N.º 33 / JANEIRO - JUNHO / 1982

REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO
CONJUNTO UNIVERSITÁRIO CÂNDIDO MENDES

Diretor: Prof. Heleno Cláudio Fragoso
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista
Secretário: Prof. Arthur Lavigne

FORENSE / RIO DE JANEIRO

83-114 - I

CRIMES OMISSIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Heleno Cláudio Fragoso

I

1. Escrevendo sobre os crimes omissivos, em 1879, *Tobias Barreto* dizia que a idéia dos delitos omissivos não era comum entre nós, e, como tal, necessitava de abrir caminho através de verdades feitas na academia, como pílulas de botica.[1] Nosso Código Criminal, de 1830, referia-se à omissão quando definia crime, no art. 2.º, § 1.º, mas, em realidade, *Tobias Barreto,* surpreendentemente em dia com a ciência penal de seu tempo, foi quem pela primeira vez tratou da matéria em nosso direito. *Mendes da Cunha* e *Braz Florentino,* juristas acatados daquela época, não tinham idéia dos crimes comissivos por omissão. *Braz Florentino* definia a omissão como *ato negativo,* que consiste em abster-se, omitir ou deixar de fazer, inação, caracterizando os crimes omissivos como *delitos negativos.* Declarava, porém, que os delitos omissivos são muito menos graves que os delitos de ação.[2]

2. *Tobias Barreto* tratou dos crimes comissivos por omissão, partindo da idéia de que o nexo causal entre a omissão e o resultado era irrecusável. Criticando *Feuerbach,* que limitava as fontes do dever de atuar à lei e ao contrato, *Tobias Barreto,* formulava uma série de exemplos, inclusive de cumplicidade e de mandato por omissão, ampliando demasiadamente as bases dos crimes comissivos por omissão, que identificava partindo do nexo causal.[3]

3. *João Vieira de Araújo,* escrevendo sobre o Código Criminal do império, em 1889, definia a omissão como *não-fato,* fato negativo ou inação. Dizia que a teoria dos crimes omissivos não difere da dos comissivos, nem quanto à sua forma, nem quanto ao dolo, dano, etc. Entendia, como *Tobias Barreto,* que há cumplicidade por omissão no

---

[1] Tobias Barreto, *Delitos por omissão,* no volume *Estudos de Direito,* Edição do Estado de Sergipe, 1926, vol. I, 227.

[2] Braz Florentino Henriques de Souza, *Do delito e do delinqüente,* São Paulo, Saraiva, 1965, 27. A edição original é de 1860.

[3] Tobias Barreto, ob. cit., 234: "É sempre o nexo causal que decide".

caso de quem não previne a outrem que alguém prepara uma bebida para envenená-lo. [4]

4. O CP de 1890 também se referia à omissão como forma de conduta punível (art. 2.º). Nossos autores que comentaram esse código não encontraram qualquer dificuldade no tema. *Costa e Silva* ensinava que omissão é ausência ou falta de um movimento corpóreo, constituindo apenas uma modalidade de ação. Dizia também como uma das condições que concorrem para o evento a causalidade da omissão é igual à das outras condições. Destacava, nos crimes comissivos por omissão, o dever de atuar como condição da responsabilidade criminal, devendo surgir de preceito positivo da ordem jurídica, de convenção expressa e de ato anterior, criador de perigo, dolosa ou culposamente. [5] *Galdino Siqueira* também não encontrou dificuldade no estudo da matéria, a que dedicou apenas algumas linhas. Dizia que temos omissão quando a modificação do mundo exterior não foi impedida voluntariamente e que nos casos que chamava de omissão impropriamente dita, o resultado é produzido pela inação de quem estava juridicamente obrigado a impedi-lo. [6]

5. Nossa antiga doutrina, como se vê, concebia a omissão naturalisticamente, afirmando a sua causalidade real sem discrepâncias. A omissão é definida como mera inação ou como ato negativo, exigindo-se o dever de atuar, de forma bastante ampla e imprecisa, para fundar a responsabilidade nos crimes comissivos por omissão.

II

6. O CP vigente proclama a causalidade da omissão (art. 11). A maioria dos autores que escreveram em sua vigência pronuncia-se no sentido de uma concepção naturalística. *Nelson Hungria* afirmava que a omissão é voluntária abstenção de movimento corpóreo. [7] *Aníbal Bruno* também dizia que a ação compreende a omissão e se define naturalisticamente como comportamento voluntário que produz modificação no mundo exterior. Fala de ação positiva e de ação negativa. Esclarecia, porém, o saudoso mestre, que o elemento naturalista da omissão se completa por um elemento normativo, da ação que era de esperar, o que importa no contraste real e efetivo entre o comportamento e uma norma. [8] *Magalhães Noronha* também é par-

---

[4] João Vieira de Araújo, *Código Criminal,* Parte Geral, Recife, 1889, 58 e 164.

[5] Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil,* São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1930, 6, 9, e 14.

[6] Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro,* Rio de Janeiro, Jacintho, 1932, vol. I, 46.

[7] Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 10.

[8] Aníbal Bruno, *Direito Penal,* Rio de Janeiro, Forense, 1967, vol. I, 296 e 312.

tidário de concepção naturalística, entendendo que ação é gênero que compreende também a omissão ou ação negativa. A omissão é tão real como a ação. Os crimes omissivos são os que ofendem o bem jurídico mediante inação.

7. Vamos encontrar em outros autores a concepção naturalística de omissão. Assim, *José Frederico Marques* entende que a omissão é um "trecho da realidade" que o direito submete a juízo de valor, no campo normativo. De tal sorte, a omissão é perceptível através da observação.[9] *Bento de Faria* igualmente afirma que o conceito de ação envolve o de omissão, que é um fato manifestado de forma negativa, constituído pela determinação da vontade que se afirma pela inação. Omissão é *não-fato* ou inação. Fazendo concessão, porém, ao critério normativo, diz que omissão é a inatividade voluntária quando ocorre o dever jurídico de agir.[10] *João Bernardino Gonzaga* também sustenta um conceito puramente naturalístico, entendendo que a omissão não é o *non facere quod debetur,* mas sim uma realidade. O paralelismo entre ação e omissão é absoluto.[11]

III

8. A concepção normativa é defendida por *Damásio E. de Jesus* e por *Paulo José da Costa Jr.,* este último em sua excelente tese sobre a causalidade,[12] onde ensina que a omissão não causa coisa alguma e que o causar é conceitualmente diverso do não impedir. A omissão — prossegue — não se caracteriza por inação, mas por não fazer algo que se tem obrigação de cumprir. De modo que a omissão pode também se realizar através de uma atividade positiva. Para o ilustre professor de São Paulo, algum conteúdo tem de haver na omissão. Onde faltasse um ponto concreto de referência, a valoração resultaria numa abstração, num esquema sem qualquer significado. O não fazer encontra-se na realidade fenomênica, mas é a norma que empresta vida e realidade à omissão.

IV

9. São, portanto, bastante incertos os princípios que regem a omissão no direito brasileiro, havendo controvérsia considerável. Os autores em geral afirmam que omissão é uma forma de ação e permanecem aferrados à causalidade da omissão. Parece-nos haver aqui

---

[9] José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal,* São Paulo, Saraiva, 1965, vol. II, 40 e 50.

[10] Bento de Faria, *Código Penal Brasileiro Comentado,* Rio de Janeiro, Record, 1958, vol. II, 117/118.

[11] João Bernardino Gonzaga, *O crime de omissão de socorro,* São Paulo, Max Limonad, 1957, 30, 31 e 36.

[12] Damásio E. de Jesus, *Direito Penal,* São Paulo, Saraiva, 1978, 226. Paulo José da Costa Jr., *Do nexo causal,* São Paulo, 1964, 15.

um equívoco. Só do ponto de vista puramente formal e sem conseqüências podemos dizer que ação e omissão são formas de comportamento punível. A omissão é algo inteiramente diverso da ação. No plano ontológico existem apenas ações. Omissão não é inércia, não é *não-fato,* não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer *algo,* que o sujeito podia e devia realizar. Em conseqüência, não se pode saber, contemplando a realidade fenomênica, se alguém omite alguma coisa. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar. A omissão é, assim, um conceito necessariamente normativo, mesmo quando se considera o comportamento juridicamente indiferente. Não se pode dizer que o operário danificou a máquina por omissão senão quando ele podia e devia praticar determinada ação que impedisse o dano. Não se pode dizer que alguém omitiu um cumprimento a uma pessoa, senão quando o sujeito conhece essa outra pessoa e uma norma de civilidade lhe impõe esse cumprimento. A omissão, portanto, não é uma modalidade de ação e não é ação negativa, mas algo essencialmente diverso e distinto da ação. No direito penal moderno a omissão constitui forma especial de aparecimento do fato punível.

V

10. Nossa doutrina dominante, desde os velhos tempos, afirma a existência de causalidade na omissão. Alguns autores afirmam que a omissão só é causal quando o sujeito tem o dever jurídico de impedir o resultado. [13] Ora, a causalidade é um desfechar de forças e não pode confundir-se com um sistema de deveres. [14]

11. Foram inúteis todos os enormes esforços realizados para identificar na omissão uma causalidade naturalística. *Nelson Hungria* observava que o esforço para demonstrar que a omissão é mecanicamente causal vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo. [15] O jurista tem de partir do conceito naturalístico ou ontológico de causalidade. Causalidade é categoria real do ser. [16] A omissão, como abstenção de atividade devida, não causa coisa alguma. Nos crimes comissivos por omissão, a responsabilidade penal surge não porque o sujeito causou o resultado, mas sim porque não o impediu.

12. O não impedimento do resultado se determina através de um juízo hipotético, que é, por sua própria natureza, um juízo de probabilidade. Imagina-se a oportuna realização da ação esperada

---

[13] E. Magalhães Noronha, ob. cit., 126; Roque de Brito Alves, *Direito Penal,* Recife, Inojosa Editores, 1977, 373.

[14] Paulo José da Costa Jr., ob. cit., 130.

[15] Nelson Hungria, ob. cit., 69.

[16] Everardo Luna, *A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal,* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n.º 6 (1964), 45.

e verifica-se que influência ela teria no resultado que ocorreu. Afirma-se que houve o não impedimento do resultado quando for possível estabelecer um juízo de alta probabilidade próxima da certeza, de que a oportuna realização da ação teria impedido o resultado. Uma alta probabilidade é o máximo a que se pode alcançar com um juízo hipotético. São manifestas as dificuldades para enquadrar os critérios da verificação causal do não impedimento do resultado na teoria da equivalência dos antecedentes, que concebe a causalidade da omissão num conceito lógico de causalidade, como um conceito de relação, no qual causar não significa produzir. A causalidade hipotética da ação esperada se verifica com um juízo *ex-ante*. *Maurach* entende que o processo hipotético de raciocínio só é compatível com a causalidade adequada. [17]

VI

13. Grandes incertezas reinam quanto à fonte do dever de atuar nos crimes comissivos por omissão, por falta de texto expresso na lei. A jurisprudência de nossos tribunais é surpreendentemente omissa a respeito, sendo raros os casos em que a matéria se discute. [18] O anteprojeto Nelson Hungria (art. 14, § 1.º), seguindo a tendência da legislação moderna nessa matéria, estabeleceu regra expressa, que, com modificação importante, foi adotada pelo CP de 1969 (art. 13, § 2.º). O anteprojeto oficial de reforma do CP, de 1981, reproduz (art. 13, § 2.º) a mesma regra contida no CP de 1969. Essa disposição esclarece que a omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

14. Nosso futuro direito certamente acolherá as três fontes do dever de atuar que nossa doutrina mais autorizada preconiza. Parece-nos correta essa orientação. *Everardo Luna* propõe que se deixe à jurisprudência que vá indicando os fatos da realidade vivida que devem ser considerados pelo direito penal como fatos omissivos. [19] Basta ver, porém, as divergências doutrinárias e a pobreza da jurisprudência para perceber que a sugestão é infeliz. A inexistência de expressa solução legal concorre para comprometer a função de garantia do tipo, necessariamente atingida nos tipos abertos, interessando, inclusive, o princípio da reserva legal. Como diz *Welzel*, a fi-

---

[17] Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3.ª edição, Kalrsruhe, Müller Verlag, 1965, 302 (§ 45, III, B, 2).

[18] Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, Bushatsky, 1979, n.os 71, 115 e 139.

[19] Everardo Luna, ob. cit., 53.

xação de critérios para a complementação do tipo atenua a indeterminação da conduta típica. [20]

15. As objeções que se têm levantado contra as três fontes do dever de impedir o resultado, a nosso ver, não têm procedência. *João Bernardino Gonzaga* formula o exemplo de quem socorre uma pessoa ferida em acidente, atuando com negligência, por omissão, deixando de realizar ação que teria impedido a morte. Julga o ilustre professor que não seria razoável, em tal hipótese, imputar ao sujeito um homicídio culposo. [21] Ninguém duvida de que seria este o crime se a negligência viesse através de uma ação, configurando uma imprudência. Não se percebe por que motivo a omissão não deveria dar lugar ao mesmo crime, embora não se exclua a possibilidade de negar que o sujeito, em tais circunstâncias, tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado.

16. A comunidade de perigo e de vida (Lebens-oder-Gefahrgemeinschaft) tem sido invocada como fonte do dever de atuar. Fala-se aqui em *estreita solidariedade* dos que compartilham uma situação de perigo. *Aníbal Bruno* inclui na voluntária aceitação de fato de uma situação geradora do dever a comunidade de vida que existe, por exemplo, na tripulação de um barco. [22] Não nos parece adequado estender os limites do crime comissivo por omissão para abranger também essas hipóteses, que se referem exclusivamente a deveres morais. O tripulante de um barco que, podendo, não socorre outro em situação de perigo, comete apenas uma omissão de socorro.

VII

17. Desejamos aludir, embora brevemente, a outras questões que têm sido debatidas a propósito da omissão. Desejamos nos referir ao problema do dolo e do erro.

18. Alguns autores têm entendido que inexiste dolo nos crimes omissivos, onde haveria apenas a falta de resolução de realizar a ação que o sujeito tinha o dever de realizar, com a consciência da situação que constitui o tipo. *Welzel* diz que o que chamamos de omissão "querida" é, em realidade, um omitir consciente, ou seja, uma omissão com a consciência do poder de atuar. [23] *Jescheck* também admite que há situações em que não se pode demonstrar a existência de uma verdadeira resolução, nas quais o dolo se esgota no *conhecimento* da situação típica e na *consciência* da própria capacidade de ação. [24]

---

[20] Welzel, *Das deutsche Strafrecht,* Berlim, Gruyter, 1969, 23.
[21] João Bernardino Gonzaga, ob. cit., 66.
[22] Aníbal Bruno, ob. cit., 314.
[23] Welzel, ob. cit., 201, Cf. também Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,* Göttingen, Otto Schwartz, 1959, 70.
[24] Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts,* Berlim, Duncker & Humblot, 1978, 513.

19. Em nossa doutrina ninguém jamais pôs em dúvida que o dolo, nos crimes omissivos, é a vontade de abster-se da ação comandada, com a consciência da situação fática de que surge o dever de ativar-se. O dolo deve cobrir todas as características do tipo objetivo. Nos crimes comissivos por omissão, cumpre ademais tenha o autor consciência de sua capacidade de impedir o resultado, conhecendo também a sua posição de garantidor da não superveniência do resultado.

20. O erro sobre a situação fática de que resulta o dever de atuar é erro de tipo, que exclui o dolo e se resolve como erro de fato. O dever de atuar não é elemento do tipo, mas pertence à antijuridicidade. Em conseqüência, o erro sobre o mandado é um erro de proibição, que se resolve como erro de direito. Exemplo de erro de tipo: o sujeito não sabe que a criança em perigo é o seu próprio filho. Exemplo de erro de proibição: o sujeito imagina que as limitações de seu contrato o desobrigam de ativar-se. Alguns autores sustentam que há regras especiais para aferir a evitabilidade do erro sobre a posição de garantidor, porque em realidade trabalhamos na matéria com elementos, relativos às fontes do dever de atuar, que não estão na lei. Parece-nos evidente que o erro sobre o dever de atuar exclui a reprovabilidade da ação e que não poderia deixar de ter relevância. Esta, porém, não é a solução técnica em nosso sistema de direito.