso Código Penal e a legislação penal especial só prevêem delitos omissivos próprios *dolosos*. Entretanto, nada impede, dogmaticamente, a construção de delitos de natureza *culposa*, conforme os exemplos compilados por Muñoz Conde: atuação negligente sobre a falta de gravidade de uma situação típica de socorro ou, ainda, na falta de adoção das cautelas devidas na execução da ação mandada.¹⁵

Quanto à *antijuridicidade* e à *culpabilidade* da omissão própria, ultrapassadas as tipicidades objetiva e subjetiva, são as mesmas examinadas sob os mesmos parâmetros dos crimes comissivos, não apresentando, portanto, quaisquer peculiaridades dignas de nota.

Por sua vez, a *reativa* no crime omissivo próprio está categoricamente afastada, uma vez que se trata de delito unissubsistente (delito com um único ato executório). Vale dizer, o momento executivo da omissão não é fracionável: ou bem o sujeito atua até o último instante possível, e estaremos diante de um indifferente penal, ou se omite, e o crime restará consumado.

Da mesma maneira, não há *co-autoria* ou *participação* possível em crime omissivo próprio. Conforme o conhecido exemplo de Armin Kaufmann, "se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão."¹⁶

Por fim, de acordo com os ensinamentos de Heleno Fragoso, se "alguém, pela violência ou ameaça, impede a ação devida, praticará crime comissivo,

tendo em vista o resultado. Não há autoria mediata em crime omissivo. A *instigação*, igualmente, é ação e se resolve segundo os critérios dos crimes comissivos.¹⁷

Exemplos: *Mediante o emprego de violência física ou moral, o agente impede que outrem preste socorro a uma pessoa em estado perigoso, por nutrir dolo desta última. No caso, o agente responderá por crime comissivo. Havermos, igualmente, crime comissivo, no caso de o agente instigar aquele preter a efetuar o suborno a não prosseguir neste intento.*¹⁸

4. Crimes omissivos impróprios

Os crimes de omissão imprópria (também denominados comissivos por omissão ou omissão qualificada) são aqueles que se perfazem quando o omissor, pela posição especial em que se colocou, não evita a produção do resultado a que estava obrigado a impedir. Para essa categoria delitiva a lei não impõe ao sujeito apenas o dever de motivar-se, mas, sim, o dever de atuar para impedir a ocorrência do evento desvalioso. Trata-se, conseqüentemente, de modalidade de crime material, isto é, de resultado.

A grande característica dos crimes omissivos impróprios reside no fato de que a figura típica descreve, a princípio, uma conduta comissiva. Todavia, implicitamente, isto é, juntamente com a norma que impõe a abstenção do comportamento lesivo ao bem jurídico, há uma outra que exige daqueles que se encontram numa determinada relação especial para com o bem jurídico, que atuem para impedir a ocorrência do resultado.

Nesse sentido, enquanto na omissão própria a tipicidade se opera através de uma única norma penal (incriminadora), no crime comissivo por omissão faz-se necessária uma segunda norma para a aferição da tipicidade de determinada instigação. Segundo a lição de Cezar Bicencourt, esta "segunda" norma tem por função indicar o seletor grupo de pessoas que por razões previamente dadas encontram-se obrigadas a agir para obstar o evento. Esses indivíduos, especialmente vinculados com determinados bens jurídicos, são chamados de *garantidores* que, segundo Sauer, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo Direito.¹⁹

5. A figura do garantidor

Relevas considerações sobre os delitos omissivos

A definição da posição de garantidor ou *garante* foi objeto de acesa discussão doutrinária desde a obra de Feuerbach, notadamente em função da inexistência legal de critérios definidores dessa condição jurídica. Na ausência da lei, a doutrina se encarregou de estabelecer os parâmetros ensajadores daquele dever de atuar, tendo Mezger, baseado na jurisprudência e em normas consuetudinárias, distinguido as seguintes situações para a punibilidade do omissor: a) *fundamentação imediata do dever em virtude de um preceito jurídico (lei)*; b) *fundamentação do dever por especial aceitação (negócio jurídico ou contrato)*; c) *fundamentação por um fazer precedente (ingerência).*²⁰

Releva salientar que, no Brasil, o Código Penal de 1940 nada dispunha sobre as fontes originadoras da posição de garantidor. Por outro lado, a Parte Geral de 1984 passou a indicar, no § 2º, do artigo 13, sob a rubrica *relevância da omissão*, os casos em que o agente se investe na posição de garantidor. *Verbis*: "A omissão é penalmente relevante quando o omissor devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

A triade "lei, contrato e ingerência" firmou-se, pois, tanto na doutrina como na generalidade das leis penais.

Por outro lado, antes de se adentrar no exame pormenorizado de cada figura do *garante*, faz-se necessário registrar, primeiramente, a impropriedade da expressão "relevância da omissão" (art. 13, § 2º), direcionada, *in casu*, para os crimes omissivos impróprios, pois o legislador parece olvidar que há igual "relevância" nas hipóteses de crimes omissivos próprios, conforme a explanação acima realizada.

Saliente-se, ainda, que há quem critique a escolha de se regular na Parte Geral do CP a definição dos crimes omissivos impróprios, uma vez que, tratando-se de hipótese de *tipo penal aberto*, cujo conteúdo — o dever de agir imposto ao garantidor — é "fechado" pelo juiz, no exame do caso concreto, poder-se-ia estar vulnerando o princípio da legalidade: *nulum crimen nulla poena sine lege certa*. Nesse sentido, alguns autores sustentam, tal como ocorre com o crime culposo, que se deveria adotar a fórmula de construir, na Parte Especial do CP, específicas figuras de omissão imprópria.²¹

Todavia, a orientação assumida por nosso legislador de englobar, num tipo único e aberto da Parte Geral, as hipóteses de crimes comissivos por omissão, parece estar em sintonia com a tendência verificada nos Códigos Penais mais

modernos.²² Ademais, conforme a lição de Fragozo, a “princípio, todos os crimes commissivos podem ser praticados por omissão. Excluem-se somente aquelas cuja ação típica envolve, necessariamente, um comportamento ativo, como por exemplo, a bigamia (...).”²³

Feitas tais considerações, passemos a analisar as fontes do garantidor.

A primeira delas é estabelecida diretamente pela lei, que impõe a determinadas pessoas a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância de outras. Nesse sentido, a lei civil, quando cuida do *direito de família*, regula o dever de assistência dos pais em relação aos filhos (arts. 1.596 e 1.634, I e II, do Código Civil) ou entre os cônjuges (arts. 1.566, III e IV, e 1.568, do mesmo diploma legal). Igual obrigação incide sobre o médico, no sentido de atender os pacientes que se encontram, por exemplo, acidentados, uma vez que “o médico tem essa especial função de garantia a não-superveniência de um resultado letal, e esse dever lhe é imposto por lei.”²⁴

A segunda hipótese é a de quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. No passado, a doutrina entendia que essa fonte provinha do contrato ou do *negócio jurídico*. Posteriormente, chegou-se ao conceito de não se limitar à figura do contrato, com as formalidades próprias do direito privado – onde, inclusive, poder-se-ia discutir a “validade” do contrato –, uma vez que a essência dessa fonte é a *assunção voluntária da missão de garantir* e essa assunção pode se dar formal ou informalmente (até mesmo com um simples gesto positivo ou acenar a cabeça).

Nesse sentido, Heleno Fragozo assevera que o “dever de garantidor não se confunde com o dever contratual, sendo indiferente às limitações que surjam do contrato, inclusive à validade jurídica deste. É indispensável e suficiente que o agente tenha assumido a posição de garantidor, mesmo que a isto não o obrigue o contrato.”²⁵

Exemplos: 1) *Guia de excursão que se compromete a levar determinados estudantes até o cure de uma famosa montanha, resolve abandoná-los. Perdidos no meio da perigosa trilha da montanha, um dos estudantes escorrega e cai fatalmente num abismo existente na rocha.* 2) *Engenheiro que, após concordar com uma colega de ficar além do horário de trabalho no hospital, deixa de ministrá-lo o remédio indispensável à saúde de certo paciente, decorrendo, desse fato, a morte deste último.* 3) *Transcurente que, com um aceno de cabeça, aceita tomar conta de uma criança que está no alto da escadaria de um prédio, enquanto o pai dá membra busca uma rápida informação na recepção daquele edifício, vindo a criança a precipitar-se pelos degraus, falecendo por traumatismo craniano. Nos três episódios, o*

garantidor responderá por homicídio doloso ou culposo, conforme tenha atuado com dolo (direto ou eventual) ou culpa (consciente ou inconsciente).

A terceira fonte da posição de garantidor compreende os casos em que o agente, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. No caso, a responsabilidade origina-se da atuação precedente que cria ou acentua um estado de perigo para o bem jurídico. Trata-se do *princípio da ingerência*. Pouco importa que esse comportamento tenha sido doloso ou culposo. Em qualquer hipótese, em virtude da situação de risco criada, deve o garantidor agir para evitar o resultado latente. Conforme lecionado pela doutrina, quem cria o perigo de dano tem a obrigação ou dever jurídico de afastá-lo.²⁶

À propósito, o conhecido exemplo de Néelson Hungria: “Um hábil nadador convida alguém a acompanhá-lo em longo nado e, a certa altura, percebendo que o companheiro perde as forças, não o acode, deixando-o perecer afogado.”²⁷

Outros exemplos: *O chefe que inadvertidamente, tranca o empregado no término da jornada de trabalho, significando-se, posteriormente, do ocorrido, tem o dever de colocá-lo em liberdade ou, do contrário, cometerá o delito de carcere privado por omissão (art. 148, CP).²⁸ Aquela que entra num celeiro cheio de palha e feno fundando um cachimbo do qual, após roçar-se num obstáculo, salta na brasa sobre a palha, que produz um incêndio no local, e nada faz para impedir que o fogo se alastre, responde por delito de incêndio doloso ou culposo (art. 250, caput, ou seu § 2º).²⁹ Ainda nesta última hipótese, se o fumeiro abstém-se de salvar pessoa que se achava no interior daquele celeiro, praticará o crime de homicídio doloso ou culposo (art. 121, caput, ou seu § 3º).³⁰*

Observa-se, ainda, que, o pressuposto fundamental para a atuação do garantidor, segundo se infere do art. 13, § 2º do CP, é o *poder agir*.

De fato, o dever de impedir o resultado, que incumbe àqueles que se encontram nas circunstâncias relacionadas nas alíneas “a”, “b” e “c”, do citado § 2º, exige aptidões físicas e proximidade espacial entre o sujeito e a vítima. Dessa maneira, não se pode juridicamente exigir de uma pessoa que se encontra no Rio de Janeiro que atue para impedir um resultado que se desenvolve em Vitória-ES. Da mesma forma, não se pode esperar a atuação de um garantidor, por exemplo, um pai, que não sabe nadar ou que está com os braços engessados, no salvamento do filho que se afoga no meio de uma piscina olímpica.

Se se tratar de crime commissivo por omissão doloso, o tipo subjetivo requer a consciência da posição de garantidor. O erro quanto a esse estado é o erro de

tipo, que exclui o dolo. Por exemplo, se o sujeito se omite em prestar socorro àquele que se encontra em estado de perigo, ignorando tratar-se do próprio filho, praticará (apenas) omissão de socorro, e não homicídio³¹. Além do aspecto cognitivo, o dolo exige vontade no sentido de manter-se inerte ou realizar conduta diversa, omitindo-se deliberadamente da ação exigida. Há, em suma, o desejo de atingir o resultado de forma oblíqua, isto é, através da abstenção.

No crime comissivo por omissão *culposo*, o agente viola duas ordens normativas: a primeira corresponde ao referido dever de agir; a segunda, ao dever objetivo de cuidado. Ou seja, sendo o resultado previsível para todos os que hipoteticamente estivessem naquela posição, o garantidor deixa de atuar não prevenindo (culpa inconsciente) ou prevenindo, mas não aceitando (culpa consciente), aquele resultado.

Exemplos: Salva-vidas que conuera distraidamente com uma banhista não se dá conta dos gritos de socorro de um idoso que se afoga no meio de uma piscina. Ele responderá, em tal hipótese, por homicídio culposo (culpa inconsciente). No mesmo caso, se o salva-vidas vê o idoso se debater na água mas, duplamente, avalia que não ocorrerá a morte, por confiar na pouca profundidade da piscina, responderá pelo dolo por homicídio com culpa consciente.

A antijuridicidade e a culpabilidade nos delitos comissivos por omissão, tal como verificado nos delitos de omissão pura, seguem os ditames da Teoria Geral do Delito. Desse modo pode a ilicitude ser afastada no caso de estado de necessidade. Por exemplo, um garantidor não agirá de forma contrária ao direito se deixar de salvar a vida da vítima para salvar a sua própria, na hipótese de ambos estarem no meio de um incêndio que consome um prédio.

A tentativa é perfeitamente possível nos crimes de omissão imprópria. Como se trata de um delito de resultado, este pode não se verificar por circunstâncias alheias à vontade do garantidor. No caso vertente, a dificuldade residirá na tormentosa distinção entre os atos preparatórios, em regra impuníveis, e o início da execução, nos termos do art. 14, II, do CP. Segundo Jarez Tavares, nos delitos comissivos por omissão, "o início da execução se dá com a violação do dever de impedir o resultado, que faz parte do tipo de injusto. Mas essa violação deve manifestar-se concretamente, único modo de colocar em perigo o bem jurídico."³²

Do ponto de vista prático, o início da execução, caracterizador do *comatus*, ocorrerá quando escotar a última chance de se impedir a lesão ao bem jurídico.

Exemplo: Uma criança de tenra idade engatinha sobre os trilhos da linha férrea. A mãe assiste a cena impassível.

Entretanto, o trem só passa pelo local uma vez por dia, o que, no caso, só ocorrerá daqui a um par de horas. Dessa maneira, a abstenção da mãe situa-se em atos preparatórios. Só entrará no estágio de início de execução quando a composição tiver estiver, efetivamente, perto de passar pelo local.³³

Por fim, sobre a questão do concurso de agentes, vale ressaltar que o delito de omissão imprópria requer do sujeito uma qualidade especial. Em razão disso, não cabe falar em co-autoria ou em participação, uma vez que cada garantidor viola, por si só, o seu dever de agir, vinculando-se, isoladamente, por força da lei, ao resultado.

Exemplo: Se o pai e a mãe deixam, de comum acordo, de alimentar o filho pequeno, cada um pratica, de per si, homicídio comissivo por omissão

* Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ; Doutor em Direito Penal pela USP; e Procurador Regional da República na 2ª Região.

6. Notas

- 1 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Trad. por Rodríguez Muñoz. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955. p. 289. (grifos do original).
- 2 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 47.
- 3 Cf. expresso por Heitor Costa Jr.: "Obviamente, sendo ambas dados heterogêneos - A e não-A - seria contraditório, como ordinariamente se entende, identificá-los na mesma categoria. Os crimes comissivos e omissivos merecem tratamento diverso. Fraciona-se, assim, e corretamente, o sistema." (COSTA JR., Heitor. *Teorias acerca da omissão*. RT 587/282).
- 4 Cf. TAVARES, Juarez. *As controutrórias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACR, 1996, p. 43.
- 5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Límites de direito penal*. *Parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 282. No mesmo sentido, Juarez Tavares assinala que "nexiste omissão sem violação de dever de agir". Isto porque - prossegue esse autor - "quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não é qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade a alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um nada, absolutamente irrelevante." (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 23) (grifou-se).
- 6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 69.
- 7 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. *Parte general*. 4ª ed. Trad. por Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 563.
- 8 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal Parte geral*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 253.
- 9 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. *Parte Geral*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.
- 10 *Idem*, p. 173.
- 11 Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 290.
- 12 Na legislação especial, podem ser identificados os seguintes crimes omissivos próprios: art. 4º, al. "c" e "d", da Lei 4.898/65; art. 1º, inc. VI, VII, XIV, XV, XVIII e XIX, do Decreto-lei 201/67; art. 12, da Lei 7.492/86; art. 228, 229, 231, 234, 248, 252, 258, da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 63, 64, 69, 73 e 74 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor); arts. 1º, inc. V e 2º, incs. II e IV, da Lei 8.137/90; art. 19, da Lei 9.434/97; art. 1º, § 2º, da Lei 9.455/97; art. 304, da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro); art. 68, da Lei 9.605/98; art. 13, da Lei 10.826 (Estatuto do Desarmamento).
- 13 PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 4. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 526.
- 14 Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 282.
- 15 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 51.
- 16 *Apud* TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 86.
- 17 Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 285.
- 18 Segundo Juarez Tavares, também responderá por crime comissivo o agente que, num quadro de salvamento a alguém que se afoga o agente, após ter lançado um salva-vidas e, "uma vez agarrado pelo acidentado, contudo reconhece no agarrado seu inimigo e refletindo acerca da fortuna do acidente resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinentemente solta a corda e deixa que a vítima se afogue." (TAVARES,

- Juarez. *Op. cit.*, p. 43).
- 19 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 174.
- 20 MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 302 e segs.
- 21 Cf. FRANCO, Alberro Silva. *Crimes comissivos por omissão*. In *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 38.
- 22 Nesse sentido, os seguintes diplomas: CP Alemão, art. 13; CP de Portugal, art. 10º; CP da Espanha, art. 11.
- 23 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 286. Cumpre observar que o delito de adultério foi revogado pelo artigo 5º, da Lei 11.106/05.
- 24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 176.
- 25 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 288.
- 26 *Idem*, p. 288.
- 27 HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 71.
- 28 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11ª ed. Trad. por Bustos Ramirez e Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 254.
- 29 Cf. MEZGER, Edmund. *Op. cit.*, p. 313.
- 30 Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 289.
- 31 *Idem*, p. 289.
- 32 TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 93.
- 33 Cf. TAVAREZ, Juarez. *Op. cit.*, p. 93.
7. Referências Bibliográficas
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. *Parte Geral*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA JR., Heitor. *Teorias acerca da omissão*. RT 587/282.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Límites de derecho penal*. *Parte geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberro Silva. *Crimes comissivos por omissão*. In *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. *Parte general*. 4ª ed. Trad. por Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. *Parte geral*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Trad. por Rodríguez Muñoz. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 4. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TAVARES, Juarez. *As controutrórias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACR, 1996.