

## DO CRIME OMISSIVO\*

Sheila KLEINSINGER

### I – CONCEITO

Poderia iniciar este trabalho dizendo que omissão e ação são conceitos antagônicos: a primeira consiste num “não fazer” e a segunda, num “fazer”. Porém, a questão não é tão simples como superficialmente aparenta ser.

Antes de mais nada, há que se considerar alguns aspectos de grande importância para se chegar a um conceito do que seja omissão.

#### A) Ação em sentido amplo ou conduta?

Temos, como um dos requisitos da tipicidade, a conduta, posto que, sem esta, não há fato típico; conduta que, diga-se de passagem, esteja descrita na lei. Portanto, todo e qualquer estudo sobre Teoria Geral do Crime, necessariamente deve ser iniciado com o estudo da conduta, sem o que, não há se falar em crime.

O conceito de conduta corresponde a comportamento humano, abrangendo tudo o que o homem faz ou deixa de fazer o que a norma determina.

O elenco de leis penais incriminadoras apresenta descrições de comportamentos, considerados pela sociedade como nocivos, e, por isso, proibidos.

A proibição está implícita, para os adeptos de Binding, na norma (entendida como a mensagem, o conteúdo da lei), que no caso de subtração de coisa alheia móvel, por exemplo, determina em seu comando: “não furtarás”. Por outro lado, lei e norma não são sinônimos, e a proibi-

---

(\*) Trabalho de Aproveitamento do Curso de Especialização – Direito Penal – da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, sob a orientação do Prof. Doutor Feliciano Roberto da Silva.

ção é deduzida do preceito secundário, para os que discordam de Binding: "se furtar, será punido". De qualquer maneira, toda lei contém um comando positivo ou negativo. Positivo, quando consistem em ordem, em dever de agir (ex.: no art. 135-CP, o comando é para agir "deves prestar assistência"). Negativo, quando consiste em proibição (ex.: no art. 155 – CP, o comando proíbe o "agir" – "não furtarás"). No primeiro caso, é se **omitindo** que o indivíduo infringe o comando, e portanto, a norma; já no segundo, é **agindo** que infringirá a norma, ou melhor dizendo: no primeiro caso, será uma conduta negativa (omissiva); no segundo, uma conduta positiva (comissiva).

Mas, estaríamos falando de conduta ou de ação em sentido amplo?

A doutrina diverge. Para Aníbal Bruno, trata-se de ação em sentido amplo, que se divide em uma atividade positiva, "facere" que é a ação em sentido estrito, e em uma atitude negativa, "non facere", que é a omissão. No mesmo sentido, Mayer, para quem o conceito de omissão opõe-se ao de atividade (ação "stricto sensu"), mas não ao de ação (sendo uma espécie desta). Assim também pensam Graf zu Dohna, Mlaniuk, Maggiore, Florian, Bettiol, Mezger, Cuello Calón e Soler. Entre nós, encarando como ação em sentido amplo, estão Galdino Siqueira, Bento de Faria e outros.

Porém, na doutrina mais moderna, tem-se preferido usar-se como gênero, o termo conduta (como sinônimo de comportamento), que abrange as espécies – ação-e-omissão. (Grispigni, Damásio, Fragoso, Manoel Pedro Pimentel etc.)

Na verdade, o Direito Penal cuida de valores, e portanto, de **ética**.

Ora, quando se fala em ética, imediatamente vem à tona princípios de vida, normas de **conduta**, regras de **comportamento**.

Logo, não se trata de mera terminologia, mas de uma razão de ser, usar o termo conduta para a descrição de comportamento capituladas nas leis penais, posto que, encontraremos para tanto, fundamento na própria ética.

Assim o gênero **conduta** abrange as espécies **ação** e **omissão**.

## B) Seria a omissão um simples "Non Facere"?

Considerando a omissão como conduta negativa apenas, estaríamos diante de um conceito vago e portanto incompleto.

Assim, como afirma Fragoso, "omissão não é mero não fazer, mas sim, não fazer **algo** que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo

direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização." (Lições, pág. 238, 10ª edição, 1986, Forense).

Este "algo" a que o insigne mestre Fragoso se refere é a essência da omissão, isto é, reside no comando positivo de uma norma. Destarte, só é punível a omissão, quando uma norma determinar uma atividade. A abstenção de tal atividade exigida pela norma torna a omissão ilícita.

Portanto, a essência da conduta omissiva não está em não fazer, mas está em não fazer algo; mais que isso: está em não fazer algo que é estabelecido em lei.

### CONCLUSÃO (Conceito):

Diante do exposto, conclui-se que: **OMISSÃO** é uma espécie de conduta, manifestada em abstenção de atividade, e portanto, conduta negativa; atividade essa, exigida por um comando positivo da norma no sentido de produzir um resultado lícito, (a mãe que satisfaz a fome do filho) ou impedir a produção de um resultado ilícito; neste último caso, a produção do resultado ilícito é indiferente, sendo que basta o "não fazer" se contrapondo com a exigência da norma no sentido de "mandar fazer".

### II – MODALIDADES:

Há duas espécies de crimes omissivos:

- A) Os omissivos próprios (propriamente ditos)
- B) Os omissivos impróprios (comissivos por omissão).

#### A – Omissivos próprios (propriamente ditos):

Segundo Wessels, são fatos puníveis, que se esgotam na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei (J. WESSELS, p. 157).

Assim, a realização do crime omissivo próprio consiste em não fazer o que a lei manda fazer. Pressupõe um dever genérico de agir, assim como as demais normas em geral. Tem aplicação "erga omnes". Não é especificamente este ou aquele indivíduo que tem o dever de cumprir o mandamento do art. 135, por ex., mas todos indistintamente.

Outra característica é a não produção do resultado. Este não integra o tipo. A simples conduta negativa perfaz o crime; consuma-o. Em vista disso, alguns autores entendem que se trata de crime de desobediên-

cia, como BINDING. No entanto, tal afirmação diz respeito aos teóricos do totalitarismo penal, pois, se a omissão só é relevante quando se confronta com a conduta devida, o nazismo valorava como delito **qualquer** conduta diferente da devida. Daí o problema da causalidade, de que será tratado mais adiante.

A propósito, afirma Nuvolone, que se os crimes omissivos próprios continuarem a ser considerados como modalidades de crimes de mera desobediência, que se perfazem pela simples inobservância do comando jurídico-penal de agir, abre-se a oportunidade a que o Estado-todo-poderoso só se utilize da criação de delitos de omissão próprios, para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais, tudo em detrimento do "jus libertatis".

Dessa forma, como não exige resultado, a omissão própria deve ser erigida à categoria de crimes de mera conduta, e somente quando, ao tipificá-los exista uma norma mandamental de comando positivo.

São exemplos: omissão de socorro (art. 135), omissão de notificação de moléstia perigosa, 269, 299, 319, etc.

Nos tipos de ação múltipla, também chamados de conteúdo variado, ou ainda de tipos mistos alternativos, pode ocorrer crime omissivo junto a modalidades comissivas. Fragoso ilustra bem com o exemplo da prevaricação, onde o núcleo é "retardar" ou "deixar de praticar" (ato de ofício).

Quando se concretiza a tipicidade da omissão própria? — Com a simples inércia da atividade exigida pela norma.

## **B — Omissivos Impróprios (comissivos por omissão)**

São fatos puníveis que se contrapõem a um dever especial de agir no sentido de se evitar um resultado lesivo.

Na verdade, tal resultado é, via de regra, decorrente de uma ação, e por conseguinte, integrante de um tipo comissivo por excelência. Porém, é admissível a realização do tipo por omissão. Poder-se-ia dizer ser esta um "meio empregado", um "modus operandi".

Nesta modalidade de crime "o omitir-se corresponde valorativamente à realização do tipo legal através de um fazer ativo (Wessels, p. 153).

Para melhor compreensão, basta que se analise um tipo comissivo qualquer de nosso C.P. O artigo 121, que preconiza "matar alguém", em geral é violado por meio de um **fazer** (atirar, dar golpes, esfaquear, etc.). No entanto, a mãe que deixa de alimentar o filho pequeno, vindo este a morrer, também "matou alguém" e seu "modus operandi" foi a omissão. Dessa forma, ela cometeu um homicídio comissivo por omissão.

Bettiol ensina serem crimes omissivos impróprios "aqueles nos quais um evento é "conseqüência" de uma omissão".

O cerne dos omissivos impróprios, todavia, não reside na produção de um resultado como conseqüência da omissão em si, mas na inevitabilidade de um evento lesivo com um "fazer". Aliás, o garantidor do bem protegido tem, perante a norma, o dever jurídico especial de impedir a produção do evento. É o seu não impedimento mediante a omissão, que cristaliza o crime omissivo impróprio, ou seja, é a violação do dever especial de agir para evitar o resultado que perfaz tal modalidade de omissão ilícita. Assim, como afirma com muita propriedade Alcides Munhoz Netto, "a antijuridicidade destes comportamentos reside em descumprir o dever de garantidor". Omitir-se não significa "não fazer" passivo, mas a não execução de uma atividade juridicamente exigida (Wessels, p. 161).

Na nossa legislação atual, o C.P. traz em seu art. 13, § 2º, explicitamente as fontes do dever jurídico de agir para impedir o resultado. Porém, trata-se de assunto nevrálgico, de intensas discussões ao longo dos anos, e por isso, é mister que seu desenvolvimento seja feito em capítulo à parte quando expormos sobre nexos causais.

Uma vez que a essência da omissão imprópria consiste na inevitabilidade de um resultado lesivo, que cumpre ao garantidor impedi-lo, cumpre ressaltar que, se o resultado era inevitável, não há omissão imputável. Ora, não se pode atribuir responsabilidade penal a alguém, que, não obstante tivesse o dever jurídico específico de agir para impedir um resultado, este não pode ser evitado. Logo, deve-se aqui indagar sobre a exigibilidade de conduta diversa, um dos requisitos da culpa "lato sensu", para a análise do caso "in concreto". Pode, no entanto, subsistir a responsabilidade de título de culpa em sentido estrito.

## DIFERENÇA ENTRE CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

### OMISSIVOS PRÓPRIOS

1. Pressupõem um dever jurídico genérico de agir (a todos)
2. Perfazem-se com a simples inércia descrita pelo tipo.
3. Consumam-se com a omissão. Não exigem resultados.
4. Decorrem de um comando positivo da norma no sentido de **mandar fazer**

### OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

1. Pressupõem um dever jurídico específico de agir (ao garantidor do bem tutelado).
2. Exigem o não impedimento de um resultado lesivo.
3. Consumam-se com a produção do resultado.
4. Decorrem de um comando positivo da norma no sentido de **agir para impedir a produção** do resultado.

## III – TEORIAS ACERCA DA OMISSÃO

### A – Teoria Naturalística:

A omissão se traduz num comportamento apreciado pelos sentidos, sendo desnecessário evocar a norma penal.

#### Evolução da teoria naturalística:

a) 1ª fase: — o fundamento da omissão está no “conjunto das atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolve para evitar a prática do ato” (A. Bruno, p. 295).

b) 2ª fase: — no momento da omissão, o agente pratica ação diversa ou oposta da devida. Tal ação integra a omissão como seu elemento naturalista.

### B – Teoria Normativa:

Teoria da ação esperada — o fundamento da omissão está na ação esperada que o omitente deixou de praticar. A omissão, nada mais é

do que o juízo que alguém forma dessa inação, como não cumprimento da ação esperada. Esta teoria foi exposta por Mezger, mas na Itália, Grispigni a aperfeiçoou para torná-la mais próxima da realidade, reformulando-a como teoria da ação que era de se esperar. O grande jurista italiano assim, indicou o conteúdo normativo, pois é no "dever ser" que ele se baseou.

Dessa forma, passou-se a um plano normativo, porquanto se afirma ação **esperada** porque **devida**; devida porque implícita na norma.

No entanto, tal teoria não fez da omissão, realidade existente por si, que é o próprio comportamento omissivo. Não é a ação esperada que deve ser objeto de juízo mas o não cumprimento da ação esperada, que é o conteúdo da omissão.

Welzel afirma que a omissão não existe em si: o que existe é a omissão de uma ação determinada, e que o conceito de ação não é negativo, mas limitativo.

### CONCLUSÃO:

Não se pode encarar a omissão somente no plano naturalístico; nem tampouco somente no plano normativo. Ambos se complementam. O omitente, assim como o agente, comete crime omissivo, movido por um **querer interno**. Esse **querer** é manifestado em omissão de uma ação devida, juridicamente exigível na omissão relevante para o Direito. (A. Bruno, p. 298).

Portanto, o elemento naturalista (voluntariedade) é complementado pelo elemento normativo (omissão da ação devida), e que implica no contraste entre esse comportamento e a norma. Fora desta, que permite qualificar um comportamento, a realidade naturalista é cega.

Importante ressaltar, que é a realidade do dever jurídico de agir que dá sentido à omissão, e não o juízo da ação esperada ou que era de se esperar.

Assim, embora o primeiro momento seja naturalístico — voluntariedade —, o nexos que une a omissão ao resultado é normativo, sendo de todo inexistente falar em causar resultado por omissão, sendo esta, como realidade normativa e não naturalista.

É ela um conceito normativo e portanto teleológico, enquanto se justifica apenas em relação aos escopos que a norma persegue, impondo a uma pessoa a obrigação de atuar (**Bettioli**, p. 283-284).

#### IV – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até antes do século passado, muito pouco se tratou acerca da omissão. Esta, em geral, para efeitos penais, era equiparada à ação.

Só mesmo a partir do século XIX é que começou a haver uma maior preocupação com o tema, principalmente no tocante à causalidade na omissão. Na Itália, desde a época dos glosadores, à omissão era cominada pena mais branda que à comissão.

Já na Alemanha, com a influência do filósofo Wolff, a omissão era compreendida na comissão, mas em alguns casos singulares, punia-se a omissão também de forma menos severa.

E foi na Alemanha, ainda, que tiveram início as discussões sobre causalidade na omissão, assumindo grande importância para a doutrina atual, pois surgiram daí várias teorias sobre o tema. Não obstante, Liszt-Lehrbuch as criticou como das mais infecundas que até hoje surgiram na ciência do direito.

No Brasil, os doutrinadores do Código Criminal de 1830, falaram muito pouco sobre o assunto, e mesmo assim, nada falaram sobre os delitos omissivos impróprios. O primeiro a tratar mais detalhadamente do tema foi Tobias Barreto, que baseando-se na doutrina alemã, fez a diferenciação entre crimes comissivos e omissivos, e estes, subdividiu-os em próprios e impróprios, delimitando a autoria, para os impróprios, só a quem tivesse o dever especial de agir. Para ele, a resposta fundava-se na causalidade da omissão, evoluindo tal conceito somente mais tarde.

O CP de 1890 ainda aceitava a causalidade física na omissão imprópria, mas deu um grande passo no Direito Penal, pois já passou a atribuir a responsabilidade ao omitente que tivesse o dever jurídico de agir. Para Costa e Silva, fontes desse dever eram: o preceito positivo da norma, a convenção expressa e o ato anterior produtor do resultado (referência feita por Alcindo Munhoz Netto em "Os crimes omissivos no Brasil" – Revista de Direito Penal – p. 6).

Hungria que foi o primeiro a comentar o C.P. Republicano, afirmou ser relevante apenas a omissão que visasse ao descumprimento de um dever jurídico, resultante de um mandamento expresso ou **tácito** da ordem jurídica, de uma relação contratual ou de uma situação de perigo precedentemente criada, ainda que sem culpa. (Nelson Hungria, Comentário ao Código Penal, R.J. 1953, p. 66, vol. I, tomo 2).

No sentido de aperfeiçoar a doutrina, nos anos de 60 e 70, os crimes omissivos impróprios experimentaram sensíveis modificações em sua estrutura.

A partir daí, passou-se a aceitar a causalidade normativa, repelindo-se a naturalística; cogitou-se a relação entre o princípio da reserva legal e a punição da omissão imprópria. Aceitando a causalidade normativa, acentuou-se que o dever de agir decorre da posição de garantidor, que deve estar intimamente ligado ao bem protegido.

Assim, a doutrina brasileira caminhou, evoluindo do plano naturalístico da causalidade para o plano normativo e, finalmente, na Reforma Penal — Parte Geral — de 1984 (Lei 7.209), veio o art. 13 em seu § 2º discriminar de forma clara, sem dar margens a analogia, as fontes do dever jurídico especial de agir, assunto tratado a seguir.

## V — O NEXO CAUSAL E A OMISSÃO

Sendo a causalidade entendida como força física atuante, e sendo sua essência ligar a conduta ao resultado, na omissão própria não há que se falar emnexo causal, porquanto não existe resultado na estrutura típica da omissão propriamente dita, pelo que, como já vimos, tal espécie de crimes não contém em si, aquela realidade fenomênica existente nos demais crimes materiais e de evento. Por esta razão, a ausência de resultado acarreta ausência de nexo causal.

O princípio "ex nihilo nil fit", como argumento para explicar a ausência de causalidade na omissão própria, como coloca **Ricardo C. Nuñez**, (Manuel de Derecho Penal — Buenos Aires, Lerner, 1972, p. 154, e no mesmo sentido Alcindo Munhoz Netto p. 12) não pode ter valia. O Direito Penal não tem apenas a função de descrever condutas típicas, mas principalmente de valorá-las. Não podemos valorar o "nada". A omissão é uma modalidade de conduta, de comportamento, e como tal, não pode ser equiparada ao "nada". Aliás, a relevância da omissão está exatamente em não fazer algo que deveria ter sido feito, não se tratando apenas de um "não fazer". Há inclusive o dolo na estrutura do tipo omissivo, e todo dolo, de um lado, pressupõe um querer interno e de outro, é o móvel físico de um comportamento; se tal comportamento for omissivo e de relevância penal, estaremos diante de uma realidade, embora não fenomênica, mas normativa, pois a relevância existe em decorrência de uma norma.

Nos crimes omissivos impróprios, no entanto, a causalidade existe, pois nestes o "NON FACERE" corresponde substancialmente ao "FACERE", com a única diferença de que neste o resultado é **produzido** de forma física, e naquele a produção de um resultado que está para ocorrer, não é impedida por quem tem o dever jurídico especial de impedi-la; daí dizer-se ser a causalidade normativa. Em ambos os casos o resulta-

do existe em decorrência de uma conduta, integrando o tipo, e portanto, tal resultado só é relevado pelo Direito Penal quando a ele for ligada uma conduta através do nexa causal. A lei equipara o não impedimento à causação.

O C.P. regula a matéria da causalidade no art. 13: "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".

Na segunda parte do texto da lei, o Código consagrou a teoria da "Conditio sine qua non" (equivalência dos antecedentes causais) ou seja, não distingue entre condição e causa. Como diz A. Bruno, "o resultado é o termo final de uma cadeia de condições sucessivas ou concomitantes".

Na ação o nexa causal é resolvido pelo juízo hipotético de eliminação de Thyren, onde, dentro da cadeia causal, faz-se a exclusão mental de um fenômeno; se resultar impossível a ocorrência do segundo fenômeno, houve nexa causal. Por outro lado, todo fato que, ao ser eliminado mentalmente constatar-se que o evento, muito provavelmente ocorreria, não houve nexa causal. Assim, "a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento **in concreto** não teria ocorrido no momento em que ocorreu (Damásio, p. 216).

Como o art. 13, "caput" considera causa, tanto a ação quanto a omissão, esta também é resolvida quanto à causalidade, pelo juízo hipotético de eliminação; porém, o raciocínio é outro; e para melhor entender, é mister que se analise antes o § 2º e alíneas.

§ 2º "A omissão é penalmente relevante quando o omitente 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.

O primeiro aspecto que se deve sopesar no tocante a crimes omissivos impróprios, é a posição de garantidor do sujeito, posição esta que deriva dos casos expressamente previstos nas alíneas do § 2º, e que de modo restrito, dão à omissão o caráter de penalmente relevante."

No 1º caso, a obrigação por força de lei, refere-se a lei de qualquer natureza, e não apenas penal, bem como o dever derivado de decretos com força de lei, ordem hierárquica ou sentença judicial. No clássico exemplo da mãe que mata o filho por inanição, a obrigação violada

em razão de lei está no Código Civil, no art. 384. É a lei que determina a conduta impeditiva do resultado.

No 2º caso, basta que o próprio sujeito se coloque na posição de garantidor do bem tutelado. É aquele no qual a outra pessoa deposita confiança e proteção, como o doente no médico, o aprendiz de natação no nadador, o alpinista no guia-alpino, etc. Nestes exemplos, a responsabilidade do médico, do nadador e do guia alpino é de impedir resultado lesivo em seus dependentes. Assim, excluído ficou da doutrina o "dever contratual", devendo este ser entendido em sentido amplo, pois qualquer acordo verbal também não deixa de ser um contrato, como diz Damásio, "o importante é que o sujeito se coloque em posição de **garante** da não ocorrência do resultado, haja contrato ou não, como nas hipóteses em que voluntariamente assume encargo sem mandato ou função tutelar".

No 3º caso, o sujeito cria a situação de perigo com seu comportamento anterior. Ele pratica um resultado lesivo. Isto o faz ficar obrigado a impedir a produção do evento. Tal situação, como nos outros dois casos, acarreta no sujeito o "dever de agir".

Como já se disse, a causalidade da omissão é normativa. Para se vislumbrar o nexu causal, aqui, é preciso, tanto quanto na ação, fazer uso do procedimento hipotético. Enquanto na **ação** a indagação a ser feita é: "eliminando o fato "x", a produção do resultado teria ocorrido no momento em que ocorreu e como ocorreu?," na omissão, a indagação deve ser: "a ação omitida teria impedido o resultado?". Assim, trata-se de juízo hipotético quanto à **ação esperada** e não quanto à omissão. A resposta buscada, porém, funda-se, no máximo, em alto grau de probabilidade, nunca de certeza, e é exatamente neste aspecto que está o árduo problema de causalidade na omissão imprópria. Se, através da indagação hipotética, não podemos chegar à certeza, pode-se dar margens e injustiças, pois o tecnicismo legal, aqui, mostra-se frágil. No entanto, grandes juriconsultos do mundo todo têm insistido nesta questão, tentando aperfeiçoá-la, mas dificilmente chegaremos ao praticismo ideal. Mesmo que se afirme "com certeza", não podemos esquecer de que se trata de juízo **hipotético**.

É de se ressaltar, que não obstante haja certa dificuldade, deve-se relevar o pressuposto que a lei exige para que o omitente venha a ser punido, que é o dever de agir. Daí a importância de conhecer os casos discriminados pelo art. 13, § 2º, para bem ser aplicada a omissão imprópria. De um lado, a questão da causalidade; de outro, a relevância da omissão, decorrente do dever de agir. Conciliando os dois lados numa análise acurada de cada caso **in concreto**, há de se chegar a uma solução adequada.

## IV – ELEMENTOS

### A) Crimes omissivos próprios:

- a) voluntariedade
- b) conduta inativa
- c) dever jurídico (genérico) de agir (Alcides Munhoz Netto – Crimes Omissivos no Brasil – p. 15).

Assim, a omissão deve vir acompanhada do elemento vontade. Aquele que se omite devido a uma síncope, a uma coação irresistível, a embriaguez total (patológica), não praticará crime omissivo; é o querer interno elemento imprescindível, sem o que, não há se falar em omissão. “O dolo consiste, pois, na vontade de omitir-se, tendo representação da necessidade e da possibilidade de agir. (Alcides Munhoz Netto ob. cit. p. 15).

Conduta Inativa – não se deve esquecer que a conduta, além de inativa (omissiva), deve ser típica, ou seja, decorrente do comando positivo da norma.

O dever de agir incumbe a todos. Basta que haja norma mandamental e uma situação aplicável a esta norma. A aplicabilidade da omissão própria é “erga omnes”. O fundamento p. o dever genérico de agir é o da solidariedade humana, questão de suma importância para o bom convívio social.

### B) Crimes Omissivos Impróprios:

- a) a abstenção da atividade que a norma impõe;
- b) superveniência do resultado típico em vista da omissão;
- c) ocorrência da situação de fato de que deflui o dever de agir; (Alcides Munhoz Netto – Crimes Omissivos no Brasil – p. 15);
- d) voluntariedade.

É preciso que a ordem jurídica imponha a obrigação de impedir o resultado. Este é o principal parâmetro para se vislumbrar a omissão imprópria. Não se incluem aqui deveres morais, nem genéricos, mas tão somente os deveres jurídicos especiais de proteção ao bem tutelado, dos quais surge a qualidade do garantidor.

A omissão imprópria só é relevante se o resultado for inevitável. Assim, a superveniência do resultado típico só gera responsabilidade para o omitente que não dispôs seriamente dos meios necessários para impedi-lo. Como já exposto em ocasião anterior, pode, todavia, haver responsabilidade por culpa.

A situação de fato de que deflui o dever de agir é aquela em que um evento lesivo está por ocorrer, ou seja, é o perigo de lesão iminente e ainda passível de ser evitada. É nesta situação que o garantidor deve atuar no sentido de impedir a lesão. Não atuando, incorre em delito comissivo por omissão.

## VII – CARACTERÍSTICAS:

### A) Omissivos Próprios:

- a) inobservância de um comando positivo;
- b) resultado não faz parte do tipo;
- c) a simples possibilidade de agir converte o omitente em autor.
- d) qualquer pessoa pode ser autora.

### B) Omissivos impróprios:

- a) estrutura típica comissiva;
- b) inobservância de um comando negativo manifestada em “não fazer a ação devida”, que por conseguinte, não impede o resultado;
- c) condição de garantidor do bem penalmente protegido;
- d) dever jurídico especial de agir (não se aplica a todos; só a quem tenha obrigação legal de evitar o resultado);
- e) resultado faz parte do tipo, mas sua existência decorre do fato de não impedi-lo, e não de produzi-lo naturalisticamente.

## VIII – NATUREZA JURÍDICA:

### A) Omissivos Próprios:

São delitos de mera conduta, pois a simples abstenção de atividades perfaz o crime. Se é feita abstração de qualquer resultado segundo afirma o grande Manoel P. Pimentel (Crimes de Mera Conduta, p. 23), sua estrutura corresponde perfeitamente aos crimes de mera conduta; nesse caso “de mera conduta omissiva”. É o que ensina também Wessels (pág. 158) ... “correspondem aos delitos de mera atividade”.

São delitos de perigo, pois a norma impõe o dever de agir, não em função de um resultado concreto, mas da probabilidade de sua ocorrência; a omissão no caso, coloca o bem jurídico em posição de ameaça e é por esta razão que é capitulada como crime.

## B) Omissivos impróprios

São crimes de resultado naturalístico que está dentro de uma cadeia causal, e que pressupõem no omitente o dever jurídico especial de impedir, nessa cadeia, a produção de referido resultado.

## IX – OS REQUISITOS BÁSICOS DO CRIME E A OMISSÃO:

### A) A tipicidade

a) **nos omissivos próprios:** ocorre no momento da abstenção da atividade devida, pressupondo a possibilidade fática de atuação que abrange o elemento subjetivo (consciência da situação originária do dever e poder real de realizar a ação exigida pela lei). Requisito imprescindível da tipicidade nos crimes omissivos puros, é a ocorrência de fatos de que deflue o dever genérico de agir. Não há dever de agir quanto aquele que passeia em Bonn e se omite do salvamento de pessoas que caíram no Reno em Colônia (Wessels, pág. 161).

b) **nos omissivos impróprios:** ocorre no momento da produção do resultado que poderia ter sido impedido. Quando da abstenção da atividade, não se pode dizer que o omitente “entra no núcleo do tipo”, mas a ocorrência do resultado em razão da inércia do omitente e neste, a qualidade de garantidor do bem jurídico, concretiza o tipo.

Se o indivíduo pratica um crime comissivo mediante ação, esta terá, como conseqüência lógica, um **evento**, e o sujeito a pratica consciente desta causalidade abjetiva. Ex: “A” dispara tiro de arma de fogo contra “B”, consciente de que a consciência de tal ação é o resultado morte. Se ficar clara a presença do dolo, teremos então, um fato típico de homicídio.

Já o indivíduo que pratica um crime comissivo mediante **omissão**, como a enfermeira que deixa de dar o remédio ao paciente pelo qual ela é responsável, e cuja sobrevivência depende de doses periódicas de referido remédio, e o mesmo vem a morrer, sua morte que poderia ter sido evitada pela **ação** de enfermeira e não o foi faz com que a omissão seja típica em face do art. 121-CP. Lembre-se o resultado, aqui, não é conseqüência lógica da omissão; se pelo juízo hipotético de eliminação (mental), concluiu-se que a ação omitida “muito provavelmente” teria evitado o resultado; a causalidade se faz presente, e diga-se de passagem, causalidade normativa. Assim, ficou demonstrada a existência da conduta (omissiva), do resultado não impedido, da causalidade normativa e da adequação típica, elementos de tipicidade (além do elemento subjetivo – o dolo). E ainda, deve ser constatada a real possibilidade física de impedir o resultado.

## B) A antijuridicidade:

a) **nos omissivos próprios**: — assim como nos crimes de mera conduta (ativa), não ocorrendo nenhuma causa de exclusão de ilicitude nos omissivos próprios, omitida a ação exigida pelo comando da norma, o fato é típico, e portanto, antijurídico. Assim, como diz Fragoso, “a antijuridicidade nessa espécie de crimes não tem qualquer característica especial.” (Lições, p. 240).

b) **nos omissivos impróprios**: — o fundamento da antijuridicidade é o dever de agir; este é violado pelo garantidor, quando no momento em que **devia agir**, omitiu-se; por isso responde pelo resultado típico.

## C) A culpabilidade:

a) **nos omissivos próprios**: — em 1º lugar, o requisito “imputabilidade”. A potencial consciência da ilicitude relaciona-se com o dever de agir; é de se constatar que o sujeito **podia** saber que sua omissão, nas circunstâncias, era ilícita. Finalmente, se era-lhe possível **agir**, fica demonstrada a exigibilidade de conduta diversa (ação-cumprimento do dever de agir).

b) **nos omissivos impróprios**: Alcides Munhoz Netto, com base no ensinamento de Hanz Jescheck, afirma que, em geral, a reprovação que incide no crime omissivo impróprio é menor que a do correspondente crime comissivo; explica que, o que faz essa diferença de grau é o fato de requerer o crime comissivo maior energia e resolução, enquanto o omissivo impróprio se baseia em “contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo”. Coloca como exceção, a relação particularmente íntima entre garantidor e lesado (como mãe e filho).

Não é correta tal posição. Do ponto de vista teleológico, a finalidade é a mesma em ambos os casos. Tanto faz o guia alpino **deixar** o alpinista “despençar” do alto do pico, como **empurrá-lo** para o abismo. De qualquer modo, seu objetivo será alcançado: **matar o alpinista**. No caso da mãe e do filho, tanto faz **envenená-lo** como **não alimentá-lo**: seu objetivo era **matar o filho**. A circunstância que agrava, aqui, não é o meio empregado (a não ser que seja insidioso ou cruel — por exemplo, e para tanto, é irrelevante se foi mediante ação ou omissão), mas sim, sua condição de ascendente.

Lembra o professor ainda, que dentre as atenuantes genéricas, encontra-se a de somenos importância da cooperação do autor no crime. Ora, há situações em que a omissão pode até ser mais grave que a comissão.

A importância maior ou menor da cooperação do autor no crime, portanto, não depende de inércia ou atividade, mas sim, até que grau a inércia ou atividade teve influência no desencadear do crime.

Assim, o juízo de reprovação deve incidir, em princípio, no mesmo nível, quanto ao fato ter sido ativo ou omissivo.

Quanto aos elementos da culpabilidade, além da imputabilidade, a potencial, consciência da ilicitude relacionava-se com o dever jurídico específico de agir; dever este decorrente da posição de garantidor. É a exigibilidade de conduta diversa é informada pela real possibilidade física de impedir a produção do resultado.

## X – A TENTATIVA E A OMISSÃO

### A) Omissão própria

A tentativa não é admissível nos crimes omissivos próprios. Esta modalidade de crimes, como já vimos, pertence à categoria de crimes de mera conduta, cuja consumação se concretiza com a simples realização da conduta (no caso, com a simples omissão da ação devida), sem que o tipo faça referência ao resultado. Além disso, são crimes de perigo, porquanto não exigindo resultado concreto no mundo exterior, são puníveis porque produzem situação que coloca em perigo de lesão um bem jurídico, ou seja, criam, devido ao fato de “não fazer”, a probabilidade de ocorrência de dano. Dessa maneira, os crimes omissivos próprios não são fracionáveis; não exigem resultado, e por isso, não admitem a forma tentada.

Em sua consagrada obra “Crimes de Mera Conduta”, o mestre Manoel Pedro Pimentel, na edição de 1975, retifica sua posição inicial sobre a tentativa e os crimes de mera conduta. Inicialmente, ele não admitia a tentativa nesta categoria de crimes. A partir da 3ª edição de seu livro, porém, sua afirmação a respeito do tema, é no sentido de que “os crimes de mera conduta não admitem a forma tentada apenas quando **“unico actu perficiuntur”**, isto é, quando a conduta se realizar com um único ato”. (p. 106)

Entretanto, se a própria conduta por si só cristaliza a tipicidade do fato, sendo que, para realizá-la, basta entrar no núcleo do tipo, e se este, ou descreve o “agir” ou o “não agir”, não há como fracionar. Pensando no conceito de conduta como um conjunto de atos, poder-se-ia pensar numa seqüência de atos fracionáveis; porém, a falta de um deles jamais acarretaria tentativa, mas sim, apenas descaracterizaria a conduta, e portanto, o fato. Assim, os crimes de mera conduta não podem ser fracionáveis, e por isso, inconcebível neles a forma tentada. A propósito, o

próprio Pimentel, mais adiante, ensina que "A tentativa somente é possível nos crimes cujo iter comporte destaque material suscetível de fracionamento. Por isso, impossível concebê-la nos crimes sem resultado, que se realizem com um único ato". Faz ressalva, porém, "nos crimes de mera conduta que se realizem **com mais de um ato** (p. 106).

Pois bem. Diante de sua colocação, perguntaria: quais seriam os atos executórios? . . . e os preparatórios? ...

Não há como separá-los nesta espécie de delitos. Como já se disse, a própria conduta, perfazendo o tipo sem que ocorra evento, não há como vislumbrar um "iter", e portanto, não há como separar os atos preparatórios dos atos de execução; ambos ocorrem num mesmo momento, que mais do que "de conduta", até poderia ser chamado de "momento do fato típico".

Portanto, segundo a colocação inicial deste item, sendo os crimes omissivos próprios, de mera conduta (omissiva), estes não admitem a forma tentada.

O grande penalista argentino Zaffaroni ("Da Tentativa"), também entende ser admissível a tentativa na omissão própria, porém, apenas na forma de uma tentativa idônea (segundo pensamento de Jescheck). Ele explica que o ponto a ser ponderado é o **perigo**. À medida em que não haja o perigo exigido pelo tipo omissivo próprio, a omissão pode ser tentada. Assim, "se se encontra alguém que se acha dentro de um poço e não se lhe presta auxílio quando já se passara meia hora, estando o acidentado ileso e sendo o único perigo que possa morrer de sede se no poço ficar vários dias (o que pode suceder se é um lugar isolado), veremos que não se consuma, ainda, a omissão de socorro. ... Acreditamos que o caso constitui uma **tentativa inacabada** de omissão de socorro" (p. 119 — 120).

No entanto, o exemplo acima não pode ser tratado como "tentativa". O **perigo** é elemento essencial do tipo omissivo próprio, sem o que, o fato nada mais é do que atípico. Em Direito Penal, quando se fala tecnicamente em tentativa, fala-se em crime tentado que "quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente" (art. 14, II — CP). Iniciar a execução de um crime é entrar no núcleo do tipo, objetivando um dano efetivo ou a probabilidade deste (que é o perigo). Estes não de existir no íntimo do agente e só não se realizarão por circunstâncias alheias a sua vontade. Ora, na hipótese colocada por Zaffaroni, o omitente que passou próximo ao poço, se é que estava investido do dolo, seu objetivo era ocasionar perigo. Se fosse possível provar a intensidade do perigo quando passada meia hora e quando passados vários dias, mesmo assim, das duas uma: ou seria crime de omissão de socorro

consumado ou não haveria crime. A tal pessoa que estava no poço até já poderia ter sido salva por outrem. Não é isso que a norma busca proteger. A sua proteção tem fundamento na questão da solidariedade humana, termômetro da vida social sadia dos homens (tão escassa atualmente...) Portanto, não importa a intensidade do perigo (a não ser que se possa provar, o que é quase que fantástico...), mas o fato de, com o seu "não fazer", ter **provocado o omitente o perigo**, não há se falar de tentativa, nem idônea, nem inidônea, na omissão própria. Também não a admitem, como lembra Zaffaroni, Aníbal Bruno, Fragoso, Hungria, Damásio E. de Jesus, Roque de Brito Alves, James Tubenchlak, etc.

## B) Omissão imprópria:

A tentativa aqui é possível quando, apesar da omissão, o resultado é impedido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Neste caso, o objetivo daquele que omite, é permitir que um resultado naturalístico (e lesivo) se produza. A **não produção** configura a forma tentada.

Bockelmann, citado por Zaffaroni, afirma que "nos delitos impróprios de omissão, a tentativa é possível enquanto a ação de evitar o resultado está ordenada e dura enquanto o resultado não se tenha produzido" (op. cit.: p. 112), seguido no mesmo sentido por Schröder. Assim, há tentativa quando, havendo desde logo o dever de agir, o sujeito não age.

Para Kaufmann e Welzel, não há uma tentativa de omissão, mas uma omissão da tentativa de realizar a ação devida, que só pode ocorrer como tentativa acabada. Tal tese pertence a uma minoria.

Entretanto, o principal é analisar cada caso concreto; e adaptar aos delitos omissivos impróprios as regras gerais de tentativa, como por exemplo, a separação de atos preparatórios e executórios (aqui, é de se ter em mente a questão do perigo), e ainda: tomar como ponto inicial o fato de que a omissão imprópria nada mais é do que um crime comissivo cujo meio empregado é a omissão. Sob esse prisma, não é difícil perceber a possibilidade da existência da forma tentada nessa espécie de delito.

## XI – O CONCURSO DE AGENTES E A OMISSÃO

A regra geral de aplicabilidade do concurso de agentes, é que só os crimes unissubjetivos o admitem. Há, porém, uma exceção: tanto a omissão própria como a imprópria, não admitem concurso. Naquela, como o dever de agir é **genérico**, todos praticarão crimes autônomos. Nesta (imprópria), aquele que impede a ação devida praticará crime comissivo conforme o resultado.

## XII – A CULPA “STRICTO SENSU” E A OMISSÃO

Ponto primordial a ser relevado na questão da culpa na omissão, é o elemento subjetivo; problema árduo sobre a admissão da culpa ou quando é doloso ou culposo o delito omissivo.

Magalhães Noronha, em sua obra “Do Crime Culposo”, trata do assunto, colocando algumas opiniões divergentes de outros grandes autores, e que faz-se oportuno extraí-las para uma possível conclusão sobre o tema.

Segundo Antolisei, do ponto de vista psicológico, casos como do cirurgião que deixa um tampão de gaze nas vísceras do paciente, são omissões inconscientes, e portanto, involuntárias.

Grispigni apóia sua tese na **ação diversa**: diz ele que a vontade a que a lei se refere na omissão, é a vontade de conduta diversa.

Maggiore admite a vontade, exceto quando a omissão for produto de força maior ou de coação; nestes casos a omissão é involuntária e, segundo Noronha, nessa linha de pensamento seguem Alimena, Altavilla e Antolisei, que esclarece que, se a vontade do sujeito não se verifica, não se pode falar nem de omissão.

Outros autores dizem que, se a omissão é inconsciente, não há vontade.

Riccio sustenta o elemento vontade como a base da realidade objetiva da omissão. De ver-se que este autor considera a omissão uma **realidade**, e não o “nada”; por isso contém os mesmos elementos estruturais que a omissão. Conclui ele que a vontade consiste mais propriamente na **ação omitida**.

Noronha se compatibiliza com os autores que pensam como Riccio, ou seja, que a omissão, como comportamento humano, comporta os dois elementos — a volição e a conduta. O “querer”, na conduta omissiva, pode se situar, tanto no campo do dolo, como no da culpa.

Realmente, se fosse o contrário, estaríamos fora da esfera penal, pois não haveria como punir a omissão sem que houvesse, de qualquer modo, a vontade.

Entretanto, ao estudarmos a omissão subdividindo-a em própria e imprópria, constatamos que o elemento subjetivo se situa de maneira diversa em uma e em outra espécie. Na omissão própria, não há forma culposa. Alcides Munhoz Netto, porém, a admite, exemplificando o art. 351, § 4º CP, as omissões falimentares (há equiparação entre o dolo e a culpa) e as omissões imputáveis aos militares. Em seguida explica que a

culpa é admissível nos crimes omissivos próprios, que pode incidir sobre o desvalor pela infração dos deveres de cuidado, na previsão da situação típica ou da própria capacidade de agir, ou ainda, na execução defeituosa da ação de salvamento.

Pois bem: embora se trate de um grande autor, os exemplos citados por ele são, na verdade, de omissão imprópria; no art. 351, § 4º CP, a lei se refere a “funcionário **incumbido** da custódia ou guarda”, e portanto, demonstra claramente que o sujeito ativo deste tipo só pode ser o **garantidor** da custódia que, se se omitir, estará cometendo um crime comissivo mediante omissão; nas omissões falimentares, **garantidor** é quem está implicado **naquele contexto** de falência (o falido, o síndico, etc.) e assim, trata-se de omissão imprópria. Idem na omissão imputável aos militares — ora, só o militar pode cometer crime omissivo militar.

O próprio Alcides concluiu que o desvalor pode também recair na execução defeituosa da ação de salvamento. Quem está obrigado a salvar, está sob o dever jurídico específico de agir, pelo que, estará na esfera do delito comissivo por omissão, a não ser que a obrigação de salvar alguém venha a enquadrar-se no tipo omissivo próprio, como na omissão de socorro.

Além disso, em nossa legislação penal, não é previsto crime culposos na omissão própria.

Portanto, impossível conceber-se a forma culposa na omissão própria, mesmo porque, a culpa consiste em vontade quanto à conduta, e imprevisibilidade do resultado não querido. Ora, se os crimes omissivos próprios são crimes **sem resultado** (fenomênico) como se falar em culpa?

Já nos comissivos por omissão, a forma culposa é admissível, quando no tipo correspondente de comissão, a lei admita a culpa. São exemplos, a mãe que deixa sem cuidados o filho recém-nascido sem prever a possível ocorrência de danos a ele, a professora que se distrai na hora do recreio, vindo um dos alunos a se acidentar e morrer, etc. Podem ocorrer também por esquecimento, o que não deixa de ser uma negligência.

A doutrina e a jurisprudência, e a própria tradição jurídica convencionaram equiparar a negligência na culpa, ao “não fazer”, ou seja, toda vez que ocorrer omissão culposa, será por negligência. Mas é preciso tomar cuidado nesta regra: podem ocorrer casos de imprudência, e não cabe a nós estabelecermos em fórmula, quando ocorre uma, quando ocorre outra. É de se ter em pauta o caso concreto. Tome-se apenas a título de esclarecimento e como regra geral (na maioria dos casos), a correspondência entre a negligência e a omissão culposa, inclusive para não dificultar tanto a análise da questão.

### XIII – CONCLUSÃO

De todo o exposto, espera-se que o objetivo deste trabalho tenha sido atingido, ou seja, expor alguns aspectos de suma relevância no tocante a omissão, que possibilite a quem quer que seja (que o tenha lido), reflexões sobre o tema e quem sabe, se não for mera pretensão, outros posicionamentos e até mesmo críticas (por que não? ), o que será motivo de grande satisfação para quem o elaborou, tendo em vista o carinho por tal área do direito, fascinante como é o Direito Penal.

### BIBLIOGRAFIA

- BETTIOL, Giuseppe – **Direito Penal – Parte Geral – Volume I** – trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- BRUNO, Aníbal – **Direito Penal – P. Geral – 1º volume**, Editora Forense, 3ª ed., 1967.
- CALÓN, Eugênio Cuello – **Derecho Penal – Parte General – Tomo I.**, Bosch, Casa Editorial – Barcelona – 1953.
- FRAGOSO, Heleno Claudio – **Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral**, Ed. Forense, 10ª ed., 1986.
- JESUS, Damásio Evangelista de – **Direito Penal – Parte Geral – Volume 1** – Editora Saraiva – 10ª ed. – 1985.
- NETTO, Alcides Munhoz – **Os crimes omissivos no Brasil** – Revista de Direito Penal e Criminologia – Ed. For. vol. 33 – Órgão oficial do Estudo de Ciências Penais do RJ.
- NORONHA, Edgard Magalhães – **Do Crime Culposos** – Ed. Saraiva, 3ª ed., 1974.
- NUVOLONE, Pietro – **O Sistema do Direito Penal** – trad. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- PIMENTEL, Manoel Pedro – **Crimes de Mera Conduta**, 3ª ed. Edit. Revista dos Tribunais, 1975.
- SAUER, Wilhelm – **Derecho Penal – Parte General**, trad. Juan del Rosal y Jose Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.
- SIQUEIRA, Galdino – **Tratado de Direito Penal – P.G. – Vol. 1**, Konfino Editor – RJ., 2ª ed., 1951.

WESSELS, Johannes — **Direito Penal — P.G. (Aspectos Fundamentais)**, trad. e notas por Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique — **Da tentativa (Doutrina e Jurisprudência)**; Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1988.